

ANALES

*Centenario del natalicio del
Dr. Jorge A. Núñez*

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XL
AÑO ACADÉMICO 2001

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA

I.S.B.N. N° 987-98944-5-6

Queda hecho el depósito que marca la ley

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 2001 - 2004)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Presidente

Dr. RICARDO HARO
Vicepresidente

Dr. ERNESTO REY CARO
Secretario

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD
Tesorero

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ
Director de Publicaciones

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba
Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929
E-mail: acader@arnet.com.ar
Página Web: <http://comunidad.derecho.org/acader>
REPÚBLICA ARGENTINA

ACADÉMICOS DE NÚMERO Y DISTRIBUCIÓN DE SILLONES
al 31-12-2001

Alfredo L. Acuña (11-8-59)	Sillón Nicolás Berrotarán
Pedro J. Frías (16-5-64)	Sillón Juan Bautista Alberdi
Luis Moisset de Espanés (13-12-72)	Sillón Tristán Narvaja
José Severo Caballero (12-10-76)	Sillón Cornelio Moyano Gacitúa
Berta K. de Orchansky (12-10-76)	Sillón Sofanor Novillo Corvalán
Víctor H. Martínez (12-10-76)	Sillón Enrique Rodríguez
Fernando Martínez Paz (15-4-77)	Sillón Jerónimo Cortés
Olsen A. Ghirardi (31-8-84) (*)	Sillón Juan Biale Massé
Ricardo Haro (31-8-84)	Sillón Ramón Ferreyra
Efraín Hugo Richard (31-8-84)	Sillón Mariano Fragueiro
Juan Carlos Palmero (28-9-84)	Sillón Juan Antonio de Saráchaga
Jorge de la Rúa (18-10-85)	Sillón Santiago Derqui
Julio I. Altamira Gigena (11-8-89)	Sillón Deán Gregorio Funes
Juan Manuel Aparicio (11-8-89)	Sillón Rafael García
Daniel Pablo Carrera (11-8-89)	Sillón Julio B. Echegaray
Ernesto Rey Caro (11-8-89)	Sillón Salvador María del Carril
Héctor Belisario Villegas (11-8-89)	Sillón Alejo del Carmen Guzmán
Enrique Ferrer Vieyra (31-5-93)	Sillón Juan M. Garro
Justo Laje Anaya (31-5-93)	Sillón Raúl A. Orgaz
Mario Martínez Crespo (24-6-97)	Sillón Victorino Rodríguez
Horacio Roitman (10-9-97)	Sillón Juan del Campillo

(*) El Académico de Número Dr. Olsen A. Ghirardi ocupa también el sillón “Dalmacio Vélez Sársfield” en su carácter de Presidente de la Academia, conforme a lo dispuesto por el art. 8º de los Estatutos vigentes.

Ramón Daniel Pizarro (2-12-97)	Sillón Manuel D. Pizarro
Humberto Vázquez (24-8-99)	Sillón Lisandro Segovia
Antonio María Hernández (14-9-99)	Sillón Joaquín V. González
Eduardo Ignacio Fanzolato (6-10-99)	Sillón Henocho D. Aguiar
Manuel Augusto Ferrer (2-11-99)	Sillón Arturo M. Bas
Ramón Pedro Yanzi Ferreira (23-11-99)	Sillón Nicolás Avellaneda
Armando S. Andruet (26-6-2001)	Sillón Enrique Martínez Paz
Nelson Carlos Dellaferrera (29-5-2001)	Sillón Manuel Lucero
Zlata Drnas de Clément (15-5-2001)	Sillón Félix Sarriá

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS
al 31-12-2001

Jorge Mosset Iturraspe - Santa Fe - 12-10-76.
Fernando de la Rúa - Buenos Aires - 15-12-80.
Alberto A. Natale - Rosario - 15-12-80.
Dardo Pérez Guillhou - Mendoza - 15-12-80.
Alfredo Ves Losada - La Plata - 15-12-80.
Roberto José Dromi - Mendoza - 30-7-82.
Rodolfo P. Martínez - Buenos Aires - 15-4-83.
Roberto H. Brebbia - Rosario - 28-10-83.
María Josefa Méndez Costa - Santa Fe - 28-10-83.
Emilio Cornejo Costas - Salta - 28-10-83.
Alejandro G. Baro - Mendoza - 28-10-83.
René H. Balestra - Rosario - 16-4-84.
Adolfo A. Critto - Buenos Aires - 16-4-84.
Joaquín M. P. López - Mendoza - 25-7-86.
Néstor Pedro Sagüés - Rosario - 25-7-86.
Fernando P. Brebbia - Rosario - 25-7-86.
Florentino V. Izquierdo - San Francisco (Córdoba) - 30-10-87.
Aldo Guarino Arias - San Rafael (Mendoza) - 6-5-88.
Héctor Angel Benélbaz - Mendoza - 27-5-88.
Juan Carlos Agulla - Buenos Aires - 27-5-88.
Horacio Daniel Piombo - La Plata - 12-5-89.
Aída Kemelmajer de Carlucci - Mendoza - 14-6-89.
Francisco I. Giletta - San Francisco (Córdoba) - 3-9-93.
Rodolfo L. Vigo - Santa Fe - 3-9-93.
Miguel Ángel Ciuro Caldani - Rosario - 4-7-94.

Luis E. Martínez Golletti - Villa María (Córdoba) - 4-7-94.
Pedro J. Bertolino - Mercedes (Buenos Aires) - 22-8-94.
José Raúl Heredia - Comodoro Rivadavia (Chubut) - 5-9-95.
Julio César Castiglione - Santiago del Estero - 22-11-95.
Mario Antonio Zinny - Rosario - 7-5-96.
Horacio A. García Belsunce - Buenos Aires - 6-10-98.
Ariel Alvarez Gardiol - Rosario - 13-4-99.
Luis O. Andorno - Rosario - 27-4-99.
Miguel C. Araya - Rosario - 3-10-2000.
Juan J. Casiello - Rosario - 3-10-2000.
Ricardo Luis Lorenzetti - Rafaela - 3-10-2000.
Francisco Eduardo Cerro - Santiago del Estero - 1-8-2000.
Oscar Hugo Vénica - San Francisco - Córdoba - 5-9-2000.

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS
al 31-12-2001

Héctor Fix Zamudio - México - 16-12-75.
Rafael Caldera - Venezuela - 12-10-76.
Antonio La Pergola - Italia - 22-6-79.
Manuel Fraga Iribarne - España - 15-12-80.
Rafael Entrena Cuesta - España - 15-12-80.
Gonzalo Parra-Aranguren - Venezuela - 28-5-82.
Ernesto Garzón Valdés - Alemania - 28-9-84.
Luciano José Parejo Alfonso - España - 19-3-86.
Eduardo García de Enterría - España - 19-3-86.
Pier Luigi Zampetti - Italia - 16-4-86.
Angel Rojo Fernández-Río - España - 4-7-86.
Pierangelo Catalano - Italia - 4-7-86.
Miguel Reale - Brasil - 25-6-86.
Manuel Aragón Reyes - España - 25-7-86.
Ramón Silva Alonso - Paraguay - 20-11-86.
François Chabas - Francia - 20-11-86.
Lynton Keith Caldwell - Estados Unidos - 22-5-87.
Jorge Carpizo - México - 3-7-87.
José Luis Cea Egaña - Chile - 15-12-87.
Alejandro Silva Bascuñán - Chile - 15-12-87.
Eduardo Soto Kloss - Chile - 15-12-87.
Alejandro Guzmán Brito - Chile - 15-12-87.
Manuel Río - Francia - 15-4-88.
José Afonso da Silva - Brasil - 10-6-88.
Jaime Vidal Perdomo - Colombia - 10-6-88.
Mons. Doctor Faustino Sainz Muñoz - Bélgica - 16-9-88.

Luis Carlos Sáchica Aponte - Colombia - 18-4-89.
Diego Valadés - México - 18-4-89.
Winfried Böhm - Alemania - 12-5-89.
Eduardo Roca Roca - España - 9-6-89.
Juan Ferrando Badía - España - 9-6-89.
Gunmersindo Trujillo Fernández - España - 9-6-89.
Elio Fazzalari - Italia - 14-6-89.
Eckard Rehbinder - Alemania - 14-6-89.
Carlos Fernández Sessarego - Perú - 24-10-89.
Max Arias Schreiber Pezet - Perú - 24-10-89.
José María Castán Vázquez - España - 5-10-90.
Karsten Schmidt - Alemania - 20-12-90.
Antonio Anselmo Martino - Italia - 14-10-91.
Celso A. Bandeira de Melo - Brasil - 18-5-92.
Allan R. Brewer-Carias - Venezuela - 18-5-92.
Jean-Marc Trigeaud - Francia - 29-6-92.
Manuel Jiménez de Parga - España - 27-4-94.
Víctor Uckmar - Italia - 4-7-94.
Fernando Hinestrosa - Colombia - 22-8-94.
Pablo Lucas Verdú - España - 15-3-95.
José Luis de los Mozos - España - 5-9-95.
José Miguel Embid Irujo - España - 5-9-95.
Francisco Orrego Vicuña - Chile - 5-9-95.
Luis Diez Picazo - España - 23-7-96.
Antonio Manuel Morales - España - 2-9-97.
Sandro Schipani - Italia - 7-4-98.
Eusebio González García - España - 30-6-98.
Efrén Borrajo Dacruz - España - 30-6-98.
Paolo Grossi - Italia - 30-6-98.
Héctor Gros Espiell - Uruguay - 4-8-98.
José Massaguer - España - 4-8-98.
Manuel Albaladejo - España - 6-10-98.
Francisco María Baena Bocanegra - España - 6-10-98.
Miguel Coll Carreras - España - 6-10-98.
José Antonio García Caridad - España - 6-10-98.

Francisco Javier Gaxiola - México - 6-10-98.
José Guardia Canela - España - 6-10-98.
José Llorca Ortega - España - 6-10-98.
José María Martínez Santiago - España - 6-10-98.
José Luis Merino Hernández - España - 6-10-98.
José María Othon Sidou - Brasil - 6-10-98.
Hildegard Rondón de Sansó - Venezuela - 6-10-98.
Jorge Vélez García - Colombia - 6-10-98.
Sergio Zavala Leiva - Honduras - 6-10-98.
Ricardo Zeledón Zeledón - Costa Rica - 6-10-98.
Domingo García Belaúnde - Perú - 8-6-99.
Santiago Benadava - Chile - 3-8-99.
Fernando Vidal Ramírez - Perú - 18-4-2000.
Carlos Cárdenas Quirós - Perú - 18-4-2000.
Ulises Pittí - Panamá - 24-10-2000.
Pedro Silva Ruiz - Puerto Rico - 24-10-2000.
Gustavo Ordoqui Castilla - Uruguay - 24-10-2000.
Jaime Lluis y Navas- España - 4-9-2001
Francisco Fernández Segado - España - 4-9-2001

INSTITUTOS DE LA ACADEMIA

Instituto de Federalismo

Director: Pedro J. Frías.

Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas “Dr. Roberto I. Peña”

Director: Ramón P. Yanzi Ferreira

Instituto de Derecho Civil

Director: Juan Carlos Palmero

Instituto de Educación

Director: Fernando Martínez Paz

Instituto de la Empresa

Director: Efraín Hugo Richard

Instituto de Filosofía del Derecho

Director: Olsen A. Ghirardi

Instituto de Derecho Comparado

Director: Luis Moisset de Espanés

Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en Santa Fe

Director: Roberto H. Brebbia

Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración

Director: Ernesto Rey Caro

Instituto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario

Director: Héctor Belisario Villegas

PREMIO “ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA”

Nómina de juristas o instituciones premiados

- Joaquín M. López (*Derecho Administrativo*) - 1976
Elías P. Guastavino (*Derecho Civil*) - 1977
Daniel Pablo Carrera (*Derecho Penal*) - 1978
Efraín Hugo Richard (*Derecho Comercial*) - 1979
Fernando Pedro Brebbia (*Derecho de los Recursos Naturales*) - 1980
Néstor Pedro Sagüés (*Derecho Constitucional*) - 1981
Eduardo Martiré (*Historia del Derecho*) - 1982
Mario Justo López (*Ciencia Política*) - 1985
Luis Orlando Andorno (*Derecho Civil*) - 1986
“Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos
de Mendoza” - 1987
Justo Laje Anaya (*Derecho Penal*) - 1988
In memoriam: Sebastián Soler, Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A.
Clariá Olmedo en el cincuentenario del proceso oral penal - 1989
Departamento de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar” de la Facultad
de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba - 1991
Carlos Creus (*Derecho Penal*) - 1992
Ricardo Luis Lorenzetti (*Derecho Civil*) - 1993
Jorge Walter Peyrano (*Derecho Procesal*) - 1995
Francisco Junyent Bas (*Derecho Comercial*) - 1997
Colegio de Abogados de Junín (*Pcia. de Buenos Aires*) - 1999
Foro de Córdoba - 2000

PREMIO “PROVINCIAS UNIDAS”

Titulares

- Edición 1987: Armando Raúl Bazán (Catamarca)
- Edición 1988: Ciudad de Corrientes
- Edición 1989: GEICOS, Grupo Empresario Interregional del Centro Oeste Sudamericano
- Edición 1990: Profesor Salvador M. Dana Montaña
- Edición 1991: Instituto de Investigaciones Geohistóricas (Resistencia-Chaco)
- Edición 1992: Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba
- Edición 1993: Señor Helio Juan Zarini (Bell Ville - Pcia. de Córdoba)
- Edición 1994: Fundación del Tucumán
- Edición 1995: Silvia Cohn (Tierra del Fuego)
José Raúl Heredia (Chubut)
Ezequiel y Martín Lozada
- Edición 1996: Profesor Carlos S. A. Segreti
- Edición 1997: Dr. Guillermo Barrera Buteler
- Edición 1998: Lic. Raúl Hermida
- Edición 2001: Dr. Armando R. Bazán y equipo de colaboradores del libro: «La cultura del Noroeste argentino»

PREMIO “AL JOVEN JURISTA”

Nómina de juristas premiados

- 1985: Delia Matilde Ferreira Rubio
Ramón Daniel Pizarro
Matilde Zavala de González
- 1987: Julio Ceferino Sánchez Torres
- 1989: Armando S. Andruet (h)
Domingo Juan Sesín
Gabriel B. Ventura
- 1991: *Premio:* Alfredo Lemon
Menciones especiales: Silvana María Chiapero de Bas
Mario Claudio Perrachione
Carlos Alberto Tamantini
- 1993: (Declarado desierto)
- 1995: *Premio:* Mario Claudio Perrachione
Menciones especiales: José Fernando Márquez
Guillermo P. Tinti
- 1997: *Premio:* Verónica F. Martínez de Petrazzini
Guillermo P. Tinti
Menciones especiales: Fernando J. Cafferata
José Daniel Cesano
- 1999: *Premio:* María Isolina Dabove Caramuto
Alfredo Mario Soto
Fabián Ignacio Balcarce
- 2001: *Premio:* Martín Abdala
Fernando Alfonso María Toller
Menciones especiales: Enrique Camps
Luis Ramiro Carranza Torres
Carlos Alberto Molina Sandoval

DISTINCIÓN “MAESTRO DEL DERECHO”

Edición 1990: Agustín Díaz Bialet

Edición 1996: Fernando J. López de Zavalía

PREMIO PUBLICACIÓN DE TESIS SOBRESALIENTES

Edición 2000: Armando S. Andruet
Mario Carrer
Carlos Egües
Emilio Vázquez Viera

Edición 2001: Miguel Angel Acosta
Héctor A. Zucchi.

PRESIDENCIA

El sillón Dalmacio Vélez Sársfield está adjudicado al Presidente. El académico que lo ocupe conserva con carácter permanente el sillón que originariamente le fuera adjudicado, el cual no se reputará vacante. Así lo dispone el art. 8° del Estatuto.

Los titulares del sillón Dalmacio Vélez Sársfield son:

Dr. Sofanor NOVILLO CORVALÁN	(1941 - 1942)
Dr. Félix SARRÍA	(1942- 1944)
Dr. Julio B. ECHEGARAY	(1944- 1947)
Dr. Enrique MARTÍNEZ PAZ	(1948 -1952)
Dr. Félix SARRÍA	(1952 - 1954) (1956 - 1967)
Dr. Pedro LEÓN	(1968 - 1974)
Dr. Alfredo POVIÑA	(1974 - 1986)
Dr. Pedro J. FRÍAS	(1986 - 1995)
Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS	(1995 -2001)
Dr. Olsen A. GHIRADI	(2001- 2004)

SILLONES ACADÉMICOS - SU HISTORIA

(al 31-12-2000)

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>
MARIANO FRAGUEIRO	7-7-42	Sofanor Novillo Corvalán 18-8-44 Benjamín Cornejo 22-6-59 Héctor Cámara 8-10-74 Efraín Hugo Richard 13-3-96

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>
RAMÓN FERREYRA	7-7-42	Félix Sarriá 18-8-44 Pedro J. Frías 26-4-72 Ricardo Haro 31-8-84
ENRIQUE RODRÍGUEZ	7-7-42	Mauricio L. Yadarola 21-12-51 Néstor A. Pizarro 26-9-57 Víctor H. Martínez 7-12-76
LISANDRO SEGOVIA	7-7-42	Santiago Beltrán 18-8-44 Alfredo Orgaz 21-12-51 Lisardo Novillo Saravia 31-8-84 Humberto Vázquez 24-8-99
JUAN M. GARRO	7-7-42	Raúl A. Orgaz 18-8-44 Jorge A. Núñez 21-12-51 Enrique Ferrer Vieyra 20-8-93
CORNELIO MOYANO GACITÚA	7-7-42	Sebastián Soler 18-8-44 José Severo Caballero 14-12-84
NICOLÁS M. BERROTARÁN	9-9-42	Luis J. Posse 2-9-44 Santiago Beltrán 21-12-51 Alfredo L. Acuña 11-8-59
JOAQUÍN V. GONZÁLEZ	9-9-42	Guillermo Rothe 18-8-44 César Enrique Romero 11-8-59 Guillermo Becerra Ferrer 2-7-77 Antonio María Hernández 14-9-99
MANUEL D. PIZARRO	9-9-42	Carlos Ernesto Deheza 2-9-44 Alfredo Rossetti 3-9-74 Ramón Daniel Pizarro 2-12-97
JERÓNIMO CORTÉS	9-9-42	Santiago F. Díaz 18-8-44 Pedro León 21-12-51 Fernando Martínez Paz 2-7-77
DEÁN GREGORIO FUNES	9-9-42	Enrique Martínez Paz 18-8-44 Sofanor Novillo Corvalán 26-9-57 Francisco Quintana Ferreyra 3-12-64 Julio I. Altamira Gigena 11-9-89

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
VICTORINO RODRÍGUEZ	9-9-42	Mauricio L. Yadarola Santiago F. Díaz Carlos Luque Colombres Mario Martínez Crespo	18-8-44 21-12-51 2-7-77 24-6-97
RAFAEL GARCÍA	9-9-42	Henoch D. Aguiar Benjamín Cornejo Enrique Saravia Edgard A. Ferreyra Juan Manuel Aparicio	18-8-44 21-12-51 7-6-61 7-12-76 11-5-90
TRISTÁN NARVAJA	9-9-42	Angel H. Cabral Luis Moisset de Espanés	21-12-51 3-9-74
JUSTINO CÉSAR (*)	6-8-51	Arturo Gallego Sánchez Ernesto R. Gavier Efraín Hugo Richard	21-12-51 22-6-59 31-8-84
JUAN DEL CAMPILLO	21-12-51	Carlos A. Tagle Ricardo C. Núñez Horacio Roitman	21-12-51 14-10-57 10-9-97
ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ	7-7-52	Enrique Martínez Paz (h) Jorge A. Carranza Armando S. Andruet	26-9-57 3-9-93 26-6-2001
RAÚL A. ORGAZ	16-7-52	Alfredo Poviña Justo Laje Anaya	14-10-57 30-7-93
JUAN BIALET MASSÉ	15-9-52	Luis A. Despontín Olsen A. Ghirardi	26-9-57 31-8-84
NICOLÁS AVELLANEDA	13-8-57	Emilio Baquero Lazcano Roberto I. Peña Ramón P. Yanzi Ferreira	14-10-57 2-7-77 23-11-99
JUAN BAUTISTA ALBERDI	13-8-57	Carlos A. Tagle Pedro J. Frías	26-9-57 7-9-76
SANTIAGO DERQUI	13-8-57	José León Schwartz Jorge de la Rúa	26-9-57 18-10-95

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de creación</i>	<i>Titulares y fecha de adjudicación</i>	
ALEJO DEL C. GUZMÁN	13-8-57	V. N. Romero del Prado Donato Latella Frías Héctor Belisario Villegas	26-9-57 10-11-60 5-10-90
ARTURO M. BAS	13-8-57	Luis Eduardo Molina José Ignacio Cafferata Manuel Augusto Ferrer	26-9-57 3-9-74 2-11-99
SALVADOR M. DEL CARRIL	13-8-57	Carlos R. Melo Ernesto Rey Caro	26-7-57 8-6-90
HENOCH D. AGUIAR	12-8-64	José A. Buteler Eduardo I. Fanzolato	13-12-64 6-10-97
SOFANOR NOVILLO CORVALÁN	12-8-64	Berta K. de Orchansky	23-1-76
JULIO B. ECHEGARAY	12-8-64	Jorge Clariá Olmedo Daniel Pablo Carrera	3-12-64 4-5-90
JOSÉ OLEGARIO MACHADO (*)	23-9-64	Miguel A. Ferrer Deheza Enrique Carlos Banchio	3-12-64 14-9-90
MANUEL LUCERO	23-9-64	José Severo Caballero Nelson C. Dellaferrera	7-12-76 29-5-2001
JUAN A. DE SARÁCHAGA	23-9-64	Santiago Montserrat Juan Carlos Palmero	14-12-76 28-9-84
FÉLIX SARRÍA	16-7-74	Jesús Luis Abad Zlata Drnas de Clément	16-7-74 15-5-2001
PEDRO LEÓN (*)	15-4-77	Pedro León Feit	2-7-77
SEBASTIÁN SOLER (*)	16-4-82	Ernesto R. Gavier	14-12-84

Nota: Los sillones marcados (*) se encuentran vacantes.

AUTORIDADES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

- 1941-1944: Presidente: Sofanor Novillo Corvalán (por renuncia, completó período el Dr. Félix Sarría).
Vice: Félix Sarría (completó el período el Dr. Julio B. Echegaray).
Secretario: Raúl A. Orgaz
- 1945-1947: Presidente: Julio B. Echegaray
Vice: Henoch D. Aguiar
Secretario: Mauricio L. Yadarola
- 1948-1951: Presidente: Enrique Martínez Paz
Vice: Félix Sarría
Secretario: Pedro León
- 1952-1954: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Benjamín Cornejo
- 1956-1958
- 1958-1961: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Benjamín Cornejo
- 1961-1964: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Benjamín Cornejo (completó el período por licencia Enrique Martínez Paz [h]).
- 1964-1967: Presidente: Félix Sarría
Vice: Pedro León
Secretario: Enrique Martínez Paz (h)
- 1967-1970

- 1970-1973: Presidente: Pedro León
Vice: Benjamín Cornejo
Secretario: José A. Buteler
- 1973-1975: Presidente: Pedro León (completó el período por renuncia, el Dr. Alfredo Poviña, desde 1974).
Vice: Benjamín Cornejo (completó el período por fallecimiento, el Dr. Pedro J. Frías).
Secretario: José A. Buteler
- 1975-1978: Presidente: Alfredo Poviña
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: José José A. Buteler
- 1978-1981: Presidente: Alfredo Poviña
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: José Ignacio Cafferata
- 1981-1984: Presidente: Alfredo Poviña
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: José Ignacio Cafferata (completó el período por renuncia el Dr. Edgard A. Ferreyra).
- 1984-1986: Presidente: Alfredo Poviña (completó el período por fallecimiento el Dr. Pedro J. Frías).
Vice: Pedro J. Frías
Secretario: Edgard A. Ferreyra
- 1986-1989: Presidente: Pedro J. Frías
Vice: Ernesto R. Gavier
Secretario: Edgard A. Ferreyra
- 1989-1992: Presidente: Pedro J. Frías
Vice: Luis Moisset de Espanés
Secretario: Lisardo Novillo Saravia (completó el período por renuncia, el Dr. Olsen A. Ghirardi).

- 1992-1995: Presidente: Pedro J. Frías
Vice: Luis Moisset de Espanés
Secretario: Olsen A. Ghirardi
- 1995-1998:
Presidente: Luis Moisset de Espanés
Vice: Olsen A. Ghirardi
Secretario: Ricardo Haro
Tesorero: Ernesto Rey Caro
- 1998-2001:
Presidente: Luis Moisset de Espanés
Vice: Olsen A. Ghirardi
Secretario: Ricardo Haro
Tesorero: Ernesto Rey Caro
- 2001-2004:
Presidente: Olsen A. Ghirardi
Vice: Ricardo Haro
Secretario: Ernesto Rey Caro
Tesorero: Efraín Hugo Richard

ACADÉMICOS DE NÚMERO DESDE SU FUNDACIÓN

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
NOVILLO CORVALÁN Sofanor (†)	18-8-41	Mariano Fragueiro
AGUIAR Henoch D. (†)	18-8-41	Rafael García
BELTRÁN Santiago (†)	18-8-41	Lisandro Segovia
DEHEZA Carlos Ernesto (†)	18-8-41	Manuel D. Pizarro
ECHEGARAY Julio B. (†)	18-8-41	(*)
MARTINEZ PAZ Enrique (†)	18-8-41	Deán Gregorio Funes
MONTAGNÉ Hipólito (†)	18-8-41	(*)
ORGAZ Raúl A. (†)	18-8-41	Juan M. Garro
POSSE Luis J. (†)	18-8-41	Nicolás M. Berrotarán
ROTHER Guillermo (†)	18-8-41	Joaquín V. González
SARRÍA Félix (†)	18-8-41	Ramón Ferreyra
YADAROLA Mauricio (†)	7-7-42	Enrique Rodríguez
DÍAZ Santiago F. (†)	7-7-42	Victorino Rodríguez
SOLER Sebastián (†)	7-7-42	Cornelio Moyano Gacitúa
LEÓN Pedro (†)	21-11-44	Jerónimo Cortés
TAGLE Carlos A. (†)	23-11-44	Juan Bautista Alberdi
CORNEJO Benjamín (†)	10-7-48	Mariano Fragueiro
NÚÑEZ Jorge A. (†)	10-7-48	Juan M. Garro
ORGAZ Alfredo (†)	26-11-49	Lisandro Segovia
CABRAL Angel H. (†)	21-8-50	Tristán Narvaja
GALLEGO SÁNCHEZ Arturo (†)	21-8-50	Justino César
DESPONTIN Luis Alberto (†)	27-5-52	Juan Bialet Massé
MARTÍNEZ PAZ Enrique (h) (†)	27-5-52	Enrique Martínez Paz
NÚÑEZ Ricardo C. (†)	27-5-52	Juan del Campillo

(†) Fallecido.

(*) No tuvo sillón adjudicado

(**) Renunció.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
MOLINA Luis Eduardo (†)	16-6-52	Arturo M. Bas
PEÑA Fernando (†)	16-6-52	(*)
BAQUERO LAZCANO Emilio (†)	20-8-56	Nicolás Avellaneda
MELO Carlos R. (†)	20-8-56	Salvador María del Carril
PIZARRO Néstor A. (†)	20-8-56	Enrique Rodríguez
GAVIER Ernesto (†)	20-8-56	Sebastián Soler
POVIÑA Alfredo (†)	20-8-56	Raúl A. Orgaz
SCHWARTZ José León (†)	20-8-56	Santiago Derqui
ROMERO DEL PRADO Víctor N. (†)	3-9-56	Alejo del Carmen Guzmán
ACUÑA Alfredo L.	11-8-56	Nicolás M. Berrotarán
ROMERO César Enrique (†)	11-8-59	Joaquín V. González
LATELLA FRÍAS Donato (†)	11-8-60	Alejo del Carmen Guzmán
CÁMARA Héctor R. (†)	8-5-61	Mariano Fragueiro
SARAVIA Enrique (†)	8-5-61	Rafael García
BUTELER José A. (†)	16-5-64	Henoch D. Aguiar
CLARÍA OLMEDO Jorge A. (†)	16-5-64	Julio B. Echegaray
FERRER DEHEZA Miguel A. (†)	16-5-64	José Olegario Machado
FRÍAS Pedro J.	16-5-64	Juan Bautista Alberdi
MONTSERRAT Santiago (†)	16-5-64	Juan Antonio de Saráchaga
QUINTANA FERREYRA Francisco (†)	16-5-64	Deán Gregorio Funes
ABAD Jesús Luis (†)	13-12-72	Félix Sarría
CAFFERATA José Ignacio (**)	13-12-72	Arturo M. Bas
MOISSET DE ESPANÉS Luis	13-12-72	Tristán Narvaja
ROSSETTI Alfredo (†)	13-12-72	Manuel D. Pizarro
CABALLERO José Severo	12-10-76	Cornelio Moyano Gacitúa
FERREYRA Edgard A. (†)	12-10-76	Rafael García
KALLER de ORCHANSKY Berta	12-10-76	Sofanor Novillo Corvalán
MARTÍNEZ Víctor H.	12-10-76	Enrique Rodríguez
BECERRA FERRER Guillermo (†)	15-4-77	Joaquín V. González
LEÓN FEIT Pedro (†)	15-4-77	Pedro León
LUQUE COLOMBRES Carlos (†)	15-4-77	Victorino Rodríguez
MARTÍNEZ PAZ Fernando	15-4-77	Jerónimo Cortés

(†) Fallecido.

(*) No tuvo sillón adjudicado

(**) Renunció.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
PEÑA Roberto Ignacio (†)	15-4-77	Nicolás Avellaneda
GHIRARDI Olsen A.	31-8-84	Juan Bialet Massé
HARO Ricardo	31-8-84	Ramón Ferreyra
NOVILLO SARAVIA Lisardo (†)	31-8-84	Lisandro Segovia
RICHARD Efraín Hugo	31-8-84	Justino César
PALMERO Juan Carlos	28-9-84	Juan Antonio de Saráchaga
DE LA RÚA Jorge	18-10-85	Santiago Derqui
ALTAMIRA GIGENA Julio I.	11-8-89	Deán Gregorio Funes
APARICIO Juan Manuel	11-8-89	Rafael García
BANCHIO Enrique Carlos (†)	11-8-89	José Olegario Machado
CARRERA Daniel Pablo	11-8-89	Julio B. Echegaray
REY CARO Ernesto	11-8-89	Salvador María del Carril
VILLEGAS Héctor Belisario	11-8-89	Alejo del Carmen Guzmán
CARRANZA Jorge A. (†)	31-5-93	Enrique Martínez Paz
FERRER VIEYRA Enrique	31-5-93	Juan M. Garro
LAJE ANAYA Justo	31-5-93	Raúl A. Orgaz
MARTÍNEZ CRESPO Mario	24-6-97	Victorino Rodríguez
ROITMAN Horacio	10-9-97	Juan del Campillo
PIZARRO Ramón Daniel	2-12-97	Manuel D. Pizarro
VÁZQUEZ Humberto	24-8-99	Lisandro Segovia
HERNÁNDEZ Antonio María	14-9-99	Joaquín V. González
FANZOLATO Eduardo Ignacio	6-10-99	Henoch D. Aguiar
FERRER Manuel Augusto	2-11-99	Arturo M. Bas
YANZI FERREIRA Ramón Pedro	23-11-99	Nicolás Avellaneda
DRNAS DE CLÉMENT Zlata	28-11-01	Félix Sarría
ANDRUET Armando S.	28-11-01	Enrique Martínez Paz
DELLAFERRERA Nelson C.	28-11-01	Manuel Lucero

(†) Fallecido.

(*) No tuvo sillón adjudicado

(**) Renunció.

DOCTRINA

ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL VIGENTE Y SU PERFECTIBILIDAD

por HERNÁN RACCIATTI

SUMARIO: 1. Algunas palabras previas. 2. El sistema de Vélez. 3. La ley 13.512 y sus antecedentes. 4. Proyectos de reforma. 5. La organización del régimen de propiedad horizontal. 6. El consorcio de propietarios. 7. La responsabilidad civil del consorcio. 8. Las asambleas y el cómputo de los votos en la ley 13.512. 8.1. El cómputo de los votos en los proyectos de reforma. 8.2. El término de impugnación de los actos asamblearios. 9. Cobro de las expensas comunes. Título ejecutivo. 9.1. Intereses punitivos por mora en el pago de las expensas comunes. 9.2. Privación del derecho de voto del propietario en mora. 10. Sobre algunos aspectos de la propiedad horizontal que deben integrarse a la ley. 11. Conclusión.

1. Algunas palabras previas

Previamente a la exposición del tema que he elegido para esta disertación, quiero agradecer a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, la honrosa designación de miembro académico correspondiente con la que me ha distinguido.

Como civilista, me llena de orgullo que sea esta Academia, la de la tierra de nacimiento del eminente Dalmacio Vélez Sarsfield y la de la cuna de la destacada “Escuela de derecho civil cordobesa”, a la que he de pertenecer como miembro correspondiente.

Siguiendo esta línea de pensamiento, recuerdo la emoción que me embargó, cuando siendo aún un joven profesor de derecho, debí asistir, como delegado de la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario, a un evento del calibre del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en esta ciudad en el año 1961, donde tuve la oportunidad de conocer, junto a otros notables juristas argentinos, a distinguidas figuras

integrantes de aquella escuela civilista como fueron Pedro León y Alfredo Orgaz, sin imaginar, entonces, que este último influiría tanto, con la claridad de pensamiento que le era habitual exponer en sus obras, en mi formación de civilista y de docente universitario.

Y es así que ahora estoy nuevamente aquí, en Córdoba, para exponer sobre la propiedad horizontal, tema que si bien no pertenece a la materia de mis antiguas cátedras de Parte General de Derecho Civil y de Obligaciones de la Facultad de Derecho de Rosario, lo he elegido para esta oportunidad por tratarse de un viejo amor de juventud que volqué en mi tesis del doctorado, pero esencialmente, por la importancia jurídica que hoy tiene el dominio dividido en planos horizontales, dada su indudable aceptación comunitaria.

Es que, efectivamente, las edificaciones sometidas al régimen del dominio horizontal se han incrementado notablemente desde las primeras épocas de la vigencia de la ley a la hora actual. Hoy no sólo existen construcciones con unidades destinadas a vivienda, sino a toda clase de actividades comerciales, profesionales o aun de esparcimiento, como son, por ejemplo, las guarderías náuticas también divididas en propiedad horizontal.

Me ha parecido así, que dada esta circunstancia, resultaba plausible efectuar un breve análisis de algunas de las reglas que rigen este tipo de dominio, que no se limitan a la preceptiva contenida en la ley 13.512 sino que incluyen, como no podía ser de otra forma, las normas de nuestro sabio Código Civil, cuyos criterios, como dije en oportunidad de escribir en la obra editada por esta Academia en homenaje al destacado jurista y hombre público que fue Dalmacio Vélez Sársfield, aún hoy, después de ciento treinta años de su sanción, resultan útiles para solucionar situaciones que plantea una ley vertebrada con mucha posterioridad, brillando, como se ha puesto de manifiesto por alguna doctrina, “*con todos los visos de una milagrosa clarividencia*”, como si aquellos criterios hubieran estando reservando el respaldo que los antiguos preceptos debían prodigar a un instituto que fue rechazado, cuando pudo ser prematuro, para brindarle el apoyo de su sabiduría, cuando hubo que admitirlo ante las nuevas exigencias de la sociedad¹.

1 “Vélez Sársfield, la propiedad horizontal y temas conexos”, en la obra “*Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield - Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)*”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. III, pág. 144.

2. El sistema de Vélez

Vélez Sársfield, coincidiendo con su criterio de rechazar el derecho de superficie, prohibió también la propiedad horizontal en el art. 2617 del Código Civil estableciendo que “el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”, a pesar de reconocer, en la nota a dicho artículo, “que la mayoría de los códigos extranjeros lo permiten”, agregando que “la división horizontal dando a uno los bajos y a otro los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio”.

Que es la opinión que Vélez había adelantado en la nota al art. 2502, cuando considera que “la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades...”.

Con estos antecedentes, ha podido afirmarse en la doctrina española, que el Código Civil argentino fue el primero en el derecho comparado que rechazó la propiedad horizontal, mientras que el primero en adoptarla fue el Código Civil francés de 1804 ², que en un solo artículo, de reducido contenido, reguló el sistema ubicándolo en la materia referida al reparto de las expensas comunes.

Las diferencias de criterio entre nuestro Código Civil y el francés, radicaban, sin duda, en las distintas necesidades de cada sociedad. En la Argentina, a la época de la sanción del Código Civil, la extensión territorial y la ausencia de desarrollo industrial justificaban el criterio de Vélez, mientras que en Europa ocurría precisamente lo contrario.

² Manuel BATTLE VÁZQUEZ, *La propiedad de casas por pisos*, 2ª ed., Alcoy, 1954, págs. 23, 24, 33 y ss..

3. La ley 13.512 y sus antecedentes

La concentración de la población urbana fue exigiendo la consagración legislativa de la propiedad horizontal, constituyendo, cada vez más, un pensamiento compartido por nuestros juristas y parlamentarios.

Fue así que en julio de 1928 el senador por Catamarca, Alejandro Ruzo, presentó en la Cámara que integraba, un proyecto que incorporaba la propiedad horizontal, dejando sin efecto la norma prohibitiva del art. 2617 del Código Civil, y que algo más de diez años después, en 1939, otra iniciativa, persiguiendo la misma finalidad, fuera presentada en la Cámara de Diputados por el Dr. Leónidas Anastasi, iniciativa que fue seguida en 1946 y 1948 por proyectos del diputado Ernesto Sanmartino.

Hasta que, finalmente, otro proyecto remitido al Senado en 1947 por el Poder Ejecutivo, terminó convirtiéndose en la ley que introdujo en nuestro derecho el régimen de la propiedad horizontal.

Esta ley, que lleva el N° 13.512, fue promulgada y está en vigencia desde 1948, rigiendo hasta el presente sin modificación alguna.

4. Proyectos de reforma

Aunque la eficacia de la ley 13.512 ha quedado probada, por haber constituido durante más de cincuenta años un adecuado instrumento regulador del sistema, existe consenso doctrinario en que resultan necesarias algunas reformas de su articulado, a fin de ajustarlo a la experiencia producida durante su vigencia y subsanar algunos defectos originarios.

Por esta circunstancia, la ley ha sido objeto de numerosos proyectos de reforma, la mayoría de ellos integrales. Entre estos intentos pueden citarse el Anteproyecto de la entonces Secretaría de Estado de Justicia de la Nación de 1968, el Anteproyecto del Consejo Federal del Notariado Argentino y del Comité Permanente de la Propiedad Horizontal del mismo año, el proyecto confeccionado en 1981 por los Dres. Jorge H. Alterini, Guillermo L. Allende, Agustín Durañona y Vedia y Carlos A. Chevallier Boutell, el proyecto del diputado Osvaldo Rodrigo de 1989, el proyecto de las Comisiones de Legislación General y de Vivienda de la Cámara de Diputados de la Nación, con media sanción legislativa del 30 de septiembre

de 1992, que fue reproducido (con ligeras modificaciones destinadas a armonizar su texto con el del código al que debía incorporarse) en el título XIV del proyecto de ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados, con sanción de la Cámara de origen, y luego, también con algunas modificaciones, incorporado al título V del llamado proyecto de Código Civil de 1998. Por último, el proyecto redactado por el autor de este comentario, presentado en las XIV Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán en septiembre de 1993³.

Cabe destacar que aunque los últimos intentos que he referido resultan coincidentes en los aspectos fundamentales de la ley 13.512 que deben ser objeto de reforma, mientras los trabajos mencionados al final están dirigidos a implementar un sistema que no conserva la estructura de la ley vigente, la que se sustituye íntegramente, el proyecto redactado por el que expone sólo persigue la actualización de la ley 13.512 con las soluciones volcadas en su estudio por la doctrina y la jurisprudencia.

Ello porque siempre he sostenido que para modernizar la ley que rige, bastan unas pocas modificaciones de su articulado para adecuarla a la experiencia producida en su aplicación, como son esencialmente (porque lo demás es detalle) la personalidad y la responsabilidad civil del consorcio, el régimen de las asambleas, los mecanismos de compulsión para el cobro de las expensas comunes, las nuevas formas del dominio horizontal y el régimen de los grandes y pequeños consorcios⁴.

Sobre estos temas me iré refiriendo, al analizar la perfectibilidad de la ley de la materia en el curso de esta exposición.

5. La organización del régimen de propiedad horizontal

Conviene recordar previamente, sin embargo, que el sistema de la propiedad horizontal se encuentra organizado entre nosotros mediante la

³ Este proyecto y sus fundamentos pueden verse a continuación del artículo escrito por su autor: "La propiedad horizontal en el proyecto de Unificación de Códigos de la Cámara de Diputados", L.L. 1994-C-825.

⁴ V. ob y lug. cits. en nota anterior y «Asambleas de propietarios en sede judicial y la impugnación de los actos asamblearios», L.L. 1995-D-363.

combinación del dominio individual con el condominio de indivisión forzosa, coincidiendo con la legislación comparada atinente al tópico.

Empero, cabe consignar que los problemas que plantea esta clase de dominio no pueden ser resueltos aplicando simplemente las reglas de una u otra figura tomadas aisladamente, porque la amalgama entre dominio individual y condominio es tan íntima en esta figura, que las cuestiones a considerar merecen una interpretación especial.

En este sistema, no obstante la propiedad exclusiva sobre cada unidad, la existencia de un centro de intereses comunes, provisto de una organización interna de naturaleza deliberativa y ejecutiva (asambleas y administrador, arts. 8º, 9º y 10 ley 13.512 y arts. 3º inc. 7 y 8º decr. 18734/49) y de una regulación patrimonial, claramente diferenciada del condominio de indivisión forzosa legislado por el Código Civil (arts. 8º y 17 ley 13.512), pone de manifiesto que existe en la materia un fin utilitario, distinto del individual, que supera a este último⁵.

Pero es más; aparte de todo esto, con la vigencia de la ley el suelo aparece como un accesorio de las unidades (arts. 2º y 3º *in fine*) produciéndose una inversión a los principios de accesión del dominio común fundados en la prevalencia del terreno sobre lo construido. Aquí la cosa principal son los departamentos o pisos y lo accesorio es el terreno.

Esta naturaleza *sui generis* de la propiedad horizontal obliga, pues, a considerarla como un derecho real autónomo, que como tal, debiera ser incorporado a la nómina indicada en el art. 2503 C.C.. Así lo hacen los modernos proyectos de reforma de la ley citados más atrás, coincidiendo con el criterio adoptado en el dictamen preliminar de la mayoría de la Comisión destinada a tratar el tópico en el III Congreso Nacional de Derecho Civil en 1961⁶.

6. El consorcio de propietarios

Además, como si los elementos característicos de la figura que sirven para distinguirla del dominio común fueran pocos, los consorcios tienen un estatuto que los rige (el reglamento de copropiedad y administración);

⁵ RACCIATTI, *Propiedad por pisos o por departamentos*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1975 o reimpresión de 1982, N° 18, pág. 40 y ss..

⁶ *Actas*, Universidad Nacional de Córdoba, t. 1, Córdoba, 1962, pág. 220.

tienen nombre, domicilio, capacidad y aptitud patrimonial, lo que lleva a la conclusión de que estamos frente a un ente con personalidad jurídica cuyo carácter se encuentra respaldado, en nuestro derecho, a partir de la sanción del actual texto del art. 33 C.C., que permite incluir en la categoría de personas jurídicas de derecho privado a todos los entes que como el consorcio tengan capacidad para ser titulares de derechos y deberes, aptitud a la que me referiré más adelante.

Esta postura de la personalidad jurídica, rechazada por parte de nuestra doctrina ⁷ y al principio de la vigencia de la ley por alguna jurisprudencia ⁸, prevaleció luego de manera prácticamente uniforme en todo el país en la materia civil y comercial, habiendo existido solamente divergencias en el fuero laboral hasta el año 1965, época en que un importante plenario unificó el criterio para dicho fuero pronunciándose por el reconocimiento de la personalidad del consorcio ⁹.

La doctrina judicial referida se mantuvo pacífica hasta 1984, año en que la Sala A de la Cámara Nacional Civil, reviendo su criterio anterior, dicta un fallo que conmovió los cimientos de la hasta entonces uniforme postura jurisprudencial ¹⁰.

Esta sentencia, sólidamente fundada por el vocal preopinante, Dr. Eduardo Zannoni, estima impropio calificar al consorcio como persona jurídica, considerando, en cambio, que cuando la ley 13.512 alude al consorcio de propietarios no lo hace para atribuirle el carácter de sujeto de derecho distinto de sus integrantes, sino para referirse al conjunto de los propietarios como sujetos “sometidos a un específico o particular modo de conservar o administrar las cosas comunes”, lo cual implica, a su juicio, la necesidad legal de confeccionar un reglamento, la de designar un administrador representante de los propietarios, la de determinar la proporción en el pago de las expensas comunes, la posibilidad de cada

⁷ Entre otros, LAQUIS y SIPERMAN, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, 1966, págs. 85 y 86; Acdeel E. SALAS, notas en la obra de Pierre POIRIER, *Propiedad horizontal, condominium*, Buenos Aires, 1950, pág. 127, etcétera.

⁸ CNTrab., Sala II, L.L. 99-430.

⁹ L.L. 121-335.

¹⁰ L.L. 1985-A-534.

propietario de efectuar expensas extraordinarias en ausencia del administrador, etcétera.

Concluyendo, el magistrado que vota en este sentido, que este “específico modo de administrar y preservar las cosas comunes”, cuando trasciende las relaciones internas de los propietarios a las relaciones externas de éstos, lo hace como una relación de comunidad del derecho, como podrían ser, entre otras, el condominio ordinario, la comunidad hereditaria o la sociedad conyugal en cuanto a los gananciales, con la consecuencia de que esta tesis serviría para atribuir la necesaria subjetividad, para resolver frente a terceros, la unidad del derecho reconocido a la pluralidad de titulares.

Posteriormente, en otros supuestos, uno afín al referido ¹¹ y el otro sustancialmente diferente, juzgando un caso de responsabilidad civil del consorcio, la misma Sala A atribuye tal responsabilidad a los consorcistas, atento al criterio de la ausencia de personalidad de aquél, sostenida en el fallo de 1984 ¹².

Esta concepción fue luego seguida por la Sala D de la misma Cámara, al resolver un supuesto de legitimación procesal de un consorcio para demandar por evicción, aseverando que tal garantía corresponde a los propietarios y no al consorcio ¹³, así como por la Sala F en un caso de otra especie, como era el cobro de una deuda fiscal del consorcio, donde se resolvió que los responsables eran los propietarios ¹⁴ y partiendo de estos principios, la Sala B del mismo Tribunal, sostuvo que cuando la ley se refiere al administrador como mandatario legal de los “propietarios” y no del “consorcio” la interpretación literal del precepto lleva a comprobar, a juicio del órgano jurisdiccional, que el administrador es el representante legal de aquellos y no de una persona distinta, así como que la inexistencia del patrimonio del consorcio conduce a la ineludible ejecución de los créditos de terceros (en el caso honorarios) contra cada uno de los titulares de las unidades en el edificio ¹⁵.

¹¹ L.L. 1990-E-35.

¹² CNCiv., Sala A, L.L. 1987-A-462.

¹³ L.L. 1987-A-437.

¹⁴ L.L. 1991-D-31.

¹⁵ L.L. 1990-E-429.

Algunos tribunales, sin embargo, siguen manteniendo la tesis de la personalidad, no obstante la existencia de la corriente jurisprudencial negatoria. Así, por ejemplo, la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata ¹⁶, y la Sala C de la Cámara Nacional Civil, han puesto de relieve que el consorcio de propietarios es sujeto de derechos conforme lo dispuesto por el art. 33 C.C., siendo su personalidad jurídica limitada de conformidad con lo establecido por el art. 35 de dicho código ¹⁷ que fue el criterio adoptado después, en tema afín, por la Cámara Nacional Civil, Sala F ¹⁸.

Esta interpretación aparece como la más correcta, debiendo agregarse además en su apoyo que tampoco parece adecuado negar la personalidad del consorcio, atribuyéndole falta de patrimonio propio, como lo hacen algunos de los fallos negatorios de tal personalidad ¹⁹. En primer lugar, porque aunque fuera cierto que el consorcio careciera de patrimonio, con su aptitud patrimonial basta, como ocurre con las personas individuales, para reconocerle ese atributo de la personalidad. En segundo término, porque, en realidad, el consorcio *tiene* patrimonio propio, esto es, *independiente* del de sus integrantes ²⁰, patrimonio que está constituido, entre otros bienes, por los créditos por expensas comunes, el crédito por el cobro de la medianería, los fondos de reserva, las rentas provenientes de las cosas comunes, etcétera, y que como lo pondré de relieve, responde por las deudas del consorcio sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de sus integrantes.

Por último, en lo que hace al argumento de la Sala B ²¹, en el sentido de que el administrador no responde al consorcio, sino a los propietarios, porque la ley lo califica como mandatario de *éstos*, cabe consignar que esta interpretación prescinde de que en la materia resultan indiferentes a la vigencia de la representación los cambios producidos en el conjunto de los propietarios con motivo de fallecimientos o enajenaciones, aparte de que el mandato no puede serle revocado al administrador individualmente

¹⁶ L.L. 1986-C-547.

¹⁷ L.L. 1990-D-461.

¹⁸ L.L. 1992-B-25.

¹⁹ CNCiv., Sala A, L.L. 1987-A-464, Sala B, L.L. 1990-E-429.

²⁰ Conf. CNCom, Sala A, E.D. 5-230

²¹ L.L. 1990-E-429.

sino por la asamblea (inc. b del art. 9º), lo que demuestra que la representación no es individual sino colectiva.

De esta manera queda claro, en síntesis, que habiéndose quebrado aquella uniformidad jurisprudencial mencionada más atrás y cuestionada la existencia de la personalidad jurídica del consorcio, se torna indispensable su reconocimiento por vía legislativa, lo que en definitiva constituye una antigua aspiración de la doctrina nacional que podría calificarse de unánime de *lege ferenda*.

7. La responsabilidad civil del consorcio

Un tema vinculado con el expuesto es el relativo a la responsabilidad civil del consorcio. Partiendo del principio de la existencia de esa personalidad, debe concluirse que éste responde por los daños causados a los terceros por las cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado y por el personal de su dependencia, incluyendo al administrador, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de su obligación de reparar los daños emergentes del incumplimiento de los contratos celebrados con los propios consorcistas o con otros terceros, en lo que hace a la responsabilidad contractual.

Siguiendo las reglas establecidas por la Segunda Conferencia de Propiedad Horizontal celebrada en Rosario en 1969, debe concluirse, de *lege lata*, que en estos casos los consorcistas responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en los términos del art. 1713 C.C..

Conforme este criterio, después de excutidos los bienes del consorcio (v.gr. fondo de reserva, los provenientes de bienes comunes productivos de renta, los créditos por expensas comunes, etcétera), es posible agredir el patrimonio de los consorcistas, quienes responden a la manera de los fiadores, conforme el mencionado art. 1713 C.C., por partes iguales (arg. arts. 1747 y 1750 C.C.), sin perjuicio de que luego la deuda se reparta en la proporción en que cada uno contribuye a las expensas comunes (arg. art. 1752 C.C. y art. 8º ley 13.512).

Esta postura, que perfecciona a la ley vigente, fue recogida en el proyecto de reforma de 1998 (art. 1980) y en el otro del cual soy autor (art. 9º, 3º apartado), aunque estableciendo que tal responsabilidad de los dueños lo es en proporción a sus respectivos porcentuales de dominio y no por partes iguales.

En cuanto al tipo de responsabilidad extracontractual del consorcio o de sus miembros, debe concluirse que es *objetiva*²². En los daños derivados de las cosas inanimadas el factor de atribución es el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, segunda parte C.C.), mientras que respecto de los dependientes el factor es la garantía, aunque en el fondo la culpa, como fundamento principal de la responsabilidad civil, aparece. Cuando se trata del vicio de la cosa, porque la existencia del vicio evidencia falta de diligencia (culpa del dueño o guardián) y en lo que hace al riesgo, porque la inversión de la carga de la prueba (culpa de la víctima, o de un tercero por el que no se deba responder o el caso fortuito extraño a la cosa) demuestra, aunque sea por contraste, que el concepto de culpa juega si se tiene en cuenta que para eximirse de responsabilidad hay que probar la culpa ajena o la interrupción del nexo causal. Respecto de la obligación de garantía por el subordinado, inexcusable para el principal, se basa también en la culpa de aquél que se desplaza a éste, justamente por no haber asumido la posibilidad de incurrir en culpa propia.

8. Las asambleas y el cómputo de los votos en la ley 13.512

Un problema grave, ínsito desde su origen en el régimen vigente, y que han tratado de remediar tanto el proyecto de reforma al Código Civil de 1998 como aquel del cual soy autor, es el del *quorum* y del cómputo de los votos asamblearios, porque cuando la ley se refiere a las resoluciones que deben tomarse en las asambleas, no indica la posibilidad de resolver los asuntos previstos computando los votos sobre los consorcistas presentes, sino sobre el *total* de los miembros del consorcio.

Esta circunstancia determina que cuando no fuera posible lograr la “reunión de la *mayoría necesaria* de propietarios” deba recurrirse al juez para que sea éste quien convoque la reunión (art. 10 ley 13.512).

Dado este sistema, resulta indudable que la vía judicial debería ser, en la práctica, la forma más corriente de convocatoria de las asambleas. Y si no lo es, ello se debe a que en la mayoría de los reglamentos de copropiedad que se dictan se incluyen cláusulas que, al margen de la ley,

²² CNCiv. Sala D, J.A. 1994-I-118.

admiten la validez de asambleas en segunda convocatoria con la sola presencia de los propietarios que concurren, o porque se recurre al expediente ilegítimo de obtener el consentimiento de cada consorcista en forma sucesiva, como ser recorriendo unidad por unidad.

En el primer supuesto se viola uno de los principios imperativos de la ley que el reglamento no puede desconocer.

En este sentido, la Cámara Nacional Civil por su Sala B decidió que el *quorum* de la asamblea se forma con la presencia de un número mínimo de propietarios que fije la ley o el reglamento para el asunto de que se trate a fin de resolverlo con la mayoría necesaria ²³, y la Sala II de la Cámara Nacional Especial Civil y Comercial resolvió que cuando el reglamento de copropiedad exige unanimidad para decidir, ésta no debe computarse sobre los presentes en la asamblea sino sobre *todos* los integrantes del consorcio ²⁴.

En la segunda situación mencionada precedentemente se prescinde de la deliberación que impone la ley.

En este aspecto existe consenso en la doctrina, así como en los fallos judiciales, acerca de la invalidez de cualquier resolución consorcial tomada *fuera* de la asamblea, porque de esta forma se omite la deliberación necesaria para la decisión de cada partícipe, ya que para que los propietarios hayan expresado una opinión *deliberada* debe haber existido deliberación; por ello es que en nuestros tribunales se ha sostenido que la reunión de los propietarios en las asambleas previstas por la ley 13.512 no constituye un recaudo puramente formal que pueda suplirse con la adhesión individual de cada uno de ellos a la resolución proyectada ²⁵, careciendo de validez la resolución adoptada por la mayoría del consorcio si no se convoca a asamblea, recogiendo la firma de aquéllos en sus respectivos domicilios ²⁶.

Los dos procedimientos destinados a obtener la decisión del consorcio que se han considerado erróneos precedentemente, desembocan en la invalidez de los actos jurídicos producidos conforme a ellos. Los referidos

²³ E.D. 35-491.

²⁴ L.L. 1987-E-92.

²⁵ CNCiv., Sala C, La Ley, 133-473; ídem misma Sala, L.L. 1996-D-267.

²⁶ CNCiv., Sala D, E.D., 6-985; ídem Sala C, L.L., 1996-D-268.

al *quorum* resultan nulos por presentarse el vicio de que adolecen patente o manifiesto en la cláusula reglamentaria que los autoriza. Y los relacionados con la falta de deliberación, aparecen, en cambio, como anulables por depender su invalidez de la investigación judicial, aunque conviene aclarar que en ambos casos la nulidad es relativa y susceptible de ser confirmada por otra asamblea válida, por tratarse en estos supuestos de nulidades que afectan sólo el interés particular de los propietarios.

8.1. *El cómputo de los votos en los proyectos de reforma*

Y es por las circunstancias mencionadas, que en los últimos proyectos de reforma de la ley 13.512, en mayor o en menor medida, se ha adoptado el régimen del *consentimiento presunto* para evitar los entorpecimientos que pudiere causar la falta de asistencia de los propietarios a las asambleas debidamente convocadas.

Así, el proyecto de reforma al Código Civil de 1998 admite las decisiones de los presentes tomadas por la mayoría absoluta (de personas y capital) si éstas no merecieran la oposición de los ausentes, con mayoría suficiente, dentro de los quince días de notificadas (art. 1993). Y en el proyecto presentado en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Tucumán en 1993 por quien expone, mientras que para las reuniones que requieran unanimidad basta la aprobación de los presentes, si los ausentes no se opusieron dentro de los treinta días de su notificación, en aquéllas en que fuere suficiente la mayoría, recién se admite la intervención judicial cuando no se hubieren logrado las mayorías legales (de personas y de capital) impuestas para la segunda convocatoria (art. 12).

8.2. *El término de impugnación de los actos asamblearios*

Otro principio, sumamente importante, que creo conveniente mencionar, y que debe ser previsto por vía de una reforma legislativa, es el relacionado con el término para impugnar las resoluciones asamblearias que pudieren estar afectadas de vicios determinantes de su invalidez, tanto en la faz constitutiva como en la deliberativa o en la resolutive.

Sobre este tópico, de *lege lata* la doctrina prevaleciente entiende que a falta de una disposición específica en la ley, como ocurre en legislaciones de otros países (v.gr. Código Civil italiano de 1942 -art. 1137, 30 días-; ley española de 1999 -art. 18, 3 meses-, salvo decisiones contrarias a la ley o al estatuto, en cuyo caso la caducidad es de un año -ley francesa de 1965, art. 42, dos meses-), debe estarse al término decenal, indicado por el Código Civil para la prescripción de las acciones personales (art. 4023 C.C.), por remisión al principio general de aplicación de las leyes análogas (art. 16 C.C.), salvo la posibilidad de recurrir a la prescripción de dos años si la acción se fundare en vicios del consentimiento (art. 4030 C.C.).

Como estos plazos resultan demasiados extensos para mantener la certeza de las resoluciones assemblearias, que se verían afectadas por la posibilidad de demandar su invalidez durante términos tan prolongados, es que de *lege ferenda* se ha propuesto la conveniencia de establecer plazos breves de caducidad para el ejercicio de acciones de este tipo en una próxima reforma legislativa. Así, en el proyecto de reforma al Código Civil de 1998 se ha optado por el término de 30 días, desde que la decisión de la asamblea tuvo principio de ejecución (art. 1993) y en el presentado por quien expone a las XIV Jornadas de Tucumán se ha inclinado por el de 60 días, desde su notificación a los propietarios disidentes, ausentes o o ausentes (art. 12).

Pero mientras no exista la previsión normativa, la única solución para mantener la estabilidad de las decisiones de las asambleas es la consagración de un plazo corto de caducidad por vía del reglamento de copropiedad.

9. Cobro de las expensas comunes. Título ejecutivo

En lo que hace a los medios para lograr el pago de los gastos comunes debe advertirse que la ley vigente no ha adoptado el trámite ejecutivo para su cobro. Por esta circunstancia, muchos reglamentos de copropiedad y administración debieron prever el punto, creando el título ejecutivo por vía convencional.

Superando algunas objeciones de la doctrina minoritaria, que sostuvo que para que un título pudiera traer aparejada ejecución debía estar

previsto en la preceptiva procesal, la jurisprudencia, tras alguna vacilación inicial, concluyó por admitir pacíficamente la procedencia de la vía elegida en el reglamento.

Este criterio, que privilegia procesalmente el crédito por expensas, que consagraban alguna de las leyes que fueron fuente de la nuestra, como la ley chilena y uruguaya (arts. 5° y 16 respectivamente) y que no fue seguido por la ley 13.512, es el admitido por casi todos los proyectos de reforma de la ley actual, que en parecidos términos establecen que el certificado de deuda expedido por el administrador constituye título ejecutivo para el cobro de las expensas comunes, que es la fórmula que en términos generales y con pocas diferencias han seguido el Código Procesal de la Nación y algunos códigos procesales provinciales, como los de Buenos Aires, Córdoba, Catamarca, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Misiones, Santa Cruz, Formosa, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Santiago del Estero, San Luis y Salta.

9.1. Intereses punitivos por mora en el pago de las expensas comunes

Otro de los medios de compulsión adoptados por los consorcistas, desde las primeras épocas de vigencia de la ley 13.512, para asegurar el cobro normal de las expensas comunes, ha sido el de pactar en los reglamentos de copropiedad intereses punitivos más o menos elevados, para el caso de mora en el pago de las expensas debidas por alguno de ellos.

La jurisprudencia se ha inclinado, de manera pacífica, en admitir la legitimidad de este tipo de convenios, poniendo de relieve la importancia que para el régimen de la propiedad horizontal reviste el cumplimiento puntual del pago de las expensas comunes. Pero no es uniforme en lo que hace al monto de los intereses pactados.

Así, mientras por un lado el principio general que orienta los fallos dictados es el de que en este tema no juegan las mismas pautas que en materia de usura ²⁷, por el otro costado, la mayor parte de los casos

²⁷ CNCiv., Sala C, 107-817; ídem L.L. 116-728; ídem L.L. 125-455; ídem L.L. 135-1102; Sala C, 1985-B-406; L.L. 1994-B-463; Sala F, L.L. 1981-B-61; CNEspecial Civ. y Com., Sala III, L.L. 154-484.

sentenciados han reducido notablemente las tasas convenidas en los reglamentos con el argumento de que éstas no guardaban relación con el perjuicio sufrido por la falta de pago, o que aparecían desproporcionadas respecto de las que rigen en caso de incumplimientos de otros tipos de obligaciones de dar sumas de dinero ²⁸.

A juicio del que esto expone, estas sentencias se encuentran influenciadas por la solución brindada por nuestros tribunales a otros supuestos de deudas dinerarias, ajenas a la propiedad horizontal, como son las emergentes del contrato de mutuo, a cuyo respecto existe consenso jurisprudencial en la necesidad de marcar pautas respecto de la licitud de los intereses convenidos, a fin de considerar usurarios a aquellos que por su magnitud pudieren contrariar los principios vinculados con la moral y las buenas costumbres conforme lo preceptuado por el art. 953 C.C..

Conviene poner de resalto que éste no es el supuesto de la propiedad horizontal. En este régimen, de lo que se trata es de incluir una cláusula penal en forma de intereses elevados, que no se encuentra pactada en beneficio de un acreedor particular, sino del consorcio, integrado inclusive por el propio deudor cuya identidad ni siquiera se conoce desde el principio y donde todos los consorcistas son, recíprocamente, potenciales acreedores y deudores. Todo ello sirve para descartar la usura, o un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor, razón por la cual, ejerciendo la cláusula penal en forma de intereses, una función más compulsiva que resarcitoria, resulta lógico que la tasa de interés convenida sea bastante más alta que en otras especies de obligaciones de dar sumas de dinero.

9.2. Privación del derecho de voto del propietario en mora

Otro remedio compulsivo para obtener una regular recaudación de las expensas comunes consiste, de *lege lata*, en la estipulación, en el reglamento de copropiedad, que autorice a la asamblea a privar del derecho de voto o de la facultad de participar en ella al propietario que esté en mora en el pago de los gastos a su cargo, sanción que resultaría conveniente incorporar en una futura reforma legislativa.

²⁸ CNPaz, Sala IV, L.L. 100-1; CNCiv., Sala F, La Ley 151-271; L.L. 137-765; Sala A, L.L. 132-1061.

10. Sobre algunos aspectos de la propiedad horizontal que deben integrarse a la ley

Finalmente, respecto de las nuevas formas del dominio horizontal y de los pequeños y grandes consorcios, regulaciones que faltan en la ley 13.512 y cuya inclusión hace también a la perfectibilidad de su normativa, cabe agregar unas breves consideraciones, sobre este aspecto de la figura en análisis.

En lo que hace a las manifestaciones modernas de la propiedad horizontal, como son los lotes de terreno, destinados a loteos urbanos, clubes de campos, parques industriales, countries, centros de compra y semejantes, y aun los cementerios privados, que en el sistema actual no tienen sustento legal en el régimen de la propiedad horizontal, cuando falta la edificación, por ausencia de la cosa objeto del derecho, por ser el terreno accesorio del edificio en la regulación vigente, la tendencia legislativa es la de su incorporación al régimen horizontal, como lo hacen la ley francesa 65.557 de 1965 y la nueva ley española N° 8 de 1999, así como los últimos proyectos de reforma de nuestra ley.

En el caso de que estos conjuntos inmobiliarios se sometan a la propiedad horizontal, la regla legal debe ser que sólo serán comunes las partes del terreno destinadas a calles de acceso o de comunicación, así como las infraestructuras que fueren de uso comunitario, mientras que las parcelas asignadas a cada dueño, estén o no edificadas, pertenecerán a la propiedad exclusiva de éstos, con la particularidad de que el reglamento de copropiedad pueda establecer limitaciones edilicias para mantener la armonía y la estética del conjunto.

Con relación a los pequeños y a los grandes consorcios, los requerimientos de una abundante doctrina y la satisfacción de evidentes necesidades prácticas hacen conveniente su regulación legal con prescindencia de las asambleas, y con una administración sencilla para los edificios que cuenten con un reducido número de unidades con una disciplina más compleja, en cambio, para los denominados “megaconsorcios”, especialmente para las construcciones con unidades con diferentes destinos, como pueden ser los edificios divididos en vivienda, galerías comerciales y cocheras, que obviamente presentan exigencias distintas para cada sector.

En este último caso, debería poder preverse por vía del reglamento de copropiedad todo lo relativo al uso, aprovechamiento y régimen de las expensas comunes correspondiente a cada sector, con independencia de los demás, así como adoptarse un sistema de administración separada de los diferentes sectores, a cargo de una subasamblea y un subadministrador para cada uno de ellos, sin perjuicio de la que corresponde a la totalidad del inmueble, cuya asamblea general debe conservar tanto la representación del consorcio frente a los terceros por medio del administrador del edificio, como la posibilidad de dirimir los eventuales conflictos de intereses entre los distintos sectores, no obstante la existencia de los subconsorcios en el orden interno.

11. Conclusión

Concluyendo, debe hacerse notar que si bien es cierto que la ley 13.512 nació perfectible y que su texto tiene que ser retocado y complementado con previsiones normativas destinadas a dar contenido a modalidades de la figura surgidas en el transcurso del tiempo, también debe admitirse, como lo he adelantado al principio, que esta misma ley constituye un instrumento eficaz para regular dicha forma de dominio, por cuya razón basta para mejorarla con su actualización mediante la incorporación a su texto de las soluciones brindadas en su aplicación por la doctrina y la jurisprudencia.

De allí mi conocida postura de oposición a la implementación de un nuevo régimen, dirigido a sustituir íntegramente el sistema de la ley 13.512, como lo hace el Capítulo V del proyecto de reforma al Código Civil de 1998 y los antecedentes que lo inspiran.

DEL IUS ROMANO A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

por FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

SUMARIO: Prolegómenos. El *Ius Romano*. La crisis del *Ius Romano*. La evolución de los derechos humanos a partir del *Ius Romano*. La evolución hasta 1776. La evolución hasta 1948. La supranacionalización de los derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos humanos normados por la Convención Americana. Epílogo.

Los derechos humanos son un tema de permanente actualidad y lo han sido a lo largo de los siglos pues existen desde que el ser humano se hizo presente en la faz de la Tierra, comenzó a organizar su vida de relación y la civilización inició su desarrollo, formándose las culturas. Por eso, antes de emprender la tarea de trazar la idea de los derechos humanos como se les concibe en la actualidad, vamos a emprender la de buscar su delimitación conceptual pero atendiendo previamente a su evolución histórica, pues consideramos acertado el planteamiento de Puy en cuanto a que sólo a la luz de la percepción de su historia es posible la comprensión de un hecho cultural ¹.

Bajo esta premisa es que nos hemos propuesto abarcar el tema de los derechos humanos tomando como punto de partida el *ius romano* -que, guardando distancias conceptuales, fue también un derecho humano- y como meta los derechos humanos en la Convención Americana, también

¹ Vide Francisco PUY, "Retrospectiva de los derechos humanos", en Anuario de Derechos Humanos N° 7, Madrid, 1990, Revista de la Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos (Reproducido en *Instrumentos internacionales y teoría de los derechos humanos*, compilación de Walter GUTIÉRREZ y Carlos MESÍA, Lima, Gaceta Jurídica, 1995).

conocida como Pacto de San José, pues los concebimos como un producto histórico, pese a que no existe derecho que no sea humano. Por ello, la denominación de derechos humanos, en la actualidad, tiene una connotación de suma relevancia pues quiere significar que son los inherentes a la persona humana en reconocimiento a su dignidad.

Considerar, pues, la evolución de los derechos humanos no significa indagar sobre su origen, pues su existencia es consustancial a la del ser humano. Lo que se plantea con la consideración de su evolución son sus vicisitudes hasta alcanzar su reconocimiento por el Estado y por el concierto de las naciones, como ha ocurrido desde mediados de la última centuria que acaba de concluir.

Prolegómenos

En el curso de la historia los seres humanos han sido siempre diferenciados y el reconocimiento de sus derechos dejaba marginados a grandes sectores de la población. Por eso, si bien hemos precisado el punto de partida y de llegada de nuestro estudio no podemos dejar de hacer una muy breve referencia a los antecedentes históricos anteriores a Roma.

Los derechos humanos, como lo hemos ya indicado, existen desde que la humanidad se hizo presente en la faz de la Tierra y ello los hace anteriores al Estado. Pero, respecto de las sociedades primitivas, no es posible pensar en derechos humanos como un conjunto de prerrogativas del sometido a la autoridad del gobernante, y que éste tuviera que reconocer, pues gozaba de un poder omnímodo sobre los gobernados y los derechos de éstos dependían de la voluntad del gobernante.

Las sociedades primitivas se organizaron básicamente bajo creencias religiosas, cuyas normas, en alguna medida, limitaban la autoridad del gobernante y les hacían reconocer, aunque implícitamente, ciertos derechos a los súbditos. Sin embargo, la garantía de tales derechos era sumamente débil pues quedaban librados al arbitrio de los propios gobernantes, llegándose a negar la idea de la libertad humana y, más aún, la existencia de sus derechos.

Con el desarrollo de la civilización y la formación de la cultura occidental, en la antigua Grecia hubieron algunos espíritus selectos que pensaron en la igualdad de los seres humanos y en su derecho legítimo de rebelarse contra los déspotas y los gobernantes arbitrarios, planteando de

este modo, en la evolución de los derechos humanos hacia su concepción moderna, la de nuestros días ².

Fue, pues, en el pensamiento de los filósofos griegos que empieza a perfilarse la idea de la igualdad y de la dignificación del ser humano, pese a que la organización social de Grecia determinaba diferencias y marginación, pues existían seres humanos a quienes no se les reconocía ningún derecho, como eran los esclavos.

La idea de la igualdad y de la dignificación humana fue postulada por la Escuela de la Estoa ³, que se desarrolló dos siglos antes de Cristo y tuvo gran influencia en Roma, pues significó una corriente dignificadora, que se basaba en la consideración del ser humano como ser racional y cuya racionalidad debía determinar su igualdad independientemente de su origen, raza o creencia religiosa. El pensamiento estoico desarrolló también la idea de la existencia de una ley natural que debía conjugarse con la razón, siendo ésta la base del derecho; por eso, los hombres debían ser iguales en cuanto seres racionales y, por tanto, debían disfrutar de los mismos derechos por estar sometidos a la misma ley natural ⁴.

Como lo explica Fustel de Coulanges ⁵, la sociedad griega, como después la romana, se constituyó con base en un principio de religiosidad que trascendió a su organización política y jurídica. Este principio de religiosidad gravitó en la formación del *Ius* romano en su sentido objetivo, de ordenamiento, del que derivaba la *facultas agendi*.

El *Ius* romano

La religiosidad fue también, pues, la base de la formación del Estado en Roma y su politeísmo pagano promovió la advocación de diversos dioses. De ahí que en los orígenes del derecho romano, fuera evidente el

² Ignacio BURGOA, *Las garantías individuales*, y Clara BARREIRO, *Derechos humanos*, ambos citados por Carlos E. QUINTANA ROLDÁN y Norma D. SABIDO PENICHE, *Derechos humanos*, México, Porrúa, 1998, págs. 3 y 4.

³ Luciano DE CRESCENZO, *Historia de la filosofía griega*, Barcelona, Seix Barral, 1988, 2ª parte, pág. 161.

⁴ Ramón XIRAU, *Introducción a la historia de la filosofía griega*, Barcelona, Seix Barral, 1988, 2ª parte, pág. 161.

⁵ Vide *La ciudad antigua*, Buenos Aires, Emecé, 1951.

principio de religiosidad, lo que ha llevado a los romanistas a la disquisición sobre el origen y sentido del *Ius* y a contraponerlo al *Fas* ⁶.

El *Fas* era la *lex divina* y venía a ser la norma dictada por los dioses, por lo que comprendía los aspectos jurídicos de la religión, mientras que el *Ius* era la *lex humana* y por eso comprendía las normas de la convivencia entre los hombres y era el derecho profano, *humanum* ⁷. Sin embargo, en relación a esta disquisición no existe un criterio único entre los romanistas.

En efecto, para Iglesias ⁸, por ejemplo, entre el *Ius* y el *Fas* no se daba una contraposición entre la *lex humana* y la *lex divina*, sino de la licitud o la ilicitud de un acto o de un comportamiento que en la Roma antigua se trataba de diferenciar con criterio religioso (*fas est - ius est, fas non est - ius non est*) y plantea como hipótesis que en los tiempos remotos *fas - de fari*, hablar- significaba la licitud que asiste al pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales, y *ius* aludía a la licitud de un *facere*, concluyendo en que el *fas* y el *ius* estaban referidos a la significación abstracta de la norma que prescribía la licitud o la ilicitud de los actos humanos. Según el mismo Iglesias, los pontífices, que vinieron a ser los primeros juristas de Roma, distinguieron entre un *Ius divinum* y un *Ius humanum*, entre normas que naciendo todas de una voluntad divina, tenían por objeto relaciones distintas, pues el *Ius divinum* era atinente a las relaciones de los hombres con los dioses mientras que el *Ius humanum* a las relaciones de los hombres entre sí. Concluye el romanista español que conforme se fue afirmando el poder político en Roma se fue asentando una noción de *Ius* como derecho que crean los hombres y que se pone bajo el amparo de órganos magistratuales, llegándose así a la definitiva secularización del *Ius*.

Desligado de sentido religioso, el *Ius* pasó a significar lo justo, es decir, el orden jurídico socialmente admitido y formulado por los que saben de lo justo: los iurisprudentes ⁹. Pero, además, el *Ius* abarcó aspectos

⁶ Vide Rudolph VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Granada, Comanes, 1998.

⁷ Armando TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1979, t. I, pág. 114 y ss..

⁸ *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Madrid, Ariel, 1983, págs. 95 y 96.

⁹ J. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, pág. 43 y ss..

objetivos y subjetivos, ya que los juristas de Roma no lo entendieron únicamente como derecho subjetivo, pues no construyeron este concepto, sino como una *facultas*. En sentido objetivo, como ordenamiento, dio lugar a la formación del *Ius civile*, que fue el derecho propio y exclusivo de los ciudadanos romanos, el *cives*¹⁰, y, por lo tanto, excluyente de todo sujeto que no integrara el *populus romanus*, generando grandes diferencias sociales y desconocimiento de derechos.

El *Ius romano*, pues, plasmó grandes diferencias entre los seres humanos, distinguiendo, desde la fundación de Roma, a los patricios de los plebeyos, y trazó, además, las grandes divisiones basadas en el *status libertatis* y en el *status familie*.

Según el *status libertatis*, los hombres eran esclavos o libres y éstos, ciudadanos y no ciudadanos, ingenuos y libertos. El esclavo nacía en esta condición o llegaba a serlo por causa posterior a su nacimiento. El libre era ciudadano cuando gozaba del derecho de ciudadanía romana y podía ser partícipe de todas las instituciones jurídicas, privadas, como el *connubium*, el derecho a contraer *justae nuptial*, y el *commercium*, el derecho de adquirir y transmitir bienes, así como de las instituciones públicas, como el *suffragii*, el derecho de elegir a los magistrados, y el *honorum*, el derecho a ejercer funciones públicas. Los no ciudadanos derivaban sus derechos del *Ius Gentium* y eran los *peregrini*, que eran los extranjeros sometidos a la autoridad romana y que no disfrutaban del *ius connubium* ni del *ius commercium*; los *latini*, que eran habitantes de pueblos itálicos y a quienes se les llegó a conceder la ciudadanía; los ingenuos, que podían ser ciudadanos latinos o peregrinos y que podían llegar a alcanzar los derechos de ciudadano; y los libertos, que eran los esclavos que habían sido liberados de su condición y pasaban a ser considerados como libres aunque ligados a su antiguo amo¹¹.

Según el *status familie*, los hombres eran *alieni iuris*, que eran los sometidos a la autoridad del *pater familias*, o *sui iuris*, que eran los que

¹⁰ Alvaro D'ORS, "Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de Ius", en Nuevos Papeles del Oficio Universitario, Madrid, Rialp, 1980.

¹¹ Vide Eugene PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Ediciones Selectas, 1982; y Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*.

dependían de sí mismos. La mujer estaba sometida a la *manus* del *pater* y luego a la *manus maritalis* ¹².

Para ser ciudadano de Roma y adquirir todos sus derechos y privilegios, esto es, para alcanzar el *status civitatis*, se tenía que gozar del *status libertatis*, ser libre, y del *status familie*, ser *sui iuris* y *pater familias*.

El descrito era el orden social sustentado por el ordenamiento jurídico de Roma y hasta donde alcanzara su influencia. El mundo de entonces estaba dominado por Roma, aun cuando los pueblos conquistados, con sus dioses, podían conservar su derecho, como *Ius Propium*. A estos pueblos se deben sumar aquellos que no habían sido conquistados y aquellos con los cuales Roma no sostenía relación alguna de amistad, a los que llamó bárbaros, no reconociéndoles ningún derecho y tratándolos como enemigos, aun en tiempo de paz ¹³.

Puede colegirse, entonces, que el *Ius Romano* carecía de universalidad no sólo porque no imperaba en todos los territorios sino porque en Roma mismo no se extendía a todos sus habitantes. Sin embargo, algunos autores ven en la Ley de las XII Tablas un antecedente remoto de los textos constitucionales al asegurar la libertad, la propiedad y la protección de los derechos del ciudadano ¹⁴.

La Ley de las XII Tablas, que según la tradición es de inspiración griega, se conoce sólo por los comentarios de los jurisconsultos romanos, pues sus textos no se han conservado. Sin embargo, tuvo un carácter esencialmente romano y se le considera la fuente principal del derecho de Roma. Según Petit ¹⁵, estuvo lejos de dar satisfacción a la legítima ambición de los plebeyos y de otorgarles la igualdad que reclamaban, pues ellos quedaron excluidos de todas las magistraturas y les estaba prohibido contraer matrimonio legítimo con las hijas de los patricios, entre otras discriminaciones.

Los derechos reconocidos en Roma eran de naturaleza privada y oponibles únicamente entre particulares y no al Estado. Sin embargo, algunos

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Vide* Máximo PACHECO GÓMEZ, “El concepto de los derechos fundamentales de la persona humana”, en Héctor FIX-ZAMUDIO, *Liber Amicorum*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, vol. I, pág. 45 y ss.; e Ignacio BURGOA, citado por Carlos E. QUINTANA ROLDÁN y Norma D. SABIDO PENICHE, *Derechos Humanos*, pág. 4.

¹⁵ *Tratado elemental de derecho romano*, pág. 39.

autores consideran la *provocatio ad populum* por la que cualquier ciudadano podía ampararse contra un magistrado y pedir la limitación de su poder¹⁶.

El pensamiento estoico de los filósofos griegos ejerció una relativa influencia en los pensadores romanos, algunos de los cuales, como Séneca, concibió a toda persona humana dotada de dignidad y recomendó a los amos tener humanidad con los esclavos, a los que su situación sólo afectaba su parte corpórea y no a su persona que, como tal, era siempre *sui iuris*¹⁷. La idea estoica de la fraternidad humana fue vigorizada con el pensamiento cristiano, cuya incidencia en la igualdad de los seres humanos es un precedente de trascendencia en la evolución de los derechos.

El pensamiento cristiano, basado en la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios, proclamó la igualdad de los seres humanos y estableció nuevos valores morales a su conducta individual y colectiva. Las ideas cristianas introdujeron modificaciones al derecho romano en cuanto a concepciones humanitarias. La influencia del cristianismo fue tan grande que la cultura occidental se tornó también cristiana. Con el decisivo pensamiento de los Padres de la Iglesia se definió la existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana y a la dignidad de la persona¹⁸. Pero no se produjo una plasmación normativa de estos derechos como inviolables, sino sólo una proyección ética sin incidencia real en los ordenamientos jurídicos.

El *Ius Romano* en su derivación como *facultas agendi*, como derecho humano, pese a las influencias indicadas, estuvo, conceptualmente, muy lejos de los derechos humanos que, como derechos subjetivos, contiene la Convención Americana.

La crisis del *Ius Romano*

A la caída del Imperio Romano el sistema jurídico que se había creado entró en una etapa de oscurecimiento. Las invasiones bárbaras produjeron

¹⁶ Vide Francisco PUY, ob. cit., pág. 510 y Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, pág. 21.

¹⁷ Salvador VERGÉS RAMÍREZ, *Derechos humanos: Fundamentación*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 98 y 99.

¹⁸ Vide Germán DOIG K., *Derechos humanos y enseñanza social de la Iglesia*, Lima, 1991.

una situación de confusión social y de behetría que no permitieron una estabilidad política y la continuidad de un ordenamiento jurídico como el plasmado en Roma. En esta situación de confusión y de behetría se produjo un retorno al primitivismo social, donde el fuerte se imponía al débil y se negaba todo derecho individual.

La situación descrita se mantuvo hasta que se produjo el fenómeno de la recepción del Derecho Romano y su penetración en los ordenamientos jurídicos de Europa por obra de la Escuela de los Glosadores y continuada por la de los Postglosadores, que propiciaron su difusión en las principales comunidades europeas, especialmente en las que siglos más tarde vendrían a ser Francia y Alemania, en las que el *Ius Romano* se receptoría en los textos de la codificación civil.

La evolución de los derechos humanos a partir del *Ius Romano*

La evolución de los derechos humanos en su “recorrido histórico” tiene tres etapas cronológicamente diferenciadas: la que venimos desarrollando con el énfasis puesto en el *ius romano* y hasta 1776; desde 1776, año en que se inicia la etapa de la “constitucionalización” de los derechos humanos hasta 1948; y desde 1948, año a partir del cual el perfil de los derechos humanos se “supranacionaliza”, que es una expresión que nos parece más propia que la de “internacionalización”¹⁹, hasta nuestros días.

La evolución de los derechos humanos requiere, pues, de la referencia a los hitos históricos que hemos señalado en el tiempo y que señalaremos en el espacio, hasta llegar a mediados del siglo XX, cuando los derechos humanos toman su perfil definitorio como producto de su evolución histórica. Este perfil, que es el de su reconocimiento por el concierto de las naciones y por eso, la evolución, así entendida, plantea la universalidad que debe constituirse como una de sus principales características, pues política y jurídicamente no sólo interesan a las comunidades nacionales sino a la comunidad internacional en su conjunto.

¹⁹ Vide Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Madrid, 1968; J. A. GONZALES CASANOVA, *Los derechos humanos*, Madrid, 1968; y D. HERNÁNDEZ CORCHERO, *La evolución de los derechos humanos hacia formas sociales y los derechos humanos fundamentales*, Madrid, 1969.

La evolución hasta 1776

Como consecuencia de la situación descrita a la caída del Imperio Romano, apareció el feudalismo. El señor feudal se hizo amo y dueño de las tierras y de la vida de sus siervos. En esta etapa del Medioevo era poco menos que imposible invocar derechos frente a la autoridad del señor feudal. Esta situación sólo comenzaría a superarse con el surgimiento de las ciudades y la aparición de la burguesía.

Sin embargo, no todo fue negativo en el Medioevo respecto de la evolución de los derechos humanos. En la Península Ibérica surgió una preocupación jurídica que se puso de manifiesto en diversos ordenamientos y compilaciones de leyes, constituyéndose los llamados *fueros*, que acogieron los privilegios que habían sido concedidos o que habían sido reconocidos por los soberanos a sus vasallos, lo que vino a constituir una limitación del poder en favor de los súbditos. Además, en esta etapa histórica se encuentra un hito importante en la evolución de los derechos humanos y un precedente histórico en la Carta Magna de Inglaterra de 1215 en cuanto a la protección de la libertad, al derecho de propiedad y a otras garantías individuales, como la de la inviolabilidad del domicilio²⁰.

La reestructuración social como consecuencia del desarrollo de las ciudades y el debilitamiento del feudalismo trajo, pues, el reconocimiento de derechos individuales. Este cambio se había ya patentizado en Inglaterra mediante la Carta Magna de 1215 que, según los historiadores del derecho, marca el hito inicial del constitucionalismo y de la “constitucionalización” de los derechos humanos.

Es obvio que antes y después de la Carta Magna la historia registra otras declaraciones trascendentes y que pueden relacionarse con la evolución de los derechos humanos. Pero no es nuestra intención hacer ese largo recuento sino detenernos únicamente en aquellas a las que atribuimos especial relevancia.

²⁰ Máximo PACHECO GÓMEZ, *El concepto de los derechos fundamentales de la persona humana*, pág. 47; Carlos E. QUINTANA ROLDÁN, y Norma D. SABIDO PENICHE, *Derechos humanos*, págs. 10 y 11; Germán DOIG K., *Derechos humanos y enseñanza social de la Iglesia*, pág. 83 y ss.; y Mario ALZAMORA VALDEZ, *Los derechos humanos y su protección*, EDDILL, Lima, 1977, pág. 38 y ss..

La Carta Magna compiló un conjunto de normas y principios que hasta entonces habían regido consuetudinariamente en aspectos relacionados principalmente con el derecho de propiedad, la limitación de las cargas tributarias y la libertad individual, entre ellas la no imputación de responsabilidad si no se fundaba en la ley, el juzgamiento por los pares y un principio de acceso a la justicia, garantizando, además, el ejercicio de derechos frente a la autoridad monárquica, pero no para todos los habitantes de Inglaterra sino sólo para la nobleza. Significó, no obstante, el sometimiento del monarca a las normas en ella contenidas, siendo ésta su relevancia histórica. A partir de la Carta Magna los sucesivos monarcas debían también hacerlo, por lo que esto marca el inicio del parlamentarismo inglés.

El Descubrimiento de América en 1492, aunque se trata de un hecho histórico y no de una declaración, marca también un hito trascendente en la evolución de los derechos humanos. Los conquistadores consideraron seres inferiores a los indígenas, llegándoseles a negar como seres racionales y libres, lo que gestó un debate sobre la universalidad de los derechos humanos, pero también una toma de conciencia opositora a los abusos y atropellos de los que se hizo víctimas a los aborígenes, como la que adoptó y propagó Francisco de Vitoria en su defensa inspirada, precisamente, en la universalidad de los derechos humanos y que motivó el respaldo del Papado en 1537²¹.

Pasados más de cuatro siglos de la Carta Magna aparecieran otras declaraciones que también pueden calificarse de trascendentes, como la que contiene el Acta de 1679 que dio vigor al *habeas corpus* y la Declaración de Derechos de 1689, ambas también en Inglaterra.

El *habeas corpus* que, según García Belaúnde²², tiene orígenes que se remontan a la antigüedad romana, fue también conocido y aplicado en Inglaterra desde antes de la Carta Magna, por lo que el Acta de 1679, cuyo contenido normativo fue aprobado por el Parlamento, significó su perfeccionamiento procesal. Con el *habeas corpus* se garantizó la libertad corporal frente a los arrestos o detenciones arbitrarias y se ratificó la prohibición de la privación de la libertad sin mandato de juez, a quien debía presentársele el detenido para que determinase la legitimidad de la detención o dispusiese su inmediata libertad.

²¹ Vide Salvador VERGÉS RAMÍREZ, *Derechos humanos: Fundamentación*, pág. 103 y ss..

²² “Los orígenes del *habeas corpus*”, en Derecho N° 31, Lima, 1973.

La Declaración de Derechos de 1689, conocida como *Bill of Rights*, dio cabida a varias leyes en las que se garantizaba la libertad de culto, el derecho de petición, la libertad de expresión y el derecho del procesado a contar con asistencia legal, entre otros derechos y garantías.

La Carta Magna de 1215, el Acta de 1679 y la Declaración de Derechos de 1689, que se acaban de referir, se integraron para formar el sistema jurídico del *Common Law* desarrollado en Inglaterra y posteriormente extendido a los territorios colonizados que ahora forman los Estados Unidos de América, Canadá, Australia y otras naciones en las que ha ejercido su influencia, pues es un sistema paralelo al del derecho romano. Pero fueron también el resultado de la pugna ya desatada por la concepción individualista del ser humano y de su derecho al reconocimiento por el Estado de su libertad, que no sólo comenzó a concebirse como libertad personal sino también como libertad política.

La concepción individualista se conjugó con las ideas de la Ilustración y, de este modo, la exclusión de los colonos americanos del sistema parlamentario inglés, entre otras causas, provocó, casi un siglo después, en 1776, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, que tiene especial trascendencia en lo que respecta a las libertades y derechos individuales, y por eso la consideramos un verdadero hito histórico en la evolución de los derechos humanos.

De inspiración religiosa, la Declaración de 1776 sostuvo que todos los hombres han sido creados iguales y que están dotados de derechos inalienables y que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos de los gobernados. Sin embargo, limitó los derechos a los hombres libres, pues el régimen esclavista se mantuvo. Con base en estas mismas ideas, pocos años después, en 1787, se dictó la Constitución de los Estados Unidos de América.

La evolución hasta 1948

Las ideas de la Ilustración alcanzaron su mayor eclosión en la Revolución Francesa, que produjo la ruptura del absolutismo monárquico y constituyó a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789, en el más importante y trascendente instrumento e hito en la evolución de

los derechos humanos. Se cuenta que Mirabeau propuso a la Asamblea una Declaración de Deberes, la que fue rechazada de inmediato, sirviendo la anécdota para explicar el sentido individualista de la Declaración y para explicar también el énfasis que los ordenamientos constitucionales comenzaron a poner en el derecho subjetivo y en el soslayamiento del deber, pese a que éste es correlativo de aquél.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tuvo, pues, proyección universal y fue la fuente ideológica del movimiento emancipador de la América hispana. Expuso como “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre” el derecho de nacer y vivir en libertad y en igualdad ante la ley, así como el derecho a la libertad, a la propiedad -cuya inviolabilidad declaró, salvo necesidad pública legalmente justificada y previa indemnización-, a la seguridad y a la resistencia a la opresión. La libertad se concibió como el poder hacer todo aquello que no dañara a otro, por lo que su ejercicio no debía tener más límite que aquel que asegura a los demás el goce de los mismos derechos, siendo sólo la ley la que debe establecer tales límites. Planteó el apotegma según el cual todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y que nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena. Sentó el principio de que nadie puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas por ella, estableciendo sanción para quienes lo contrariaran, así como el de que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. Consagró la presunción de inocencia. Postuló garantías para el ejercicio del derecho de opinión y la libre expresión del pensamiento.

De las acotaciones que hemos resumido se infiere que los declarados derechos del hombre los concibió la Declaración Francesa como cualidades esenciales a su naturaleza y, por eso, los vinculó con los principios de organización política, cuyos aspectos no han sido materia de acotación. De ahí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano inspirara a los precursores e ideólogos de la gesta emancipadora de las naciones hispanoamericanas y sirviera de fuente a sus ordenamientos constitucionales, luego de la ruptura con la metrópoli y el advenimiento de las repúblicas.

La llegada del régimen republicano en las naciones hispanoamericanas determinó su organización política inspirada en la Constitución de los Estados Unidos y que se inspiraran en la Declaración Francesa los derechos individuales contenidos en sus ordenamientos constitucionales.

Por influencia de la Declaración Francesa y pese a su raigambre ibérica, las naciones hispanoamericanas fueron adoptando el sistema jurídico basado en el derecho romano por vía de su recepción en la codificación napoleónica, que vino a desplazar paulatinamente al llamado Derecho Indiano, que ya había plasmado las instituciones básicas del Derecho de Castilla en cuanto a la organización de la familia y de la propiedad.

Las ideas de la Ilustración y las de los ideólogos y precursores de la Revolución Francesa, seguidas por los de la emancipación de las naciones hispanoamericanas y de sus prohombres republicanos, trajeron también, junto con la formación de las nacionalidades, la formulación de una codificación civil que, a lo largo del siglo XIX estuvo inspirada en el Código francés de 1804 y, ya en el siglo XX, recibió la influencia del Código alemán de 1900 y posteriormente la del Código italiano de 1942. De este modo, el *Ius Romano* fue receptado por la codificación civil hispanoamericana como había sido receptado en las codificaciones europeas.

Habría que dejar sentado, pues, que fue el *Ius Romano* el que se recepcionó en la codificación civil mientras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue la que tomó asiento en las constituciones políticas.

Las constituciones hispanoamericanas, también inspiradas en la Constitución de Cádiz de 1812, fueron un *desideratum* y lo siguen siendo, pues la historia registra una permanente y prolongada contradicción entre los textos y los hechos. En su parte orgánica, las repúblicas pusieron énfasis en la organización del Estado y en su régimen de gobierno, en vincular a sus nacionales y delimitar los territorios sometidos a la soberanía de los Estados insurgentes, así como en la distribución de las competencias entre sus órganos o poderes.

En su parte dogmática, con la terminología propia de la época en que fueron redactadas, proclamaron, como garantías constitucionales, la libertad, la seguridad personal y del domicilio, la propiedad, el secreto epistolar, el derecho de petición al Congreso o al gobierno, el derecho a la buena fama del individuo, a la libertad de imprenta, a la libertad de trabajo y a la igualdad ante la ley, entre otras ²³.

²³ *Vide* la Constitución peruana de 1823, que ha sido, propiamente, la primera dictada en el Perú. Domingo GARCÍA BELAÜNDE, con la colaboración de Walter GUTIÉRREZ CAMACHO, *Las constituciones del Perú*, Ministerio de Justicia de Lima, 1993.

Las naciones hispanoamericanas, concibiendo en el inicio de su vida republicana los derechos consagrados en sus constituciones como garantías, consideraron también la necesidad de legislar sobre los derechos individuales en la codificación civil, siguiendo, como ya hemos advertido, la codificación napoleónica. Fue así como el *ius romano* tomó asiento en las codificaciones hispanoamericanas por la vía de la recepción en el Código Civil francés de 1804.

El sistema jurídico hispano americano se formó, pues, en base al sistema del Derecho Romano y, en materia civil, al del *Corpus Iuris* Justiniano y el modelo de las *Institutas* que, siguiendo la *summa divisio iuris*, se ocuparon de las personas, de las cosas y de las obligaciones y los contratos. De este modo, el *Ius Romano*, que en relación con los seres humanos, con las personas, se ocupó de los esclavos y de los libres y de los *alieni iuris* y de los *sui iuris*, fue receptado en el Libro Primero del Código napoleónico, que lo proyectó a la codificación civil, en la que ejerció decisiva influencia.

En el Libro de las Personas, el Código francés puso énfasis en los derechos calificados como derechos civiles, diferenciándolos de los derechos políticos, haciendo énfasis también en la vinculación de sus nacionales con el Estado francés y en lo relacionado con el domicilio y la situación de los ausentes.

A partir, pues, de la codificación napoleónica la codificación civil dio inicio al tratamiento legislativo de los derechos de la persona, ocupándose de los nacidos y por nacer, de las diferencias entre varones y mujeres y de los mayores y menores de edad, de los nacionales y de los extranjeros, de los vecinos y de los ausentes e, incluso, de los libres y de los esclavos, como lo hizo el Código Civil peruano de 1852 bajo la influencia no sólo de la obra napoleónica sino también de los rezagos coloniales, o los códigos dotados de originalidad, como la obra de Andrés Bello en Chile y la de Vélez Sarsfield en la Argentina, que modernizaron el tratamiento de estas materias introduciendo la distinción de las personas naturales por su nacionalidad y domicilio, por su capacidad e incapacidad y de su fallecimiento por hecho natural o declaración civil.

Al concluir el siglo XIX se inició la vigencia del Código Civil alemán, que se ocupó del Derecho de las Personas en su Parte General pero sin introducir las innovaciones que años más tarde traería el Código italiano de 1942, en cuanto a la protección del cuerpo humano y a la tutela del

nombre y de la imagen, innovaciones que, en buena medida, han sido complementadas y ampliadas por el Código Civil peruano de 1984.

Pero si bien el siglo XIX se caracterizó por la formulación de los textos constitucionales y por una codificación civil que por haber receptado el *Ius Romano*, dio énfasis a un patrimonialismo como objeto fundamental de la tutela jurídica y jurisdiccional, los mismos textos le dieron relevancia a los derechos individuales pero sin el significado humanista que alcanzarían hacia la segunda mitad del siglo XX.

El acentuado sentido patrimonialista resultante de la recepción del *ius romano* en el derecho moderno tuvo como punto de partida la *summa divisio* de Gayo trazada en las *Institutas* y que distinguió los derechos de las personas y de las cosas, así como a las acciones que les eran inherentes, las que diferenció, por ello, en *actio in personam* y *actio in rem*, siendo la primera la que se ejercitaba contra un adversario jurídicamente determinado, por lo general un obligado por razón de un contrato o de un delito.

La codificación civil, y aun la doctrina, continúan utilizando la expresión “personal” para referirse tanto a los derechos como a las acciones en referencia a aspectos de naturaleza creditoria u obligacional, pese a que los denominados derechos de la personalidad legislativamente plasmados por el Código Civil italiano de 1942 han sido teorizados por los doctrinarios de nuestra época como derechos personales, esto es, como los referidos a la persona humana, y les dan, por ello, un carácter absoluto que pueden, por lo tanto, hacerse valer *erga omnes* *.

El devenir de la historia está signado, como ya hemos advertido, por una inveterada contradicción entre los hechos y los textos. No es necesario traer a colación los hechos sobrevinientes a la Revolución Francesa y su contradicción con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la discriminación racial en los Estados Unidos de Norteamérica que condujo a la Guerra de Secesión y que aún mantiene resabios, como

* Consideramos que debe revisarse la acepción de los derechos personales y referirla sólo a los derechos cuyo contenido está determinado por las facultades inherentes a la persona humana, porque lo es y en cuanto lo es. Se trata de derechos que ya gozan de una tutela jurídica especial y que los ordenamientos constitucionales enuncian como los derechos fundamentales de la persona, así como también las declaraciones sobre derechos humanos y las convenciones internacionales que han dado creación a sus sistemas de protección.

tampoco el surgimiento de las grandes potencias capitalistas y la aparición del imperialismo, la división de clases y el socialismo, la doctrina social de la Iglesia, la Revolución Rusa, la Gran Guerra de 1914 a 1918 y las guerras civiles y enfrentamientos armados en los países hispanoamericanos.

La denominada Primera Guerra Mundial impuso a la humanidad la necesidad de una concertación supranacional que dio lugar a la Sociedad de las Naciones en 1919, cuyo Pacto reconoció derechos a las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, y dio origen a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con la finalidad de mejorar las condiciones del trabajador y al inicio de movimientos orientados a dar un tratamiento igualitario a los seres humanos y al reconocimiento universal de los derechos individuales. Pero, por lo mismo años, a comienzos de la tercera década del siglo XX, comenzaron a aparecer las ideologías que generaron los regímenes totalitarios y que amenazaron la evolución hasta entonces alcanzada por los derechos humanos, poniendo a la humanidad ante la hecatombe que significó la Segunda Guerra Mundial entre 1939 y 1945.

Al contrario que la Gran Guerra, que sólo abarcó el continente europeo, la Segunda Guerra Mundial determinó frentes en varios continentes y abarcó a una diversidad de países. Sin embargo, su fragosidad misma como gran conflagración bélica hizo pensar en la preservación de los derechos y libertades esenciales al ser humano y llevó a la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de julio de 1945 en la ciudad de San Francisco, ya producida la capitulación de la Alemania nazi, para entrar en vigencia el 24 de octubre de ese mismo año, ya producida la rendición de Japón.

Por la Carta de las Naciones Unidas, las naciones signatarias se obligaron a promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de todos los derechos y libertades” (art. 54, ap. c), dándose creación en 1946, a la Comisión de Derechos Humanos, que empezó sus labores al año siguiente.

Con la Carta de las Naciones Unidas se inició, pues, la internacionalización -que preferimos denominar supranacionalización- de los derechos humanos, porque a partir de entonces, como resultado del concierto de las naciones y del efecto vinculante de los tratados internacionales, se les reconocerá, tutelaré y protegeré mediante la acción de organismos internacionales.

La regulación de los derechos humanos mediante instrumentos internacionales conduce al estado actual de su evolución, pues significa que su reconocimiento y protección ya no interesan sólo a un Estado sino a la comunidad internacional en su conjunto, sin que pueda invocarse el principio de no intervención por el Estado al que los mecanismos de protección se lo exijan.

La supranacionalización de los derechos humanos

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se inicia propiamente la etapa que estamos denominando de la supranacionalización de los derechos humanos. Pero es oportuno precisar que la Declaración Universal fue antecedida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá el 2 de mayo del mismo año de 1948, pero que no tuvo el carácter de una convención.

Como consecuencia de la Declaración de Bogotá, la supranacionalización de los derechos humanos en el continente americano tomó su propio rumbo, orientado por la Organización de los Estados Americanos.

La misma Novena Conferencia celebrada en Bogotá en 1948 aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), reafirmando, entre sus principios, el de la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana sin distinción de raza, nacionalidad, credo y sexo.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre registra algunos antecedentes, que se remontan a la Octava Conferencia realizada en Lima en 1938 y tiene como antecedente inmediato la resolución adoptada en México sobre la Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre, en 1945, cuando finalizaba la guerra que había estremecido a la humanidad.

Con posterioridad a la Declaración Americana, la Décima Conferencia realizada en Caracas, en 1954, adoptó la Resolución sobre el Fortalecimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos. En 1959, en Santiago de Chile, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores consideró necesaria la celebración de una convención para que los derechos humanos estuvieran protegidos por un régimen

jurídico, encomendándose al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención y la creación de una Corte interamericana y de otros órganos para su tutela y observancia, dándose creación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que con su Estatuto aprobado por el Consejo de la OEA en 1960, inició su funcionamiento²⁴.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como hemos indicado anteriormente, la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 sólo tuvo carácter declarativo y no el de una convención. Fue así que el 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica, se aprobó el Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado Pacto de San José, que inició su vigencia el 18 de julio de 1978, al depositar el instrumento de sus respectivas ratificaciones en la Secretaría General de la OEA los primeros 11 países signatarios.

La Convención consta de un Preámbulo y dos partes: la Primera, sobre los Deberes de los Estados y Derechos Protegidos y la Segunda sobre los Medios de Protección del Sistema Interamericano, considerando como sus órganos competentes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya organización, funciones y procedimientos han sido aprobados mediante sus respectivos reglamentos y estatutos.

En el Preámbulo se hace la enfática declaración de que el propósito de la Convención Americana es “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

Para la consecución de tal propósito, la Convención prescribe que los Estados parte deben obligarse a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza,

²⁴ La información ha sido tomada de Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Publicación de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2000.

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, para cuyo efecto les prescribe también la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Como puede apreciarse, la Convención Americana es un genuino Tratado Internacional de Derechos Humanos por cuanto establece obligaciones para los Estados pero en favor de los individuos que están sometidos a su jurisdicción y, a diferencia de la generalidad de los tratados internacionales, no establece obligaciones entre los Estados, ya que su finalidad específica es la protección de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales ²⁵.

La Convención Americana, pues, ha nacido y mantiene su vigencia por el concierto de las naciones, preceptúa a los Estados parte el reconocimiento de los derechos humanos que cataloga y los obliga a reconocerlos y garantizarlos, por lo que, como derecho objetivo, tiene el contenido normativo de lo que ha venido a ser el derecho de los derechos humanos.

Las normas de la Convención tienen como característica fundamental la de ser normas de *ius cogens*, por lo que este carácter cogente determina que no puedan ser derogadas por ninguno de los Estados parte, los que están obligados a observarlas y cumplirlas, sin que tal obligación afecte su soberanía, pues en ejercicio de ella adhirieron a la Convención y también soberanamente pueden desligarse de ella, denunciándola y siguiendo el procedimiento establecido por la Convención.

El mismo carácter cogente de las normas de la Convención les da un rango especial dentro de los ordenamientos jurídicos internos, cualquiera que sea la jerarquía que constitucionalmente se les reconozca ²⁶, por lo que los derechos subjetivos que de ellas dimanar tienen el carácter fundamental que les reconocen las constituciones políticas de los Estados parte.

²⁵ Vide Fabián NOVAK y Elizabeth SALMÓN, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pág. 65 y ss..

²⁶ Vide Alejandro MONTIEL ARGÜELLO, "El derecho interno y los tribunales internacionales de derechos humanos" y Germán BIDART CAMPOS, "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", ambos en Héctor FIX-ZAMUDIO,

Con la Convención Americana se ha alcanzado, pues, un punto culminante en la evolución de los derechos humanos, pese a las contradicciones entre los hechos y los textos a las que hemos hecho referencia y a las violaciones de los derechos humanos que aún se perpetran en los Estados parte *.

Los derechos humanos normados por la Convención Americana

Los derechos humanos normados por la Convención Americana no son todos los derechos fundamentales que toda persona tiene, sino los que se han juzgado esenciales en relación con el pleno desarrollo de la dignidad humana, como acertadamente acota Máximo Pacheco Gómez ²⁷.

Las características que se les puede atribuir son las de generalidad, imprescriptibilidad e incaducibilidad, intransferibilidad y permanencia y progresividad.

La generalidad radica en que constituyen atributo de toda persona humana, sin distinción de ninguna clase, con validez en el ámbito territorial de cualquier Estado parte, por lo que en referencia a la Convención Americana preferimos hacer indicación de esta generalidad y no a la

Liber Amicorum, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, t. I, págs. 193 y ss. y 447 y ss., respectivamente; Carlos AYALA CORAO, “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pág. 137 y ss.; Héctor GROSS ESPIELL, *Derechos humanos*, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1991, pág. 29 y ss..

* Según información de la Secretaría de la Corte Interamericana son Estados parte Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, no habiendo Estados Unidos llegado a depositar el instrumento de la ratificación. Los mismos Estados han sometido a la competencia de la Corte con excepción de Barbados, Dominica, Estados Unidos, Grenada, Jamaica y México. Perú, durante el gobierno del presidente Fujimori, pretendió desconocer la competencia contenciosa de la Corte, habiéndose ya regularizado la situación al reconocerla a plenitud el gobierno transitorio del presidente Paniagua.

²⁷ Vide “El concepto de derechos fundamentales de la persona humana”, en Héctor FIX-ZAMUDIO, *Liber Amicorum*, t. I, pág. 45.

universalidad que, unánimemente, la doctrina de los derechos humanos les atribuye. Esta misma generalidad los hace supranacionales, pues es obligación de todo Estado parte reconocerlos, cualquiera que sea el territorio en el que se encuentre la persona. Los derechos humanos, como ha apuntado Pedro Nikken²⁸, están por encima del Estado y su soberanía y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados internacionalmente para su protección.

La imprescriptibilidad e incaducibilidad radica en que el transcurso del tiempo o cualquier otra causa extintiva no los extingue, salvo la muerte y las limitaciones temporales establecidas para hacer efectiva la tutela jurisdiccional.

La intransferibilidad radica en que siendo atributo de toda persona humana e inherentes a su dignidad devienen en *intuitu personae*.

La permanencia y la progresividad de los derechos humanos radica en su finalidad de protección a la persona humana desde su concepción hasta su muerte y su enumeración, cualquiera que se haga, no es nunca taxativa, pues siempre es posible el reconocimiento de nuevos derechos y su protección.

La Convención Americana distingue los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, remitiendo a estos últimos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura que contiene la Carta de la Organización de la OEA, comprometiéndolo a los Estados partes a adoptar providencias para lograr progresivamente su plena efectividad. Los derechos en general son correlativos a los deberes que toda persona tiene para con su familia, la comunidad y la humanidad, y que están limitados por los derechos de los demás y las exigencias del bien común.

Habiendo considerado que los derechos humanos consagrados en la Convención Americana constituyen un punto culminante en su evolución, cuyo recorrido histórico hemos hecho a partir del *ius romano*, vamos a detenernos sólo en los derechos civiles y políticos.

²⁸ “El concepto de derechos humanos”, en *Instrumentos internacionales y teoría de los derechos humanos*, Lima, Ministerio de Justicia, 1995.

a) *El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º).*

La personalidad jurídica, en su acepción genérica, es la aptitud para ser titular de derechos que los ordenamientos jurídicos le reconocen a los seres humanos. La doctrina la ha llegado a confundir con la capacidad jurídica o de goce, que es inherente a la persona humana.

En el Derecho Romano no todos los hombres eran sujetos de derecho, pues se reconocía personalidad sólo a quien era libre y gozaba del *status libertatis*, era ciudadano pues tenía el *status civitatis* y era *pater familias*, un *sui iuris*, pues gozaba del *status familiae*. Esta idea de la personalidad no fue receptada en el derecho moderno, que la hizo extensiva a toda persona humana y es el sentido que se le da en los ordenamientos jurídicos internos.

No es a este sentido de la personalidad jurídica al que se refiere la Convención Americana sino a la personalidad del ser humano como sujeto de derecho en el ámbito internacional o, atendiendo al vocablo al que hemos dado preferencia, supranacional. La Convención Americana, como genuino tratado internacional dirigido a la protección de los derechos humanos, a los que les da el carácter de *erga omnes*, ha determinado que el ser humano tenga derechos propios no sólo en el ámbito territorial de un Estado sino en el ámbito supranacional ²⁹.

La Convención Americana atribuye, pues, a todo ser humano personalidad jurídica y exige su reconocimiento como sujeto de derecho en el ámbito supranacional.

b) *El derecho a la vida (art. 4º).*

El derecho a la vida es consustancial a la persona humana desde el momento mismo de su concepción; tan es así que los ordenamientos jurídicos le prestan protección no sólo al *natus* sino también al *nasciturus*, así como a su desarrollo vital, pues la vida en sí misma es el bien jurídico por excelencia, siendo por ello también un derecho humano “constitucionalizado” *. La Convención Americana declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que este derecho debe

²⁹ Vide F. NOVAK y E. SALMÓN, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, pág. 55 y ss.; H. GROSS ESPIELL, *Derechos humanos*, pág. 109 y ss.; y M. ALZAMORA VALDEZ, *Los derechos humanos y su protección*, pág. 177 y ss..

* Constitución peruana: art. 2º. inc. 1.

estar protegido por la ley desde el momento de la concepción y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

El derecho a la vida, como derecho humano, que existe desde que el hombre apareció en la faz de la Tierra, ha tenido a lo largo de su recorrido histórico un proceso evolutivo que lo ha llevado a su protección por tratados internacionales, como la Convención Americana, que lo declara, y obliga a los Estados parte a su reconocimiento. La Convención ha hecho, pues, una declaración con validez hemisférica con la finalidad específica de superar la violación al derecho a la vida perpetrada a lo largo de la historia y que se perpetra aún en nuestros días. En el Derecho Romano, que es la fuente del derecho occidental y cristiano y del sistema jurídico de la mayoría de los Estados parte de la Convención, el *ius vitae* no tenía protección ni garantía del Estado.

El derecho a la vida consagrado en la Convención Americana es el derecho que asiste a todo ser humano. No es el derecho a la vida del ciudadano ni de sólo aquél que goza del derecho a que el Estado se la proteja, sino el derecho del ser humano como titular indiscutible del derecho a la vida y a vivir, cualquiera que sea su *status*. La Corte Interamericana lo califica de derecho humano fundamental pues es el prerequisite para el disfrute de los demás derechos humanos, por lo que “de no ser respetado los demás derechos carecen de sentido y comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”³⁰.

La Convención Americana preceptúa el respeto a este derecho a lo largo del ciclo vital, esto es, desde el momento de la concepción hasta el momento de la muerte, sin que para este hecho medie un hecho arbitrario, pues preceptúa también, con énfasis, que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Según el Diccionario de la Lengua Española, “arbitrariamente” es actuar o proceder con arbitrariedad, esto es, contrariamente a lo justo, a la razón o a las leyes, lo que significa que la Convención Americana recusa

³⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Caso de “Los Niños de la Calle”, Serie C, N° 63, San José, 2000.

la privación injusta, irracional e ilegal de la vida. De este modo, la prohibición comprende las más variadas circunstancias que van desde los actos criminales, como el aborto y el homicidio, hasta las muertes causadas por las fuerzas de seguridad del Estado y las denominadas desapariciones forzosas o involuntarias.

La Convención Americana deja librado a los ordenamientos jurídicos internos lo relacionado al reconocimiento del concebido como sujeto de derecho y la represión del aborto, así como la regulación de la personalidad jurídica del ser humano y la preservación de su vida, reprimiendo el homicidio. La Convención se orienta, por eso, a la defensa de la vida frente a sus privaciones arbitrarias y, especialmente, frente a la pena de muerte, respecto de la cual asume una posición abolicionista. Respecto de los demás modos de privación arbitraria de la vida, la Convención se conjuga con otros tratados o convenciones.

Respecto de la pena de muerte, como acabamos de indicar, la Convención Americana es decididamente abolicionista. Sin embargo, permite que en los países que no la han abolido pueda ejecutarse la pena de muerte pero siempre que se trate de delitos graves que tengan prevista su aplicación y en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente, y que la sentencia condenatoria haya sido dictada de conformidad con la ley que la tenía prevista y que estuviera vigente con anterioridad a la comisión del delito.

Como la Convención Americana admite la aplicación de la pena de muerte mediando una previsión legal, la misma Convención plantea no sólo un tema polémico sobre si la aplicación de la pena capital constituye o no una privación arbitraria de la vida cuando el ordenamiento legal interno la tiene prevista y disponga su aplicación para determinados tipos de delito *, sino también si tal permisón es contradictoria con la posición abolicionista de la Convención.

Como lo venimos exponiendo, la Convención Americana permite la aplicación de la pena de muerte pero exige la plena vigencia de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley. Sin embargo, la permisón no

* En el Perú, la Constitución Política de 1993 dispone que la pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada. Desde su puesta en vigencia no se ha aplicado.

es contradictoria con su posición abolicionista puesto que los Estados parte están obligados a adecuar sus ordenamientos internos a las normas de la Convención adoptando, para el efecto, las respectivas medidas legislativas, lo que implica la abolición de la pena de muerte la que, una vez abolida, no podrá ser restablecida.

Pero, además, a la aplicación de la pena de muerte la Convención le opone varias limitaciones, las que deben interpretarse, obviamente, referidas a los Estados parte que aún no la hayan abolido. Estas limitaciones radican en la naturaleza del delito y en la edad y situación de las personas.

Por razón de la naturaleza del delito, la Convención prohíbe la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos y por delitos comunes conexos con los políticos, lo que lleva a la necesidad de determinar lo que debe entenderse por delitos políticos, lo que parece ser que en el sistema interamericano no ha sido debidamente definido. Según citas resumidas y tomadas de otros instrumentos del sistema de protección de los derechos humanos por Daniel O'Donnell³¹, son delitos políticos los que se cometen contra la organización y funcionamiento del Estado y son delitos comunes conexos a los políticos los que se cometen para favorecerlos y para procurar su impunidad, no configurándose como políticos los crímenes de barbarie y vandalismo, como tampoco el genocidio.

Por razón de la edad y la naturaleza de las personas, la Convención prohíbe la aplicación de la pena de muerte a personas que en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de 18 años de edad o más de 70, prohibiéndose también su aplicación a mujeres en estado de gravidez.

Por último, y consecuente con su posición abolicionista, la Convención declara que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, la que no se le podrá aplicar mientras la solicitud esté pendiente de decisión por la autoridad competente a la que se haya recurrido.

c) El derecho a la integridad personal (art. 5º)

El derecho a la integridad personal comprende la protección de la persona humana contra violaciones a su integridad física, psíquica y moral,

³¹ *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, pág. 60 y ss..

siendo también un derecho humano “constitucionalizado”^{*}. La Convención Americana exige el reconocimiento de este derecho prohibiendo que puedan aplicarse a una persona tratos contrarios a su condición de ser humano.

La evolución de los derechos humanos ha elevado la categoría de este derecho con la finalidad de superar de manera definitiva el trato degradante al que se ha sometido a los seres humanos también a lo largo de la historia. En el Derecho Romano se permitía que a los vencidos se les sometiera a tortura y a otros tratos degradantes, lo que si bien se fue superando con la humanización del derecho y la influencia del cristianismo, los tratos degradantes subsisten hasta nuestros días.

El derecho a la integridad personal exige la protección de la integridad física de la persona, lo que supone que nadie puede ser forzado a que se le prive de partes de su cuerpo, órganos o tejidos, aunque éstos sean regenerables, pues sólo voluntariamente se puede hacer la donación, como lo autorizan los ordenamientos jurídicos^{**}.

Supone también que nadie puede ser sometido a tratamientos que le perturben la mente y le afecten el discernimiento. Supone, por último, que nadie puede ser sometido a tratamiento alienante para transformar su conciencia y trastocar sus valores.

A los efectos de la protección del derecho a la integridad personal, la Convención Americana prohíbe que a las personas sometidas a penas privativas de la libertad se les someta a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, declarando que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La Corte Interamericana, al respecto, ha dejado establecido que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”³².

El derecho a la integridad personal protege también a los procesados con detención y a los ya condenados. Los procesados deben estar

^{*} Constitución peruana, art. 2º inc. 1.

^{**} El Código Civil peruano permite la donación de partes del cuerpo humano siempre que sean regenerables o que se haga con fines altruistas o humanitarios.

³² Sentencia del 30 de mayo de 1999, caso «Castillo Petruzzi y otros», Serie C, Nº 52, San José, 2000.

separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y deben estar sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Los menores procesados deben ser separados de los adultos y llevados a tribunales especializados.

La pena privativa de la libertad que se imponga a los condenados no puede trascender a la persona del condenado y tiene como finalidad esencial su reforma y readaptación social.

Como puede apreciarse, la Convención Americana propugna un tratamiento humanitario al condenado, mediante celdas y ambientes adecuados, lo que lamentablemente en la mayoría de nuestros países no ocurre, pues los centros de reclusión han devenido insuficientes. Sin embargo, como ocurre ya en los ordenamientos legales de nuestros países, salvo los casos de aislamiento de reclusos a causa de su peligrosidad, el rigor del tratamiento de otras épocas se viene superando al establecerse regímenes de visitas familiares, intercambio de correspondencia, sesiones de esparcimiento y otras actividades, así como con el establecimiento de beneficios penitenciarios, como trabajo remunerado, consideración de la buena conducta y la pre-libertad.

d) Prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6°).

La Convención Americana prohíbe terminantemente la esclavitud y la servidumbre, pues ambas han constituido una de las mayores lacras de la humanidad.

La esclavitud es tan antigua como su producto derivado, la servidumbre, y tuvo su origen en las guerras, pues en las sociedades primitivas el vencedor se apropiaba de la persona del vencido, a quien condenaba a muerte o, en su interés, lo hacía su esclavo.

En el Derecho Romano esclavo era aquél al que la ley privaba de su libertad y le asignaba ese *status*; tenía la categoría de *res*, sea por causa de nacimiento, pues el hijo de madre esclava, aunque el padre fuera libre, era esclavo, por cautiverio de guerra o por condena a esclavitud, extinguiéndose por la manumisión, en cualquiera de sus formas, y por concesión del Estado. El siervo, en el Derecho Romano, era el incorporado, con su familia, al trabajo del agro al servicio del propietario, pero sin tener la condición de esclavo.

En el continente americano, la emancipación de las naciones hispanoamericanas no abolió la esclavitud sino hasta mediados del siglo

XIX*, siendo su abolición en los Estados Unidos una de las causas de la Guerra de Secesión.

La Convención Americana no define la esclavitud ni la servidumbre. Según citas de Daniel O'Donnell³³, la esclavitud es el estado o la condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, y la servidumbre es el estado o la condición de un individuo comprometido a prestar sus servicios personales, remunerados o no, pero sin libertad para cambiar su condición, siendo del caso acotar la prohibición que hace la Convención, al prohibir la usura y toda forma de explotación del hombre por el hombre.

La prohibición de la Convención Americana se extiende, además, a la trata de esclavos y de mujeres, prohibición que debe entenderse extensiva a los niños y, en general, a todo ser humano.

En consecuencia con la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la Convención prohíbe también el constreñimiento a ejecutar trabajos forzados u obligatorios, salvo los casos previstos en la legislación de países en los que la pena privativa de la libertad acarree la de realizar trabajos forzados, siempre que tales trabajos no afecten la dignidad ni la capacidad física ni intelectual del condenado.

Además, la misma Convención exceptúa de la prohibición de constreñir la ejecución de estos trabajos a los servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por autoridad judicial competente, debiéndose realizar tales trabajos o servicios bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y sin poner a los individuos que los ejecuten a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

Por último, la prohibición ha sido exceptuada cuando se trata del servicio militar, aunque en los países en que se admite exención por razones de conciencia puede suplirse por el que la ley establezca. Tampoco constituye trabajo prohibido el servicio impuesto en casos de peligro o de

* Al declararse la independencia del Perú se declaró libres a todos los que nacieran a partir del 28 de julio de 1821, pero la esclavitud subsistió en el Código Civil de 1852 hasta su abolición en 1855. No existe, desde hace unos años, el servicio militar obligatorio.

³³ *Protección internacional de los derechos humanos*, págs. 104 y 105.

calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad y el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

e) El derecho a la libertad personal (art. 7°).

El derecho a la libertad personal que preceptúa la Convención Americana comprende el derecho a la seguridad personal y ambos están referidos a la protección de la persona humana. No se trata de la facultad inherente a toda persona humana de actuar de una manera u otra, asumiendo la responsabilidad por sus actos, sino del derecho a no ser privado de la libertad arbitraria o ilegalmente y a las garantías que debe otorgarle el Estado para la preservación de su seguridad, siendo, por ello, un derecho humano “constitucionalizado” *.

No se trata del *status libertatis* inherente al ciudadano romano ni del esclavo manumiso. La Convención parte de la premisa incuestionable de que todo ser humano es libre y, por tal condición, debe tener garantizada su libertad por el Estado. De ahí que en la norma consagratória de este derecho, la Convención haga un sesgo hacia las garantías que deben revestir a la libertad personal en la hipótesis de su privación.

La Convención Americana reitera el apotegma universal *del nullum crimen sine lege* e invocando el principio de la jerarquía normativa prohíbe que alguien pueda ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, de lo que se colige que toda detención o encarcelamiento que no tenga el sustento de una norma constitucional o de una norma legal ajustada a la Constitución, configura una detención o encarcelamiento arbitrario o ilegal. De ahí que la misma Convención consagre el derecho de toda persona detenida o retenida a ser informada de las razones de su detención y a ser notificada, sin demora, de los cargos que se formulan contra ella.

La garantía del Estado en cuanto al derecho a la libertad personal se personifica en el juez competente para conocer de una privación de la libertad. Por eso, la Convención preceptúa que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a

* Constitución peruana, art. 2° inc. 24.

ser juzgado en un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, quedando su libertad condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

El término para la conducción del detenido al funcionario jurisdiccional no se precisa, pues lo deja librado a los ordenamientos jurídicos internos. En caso de producirse la demora, el detenido tiene expedita la acción de *habeas corpus* pues la Convención preceptúa que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales, sin que este derecho pueda ser restringido ni abolido, pudiendo el recurso de *habeas corpus* ser interpuesto por sí o por otra persona. La Corte Interamericana ha establecido el criterio de que el recurso de *habeas corpus* no tiene eficacia “por su sola existencia formal” pues su propósito es obtener una decisión pronta sobre la legalidad del arresto o detención³⁴.

Por último, la Convención prohíbe la detención por deudas, confirmando de este modo lo que ya desde el Derecho Romano se había establecido a partir de la *Lex Poetelia Papiria* y que llevó al deudor de una responsabilidad personal a sólo una responsabilidad patrimonial. El derecho a no sufrir de-tención por deudas es un derecho humano que ha sido “constitucionalizado” sin más salvedad que la del incumplimiento de deberes alimentarios y siempre que la detención sea ordenada por autoridad judicial competente.

f) El derecho al debido proceso (arts. 8º, 9º y 25).

El debido proceso es un concepto extraído de las garantías con las que la función jurisdiccional debe revestir a quien accede o comparece a la justicia y comprende no sólo al proceso penal sino también al proceso civil y, en general, a todo proceso. El concepto, tal como lo ha normativizado la Convención Americana, es producto de un decantamiento histórico que resume un conjunto de derechos³⁵ y, por eso, el derecho al debido proceso

³⁴ Sentencia de 29 de setiembre de 1999, caso “Cesti Hurtado”, Serie C, N° 56, San José, 2000.

³⁵ Vide en Héctor FIX-ZAMUDIO, *Liber Amicorum*, Arturo HOYOS, “El debido proceso en la sociedad contemporánea” (t. I, pág. 907 y ss.) y Víctor Manuel RODRÍGUEZ RESCIA, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (t.

es el derecho humano más infringido por los Estados parte, bastando para comprobarlo una somera revisión de los repertorios de jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La Convención, bajo el rubro de Garantías Judiciales y en el art. 8º, plantea una norma general que abarca a los procesos de cualquier naturaleza, para luego puntualizar las garantías que deben revestir al proceso penal para hacer de él un “debido proceso”.

La norma general enuncia que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. La Corte Interamericana ha establecido que la norma debe entenderse como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos y que los órganos jurisdiccionales, como los de cualquier otro carácter, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso ³⁶.

La Convención complementa el derecho al debido proceso con la protección judicial a que se refiere el art. 25, que reconoce a toda persona el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, aun cuando tales actos violatorios sean cometidos por personas en ejercicio de sus funciones oficiales. En virtud de este precepto, los Estados parte deben garantizar qué autoridad competente sea la que decida sobre los derechos de la persona que interpone el recurso y, en caso de que se le declare procedente, a garantizar el cumplimiento mediante autoridades también competentes.

Como garantías del debido proceso penal la Convención comienza por la presunción de inocencia *, preceptuando que toda persona inculpada

II, pág. 1295 y ss.); y Daniel O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, pág. 151 y ss..

³⁶ Sentencia del 6 de febrero de 2001, caso “Baruch Ivcher”.

* Constitución peruana, art. 2º, inc. 24, ap. e).

de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. La presunción de inocencia implica, entonces, que debe ser absolutamente desvanecida pues si las pruebas no fueran suficientes, al procesado le asiste el principio del *in dubio pro reo*.

Al procesado la Convención le otorga, además, como garantías mínimas, la de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal, la de que se le comunique previa y detalladamente la acusación que se le ha formulado y que se le concedan el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

El ejercicio del derecho de defensa es la máxima garantía. El inculcado puede defenderse personalmente o ser asistido por un abogado de su elección, con el que debe tener una comunicación libre y privada. Si no se defiende por sí mismo o no nombra abogado defensor, el inculcado tiene el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor de oficio, remunerado o no por el Estado.

El ejercicio de la defensa supone el derecho de interrogar a los testigos que comparecen al tribunal o a los que solicite su comparecencia, así como a los peritos y personas que puedan contribuir a esclarecer los hechos. La defensa del inculcado supone también su derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, pues su confesión sólo es válida si es hecha voluntariamente y sin coacción.

La Convención preceptúa la publicidad del proceso penal, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La sentencia condenatoria debe dictarse con relación a acciones u omisiones que al momento de cometerse debían estar tipificados como delitos en la ley, en virtud del principio *nullum crimen sine lege*. Debe desvanecer la presunción de inocencia y basarse en pruebas determinantes de la responsabilidad penal, imponiéndose la pena prevista en la ley en virtud del principio *nulla poena sine lege*, pues la Convención prohíbe aplicar una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. El reo goza de la garantía de la instancia plural, pues la Convención le permite recurrir a un juez o tribunal superior.

En virtud del principio de la retroactividad benigna, si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficia con ella.

Si el inculpado es absuelto por una sentencia firme, adquiere la protección del principio *non bis in idem*, esto es, adquiere el derecho a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

g) El derecho a indemnización por error judicial (art. 10).

El error judicial en que pueda incurrirse al no haberse desvanecido totalmente la presunción de inocencia o por haberse condenado con insuficiencia de pruebas, sin aplicarse el *in dubio pro reo*, genera, para el así condenado, el derecho a ser indemnizado por el Estado. La indemnización corresponde también en el caso de las detenciones arbitrarias.

La Convención Americana ha jerarquizado este derecho a la indemnización pese a que es un derechos humano “constitucionalizado” * o, por lo menos, previsto en las legislaciones internas.

h) El derecho a la honra y a la privacidad (art. 11).

La Convención Americana preceptúa el derecho a la privacidad, que supone el respeto de la honra y reputación, así como el reconocimiento de la dignidad de las personas, la prohibición de ingerencias arbitrarias y abusivas en la vida privada y familiar en el domicilio y a su correspondencia. Es también un derecho humano “constitucionalizado” y protegido por la ley **.

i) El derecho a la libertad de conciencia y de religión (art. 12).

El derecho a la libertad de conciencia y de religión es producto de una depuración histórica al superarse los oscurantismos e intolerancias de épocas ya pasadas, deviniendo en un derecho humano “constitucionalizado” ***.

La Convención Americana preceptúa que este derecho implica la libertad de toda persona de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Implica también el deber del Estado de respetar la religión o las creencias de las personas y la prohibición de aplicar medidas restrictivas que menoscaben

* Constitución peruana, art. 139, inc. 7.

** *Ibidem*, art. 2º, inc. 7. El Código Civil establece también normas de protección.

*** *Ibidem*, art. 2º, inc. 3.

su libertad, pues no pueden haber más limitaciones que las prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás.

La Convención confiere a los padres y tutores el derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

j) El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13).

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, como el de conciencia y de religión, es también un derecho humano producto de una depuración histórica y que ha sido “constitucionalizado” *.

La Convención Americana preceptúa que este derecho implica la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento. Su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, previamente fijadas en la ley y necesarias para asegurar el respeto a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Por ello, la misma Convención autoriza a los Estados parte a prohibir, mediante ley, toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Convención también permite que los espectáculos públicos puedan ser sometidos por la ley a censura previa, pero con la exclusiva finalidad de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia.

La libre expresión es consustancial a la libertad de pensamiento, por lo que la Convención prohíbe toda restricción al derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

* *Ibíd*em, art. 2º, inc. 4.

k) El derecho de rectificación o respuesta (art. 14).

El derecho de rectificación o respuesta es el derecho opuesto al derecho de expresión, cuando éste es ejercitado de manera agravante y en violación del derecho a la honra. Se trata también de un derecho humano “constitucionalizado” * pues su ejercicio se legitima frente a las informaciones inexactas efectuadas por cualquier medio de comunicación social.

La Convención Americana lo preceptúa como derecho de toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general. Se ejercita ante el mismo órgano de difusión y sin que tal ejercicio exima de las responsabilidades de orden legal en que se hubiese incurrido con la difusión de tales afirmaciones, para cuyo efecto toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión debe tener una persona responsable que no esté protegida con inmunidades ni disponga de fuero especial.

l) El derecho de reunión (art. 15).

El derecho de reunión es una derivación del derecho a la libertad personal pero apreciado colectivamente, pues se trata de un derecho a ejercitarse juntamente con el de otros. Es también un derecho humano “constitucionalizado” **.

La Convención Americana lo preceptúa como un derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, cuyo ejercicio sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

ll) El derecho de asociación (art. 16).

El derecho de asociación es un derecho individual e inconfundible con el derecho de reunión, pues se trata del derecho a participar en la

* *Ibidem*, art. 2º, inc. 7.

** *Ibidem*, art. 2º, inc. 12.

formación de organizaciones jurídicas o de integrarse a las ya formadas. Es también un derecho humano “constitucionalizado” *.

La Convención Americana lo preceptúa como el derecho de toda persona a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. Su ejercicio sólo puede estar sujeto a restricciones previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

La Convención no admite más restricciones que las que se establezcan legalmente, aun con privación del derecho, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

m) El derecho a la protección de la familia (art. 17).

La Convención Americana declara que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Esta declaración, si bien no configura un derecho subjetivo, determina el régimen de protección a la familia y que de él dimanen algunos derechos.

La Convención preceptúa el reconocimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, remitiéndose a los requisitos de edad y demás condiciones que establezcan los ordenamientos jurídicos internos en la medida en que no afecten el principio de no discriminación. El matrimonio debe celebrarse con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes y obliga a los Estados parte a asegurar la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges, aun en el caso de disolución del matrimonio.

La familia no necesariamente se origina del matrimonio, por lo que la Convención declara la igualdad de todos los hijos, sean nacidos dentro como fuera del matrimonio, asegurando que durante su minoridad tienen derecho a las medidas de protección por parte de la familia.

Adicionalmente, la Convención preceptúa un régimen de protección a los niños, no sólo por parte de la familia, sino también de la sociedad y del Estado (art. 19).

* *Ibidem*, art. 2º, inc. 13.

n) El derecho al nombre (art. 18).

El derecho al nombre, del que se ha ocupado la codificación civil, es materia de una declaración enfática por la Convención Americana: toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos; y dispone que los ordenamientos internos aseguren este derecho, aun mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

ñ) El derecho a la nacionalidad (art. 20).

La nacionalidad es un vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado, sea porque ha nacido en el territorio de ese Estado o porque lo adopta voluntariamente. Es un derecho humano “constitucionalizado”^{*}.

La idea de la nacionalidad, como llegó al derecho moderno, fue resultado de la formación de los pueblos que por razones étnicas, lingüísticas, culturales, de costumbres sociales, de tradiciones o de religión formaron nacionalidades y se sometieron a un Estado. Por circunstancias que la historia registra, una persona podía ser despojada de su nacionalidad y convertirse en un paria o en un apátrida.

La Convención Americana preceptúa que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, sea la del Estado en cuyo territorio nació u otra. La Corte Interamericana considera la nacionalidad como un estado natural del ser humano que le sirve de amparo jurídico³⁷.

La Convención protege el derecho a la nacionalidad prohibiendo su privación arbitraria, pues de ese modo, como lo ha considerado la Corte Interamericana, la persona pierde la protección de su Estado y se le priva también de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan, precisamente, en su nacionalidad³⁸.

La privación de la nacionalidad requiere de causa legal y de proceso judicial, lo que no significa que el sujeto pueda quedar sin nacionalidad, pues la misma Convención le reconoce el derecho de cambiar la originaria y adoptar otra.

^{*} Constitución peruana, art. 2º, inc. 21.

³⁷ Sentencia del 6 de febrero de 2001, caso “Baruch Ivcher”.

³⁸ *Ibíd.*

o) El derecho a la propiedad privada (art. 21).

El derecho a la propiedad privada, de ancestral raigambre y proyectado desde el Derecho Romano, es también un derecho humano “constitucionalizado”.

La Convención Americana reconoce a todo propietario el derecho al uso y goce de sus bienes, aunque la ley puede subordinarlos al interés social. Reconoce también el derecho del propietario a no ser privado de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, en los casos y en las formas establecidas por los ordenamientos legales.

p) El derecho de circulación y de residencia (art. 22).

El derecho de circulación y residencia es un derecho humano que trasciende a la garantía constitucional de libre tránsito y de residencia, pues ésta está referida al territorio de un Estado, mientras que el consagrado por la Convención Americana está referido también a cualquier territorio, sea o no el nacional del sujeto que lo ejerce.

En efecto, la Convención Americana declara que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por éste y a residir en él con sujeción a las disposiciones del respectivo ordenamiento legal interno, aunque este derecho puede ser restringido, en zonas determinadas, por razones de interés público. Declara también que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

El derecho de residencia y de circulación sólo puede ser restringido en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

La Convención, con las restricciones que hemos anotado, prohíbe la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional, así como de ser privado del derecho de ingresar a éste. El mismo derecho es conferido al extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte de la Convención, el que no puede ser expulsado sino en cumplimiento de una decisión legalmente adoptada, prohibiendo la expulsión o devolución a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. Prohíbe también la expulsión colectiva de extranjeros.

Por último, la Convención reconoce el derecho de asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo a la legislación de cada Estado y a los convenios internacionales.

q) Los derechos políticos (art. 23).

La Convención Americana consagra derechos políticos fundamentales y declara como derechos de los que todo ciudadano debe gozar el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho de elegir y de ser elegido y el derecho de acceso a las funciones públicas.

El derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ser ejercitado directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Como señala O'Donnell³⁹, este derecho puede parecer superfluo si se consideran los demás derechos que consagra la norma bajo comentario, pero lo explica atribuyéndole un contenido propio referido a la participación política, no mediante el sufragio, sino mediante la participación en la organización de partidos o agrupaciones políticas y en su dirección. En este sentido puede considerarse como un derecho humano “constitucionalizado”^{*}.

El derecho de elegir tiene abolengo pues, guardando las distancias, como *ius suffragii*, fue reconocido en el Derecho Romano pero sólo en favor del ciudadano de Roma. La evolución de este derecho no sólo lo ha “constitucionalizado”^{**} sino que lo ha llevado a la categoría de derecho humano y susceptible de protección por la Convención Americana. Su correlato es el derecho a ser elegido, que al igual que el anterior y guardando las distancias, tiene también abolengo, pues registra como antecedente el *ius honorum*. Ambos para su ejercicio sólo requieren de la ciudadanía, pero no entendida, obviamente, a la manera romana, sino como la consagran las cartas políticas de los Estados modernos^{*}. Para su preservación, la Convención precisa que el ejercicio de este derecho sea periódico y en elecciones auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, con voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

El derecho de acceso a las funciones públicas, como derecho humano consagrado por la Convención, supone que para su ejercicio los Estados parte

³⁹ *Protección internacional de los derechos humanos*, pág. 296 y ss..

^{*} Constitución peruana, art. 2º, inc. 17.

^{**} *Ibidem*.

^{*} *Ibidem*, art. 31.

garanticen a sus ciudadanos condiciones generales de igualdad para el acceso a la función, reglamentándolo exclusivamente en razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o sentencia condenatoria dictada por juez competente en proceso penal.

r) El derecho de igualdad ante la ley (art. 24).

El derecho de igualdad ante la ley es una de las mayores conquistas de la humanidad, pues ha sido históricamente desconocido y ha generado, por ello, grandes enfrentamientos sociales hasta en nuestros días, pues aún subsiste la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o condición económica, pese a ser un derecho “constitucionalizado”.

La Convención Americana preceptúa la igualdad de todas las personas ante la ley y que, en consecuencia, tienen también derecho a igual protección de la ley.

Epílogo

El recorrido histórico de los derechos humanos que nos ha conducido al actual estado de su evolución nos lleva a la conclusión de que su noción propia se corresponde con la dignidad del ser humano, pero no sólo en sus relaciones intersubjetivas, sino esencialmente frente al Estado. Y si bien, para ese recorrido histórico, hemos considerado como estación al *Ius Romano* lo hemos hecho por lo que representa para los países iberoamericanos, cuyos sistemas jurídicos están organizados en base al sistema del Derecho Romano, porque tenemos la expectativa de que los derechos humanos se habrán de arraigar en los ordenamientos de los Estados vinculados por la Convención, en su normativa de ahora y del futuro.

El arraigo de los derechos humanos en los ordenamientos de los Estados parte ha de determinar que se organicen como Estados de derecho, atendiendo a que en el reconocimiento y protección de los derechos humanos debe estar necesariamente la restricción al ejercicio del poder del Estado, tal como ya lo ha dejado establecido la Corte Interamericana al interpretar el art. 30 de la Convención ⁴⁰.

⁴⁰ Opinión Consultiva del 9 de mayo de 1986, Serie A, N° 6.

PROBLEMAS ACTUALES DE LA TEORÍA CONTRACTUAL

por RICARDO LUIS LORENZETTI

SUMARIO: Primera parte: Problemas de la teoría contractual. Segunda parte: La teoría sistémica del contrato. I. El contrato como acto jurídico. II. El contrato como proceso. III. El contrato como parte de un grupo: redes contractuales. IV. El contrato y las instituciones. Tercera parte: La expansión de los factores de atribución de la obligación contractual. I. La llamada deshumanización del contrato. II. Pluralidad de factores de atribución de la obligación. III. La oferta como apariencia y la aceptación como confianza. Cuarta parte: Contrato y mercado.

PRIMERA PARTE: PROBLEMAS DE LA TEORÍA CONTRACTUAL

La doctrina que trata la denominada “parte general” del contrato se ha concentrado en el estudio del consentimiento, objeto, causa, y los efectos ¹. De este modo, la figura está “adelgazada” porque se estudian unas pocas obligaciones esenciales ²; está “congelada”, en el sentido de que se perfila de una vez

¹ Dentro de esta línea pueden verse los estudios clásicos en el derecho argentino MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 1899, vol. IV; R. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 1946, vol. 1; J. ARIAS, en *Contratos civiles. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1939, vol. 1; L. SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*. Buenos Aires, Cony, 1981, t. I; Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Contratos*, 7ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; L. M., REZZÓNICO, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1967, vol. 1.

² Por ejemplo, en la compraventa se estudia la obligación de dar una cosa a cambio del pago del precio.

y para siempre, desde que se perfecciona el consentimiento, permaneciendo inmutable frente a los cambios; está “aislada”, puesto que es indiferente a lo que ocurre en el entorno, porque el mercado opera como presupuesto o circunstancia³, sin que exista un enlace entre lo público y lo privado.

Estos caracteres han cambiado.

El contrato ha “ensanchado” su contenido, ya que son pocos los vínculos en los que se estudian solamente las obligaciones nucleares, proliferando los deberes secundarios de conducta, obligaciones accesorias, precontractuales, poscontractuales, garantías y cargas. De hecho, la mayoría de los conflictos se basan en estos nuevos deberes, que si bien muestran una “accesoriedad típica”, presentan una “sustancialidad práctica”⁴, lo que es puesto de relieve por la doctrina argentina más actual⁵.

El contrato se ha “descongelado” y muestra una vitalidad enorme, desde que comienzan las tratativas hasta su extinción; el vínculo se reformula, se adapta, se alarga en el tiempo dando lugar a los fenómenos de larga duración⁶.

³ Por ejemplo: en el contrato se estudia la cláusula abusiva, en el mercado la posición dominante; en el contrato el vicio del consentimiento, en el mercado la transparencia informativa y la distribución asimétrica de información. La teoría jurídica debe proveer una herramienta que permita coordinar ambos niveles.

⁴ Queremos decir con ello que a pesar de que en la descripción del tipo legal estos deberes ocupan un lugar subalterno, en la realidad práctica son esenciales. La lectura de las sentencias judiciales es una buena muestra de ello; prácticamente no existen fallos en los que no se haga una referencia a la buena fe, los deberes de información, seguridad, protección y al orden público.

⁵ Conf. Atilio ALTERINI, *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; Rubén STIGLITZ, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, ed. actualizada, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni; A. C. BELLUSCIO, y E. A., ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1986, vols. 5 y 6; A. SPOTA, *Instituciones de derecho civil: contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1979; Carlos GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Astrea; Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, t. III, vols. 1 y 2. En el derecho brasileño: Junior Alberto AMARAL, “Protecao do consumidor no contrato de compra e venda”, *Rev. Dos Tribunais*, 1993; Orlando GÓMEZ, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1975; María DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, 1995, 3^{er} vol.; Fabio ULHOA COELHO, *Código comercial e legislacao complementar anotados*, Saraiva, 1997.

⁶ Conf Mario MORELLO, *Contrato y proceso*, Abeledo-Perrot; Augusto MORELLO, “Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias”,

La contratación ha renunciado a su aislamiento: no es habitual que se presente sola, sino vinculada a otros contratos, formando redes, “paquetes” de productos y servicios, surgiendo la noción de “operación económica” que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización, lo que nos lleva al estudio de las “redes contractuales”.

Finalmente, el incremento de la complejidad social entrelaza la acción racional individual con las instituciones, de un modo estrecho, lo que hace imprescindible el enfoque institucional ⁷.

Todo ello nos lleva a ensanchar el horizonte de análisis de la teoría contractual, concibiéndola como un sistema ⁸. Lo que define un sistema es una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo; la autorreferencia, la autoorganización, y la homeostasis son características del sistema, en el sentido de que su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados, y buscan una

L.L., 25/8/98. ALTERINI en op. cit., presenta un extenso desarrollo del periodo precontractual, el antecontrato, la modificación y el poscontrato.

⁷ La perspectiva contractual tiene como presupuesto el individualismo metodológico, propio de la teoría de la elección racional, y también de la escuela del análisis económico y la teoría de los juegos. Este bagaje ha suministrado poderosas herramientas para la teoría contractual, pero ha mostrado sus limitaciones en el aspecto de la acción colectiva y en el marco institucional, precisamente porque no se ocuparon de ello. Actualmente hay un renovado interés por estos estudios en la medida en que, como veremos, tienen una enorme influencia como contexto de actuación del individuo.

⁸ La teoría sistémica se ha difundido en el campo de las ciencias. Desde el enorme avance que produjeron en el campo de la biología al incorporar la noción de sistemas autopiéticos (Humberto Maturana y Francisco Varela, *Autopoietic Systems*, Illinois), hasta la misma noción en la informática (Wiener), en la antropología (Claude Lévy Strauss, *Antropología estructural*, Buenos Aires, Eudeba, 1977), la autorreferencia lingüística de los procesos cognitivos (Neurath), el orden fundado en la fluctuación de estructuras disipativas de los procesos no reversibles (Prigogine), la circularidad lógica de las estructuras matemáticas (Gödel), la autorregulación homeostática de los sistemas (Bertalanffy), los procesos de autoorganización de los procesos sociales (Hayek). Es necesario actualizar la ciencia jurídica en relación con estas mutaciones epistemológicas. En este sentido, Canaris es un modelo de iusprivatista con formación iusfilosófica (Claus Wilhelm Canaris, *Pensamiento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Nemezes Cordeiro, 2ª ed., Lisboa, Fund Calouste Gulbenkian, 1996).

estabilidad dinámica. En el plano jurídico, señala Teubner⁹ que existen subsistemas sociales y económicos específicos que interactúan con el contrato y que nos ponen frente a un panorama más amplio que el derivado de las reglas producidas por el consentimiento. El contrato es concebido como una relación social juridificada, que lo vincula con su medio envolvente. Es a través de las normas jurídicas indeterminadas que el contrato posee, que se generan tres niveles: nivel de las relaciones personales o de interacción, nivel de mercado o institucional, nivel societario, que involucra la relación con los otros subsistemas sociales.

Una aproximación teórica de este tipo permite diferenciar los niveles de análisis, establecer los puntos de interrelación, y explicar el funcionamiento de un instituto dentro de un campo más amplio, con el cual interactúa¹⁰. Seguidamente presentaremos un esquema de nuestro enfoque mostrando sus aspectos principales¹¹.

2. *Enfoque contractual, sistemático e institucional*

La teoría contractual admite tres niveles de análisis y perspectivas dentro de ellos:

A. *Contractual*: su objeto es el contrato como acto jurídico bilateral.

- La perspectiva interna estudia: a. los elementos: el consentimiento, el objeto y la causa; los caracteres, la forma, la prueba, la interpretación,

⁹ Gunther TEUBNER, *O direito como sistema autopiético*, Lisboa, Fund Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 236. También Claus CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fund Calouste Gulbenkian, 1996.

¹⁰ Las reglas de un contrato tienen aspectos que sólo se explican por el sistema en que está inserto, y se adaptan permanentemente, como lo explicamos más adelante al ver el cambio de los contratos agrarios. Muchas técnicas se crean, pero su desarrollo sólo se alcanza cuando hay reglas institucionales (ver securitización, más adelante). En un contrato hay obligaciones que se explican porque va unido a otros (por ejemplo, las obligaciones de un concesionario de dar servicio posventa a un adquirente que compró el vehículo en otro concesionario) dando lugar a obligaciones sistemáticas. Hay un fenómeno de “migraciones de sentido” y de “intertextualidad” entre los diferentes niveles (esos términos son utilizados en la musicología y la literatura para explicar fenómenos similares en el plano del lenguaje).

¹¹ Utilizamos el esquema porque el desarrollo completo exigiría de un libro y no de un ensayo.

y calificación; b. los efectos: las obligaciones, deberes colaterales, garantías, cargas, riesgos; c. la responsabilidad por incumplimiento.

- La perspectiva temporal estudia el redimensionamiento de los elementos, efectos y responsabilidad en el periodo precontractual, poscontractual y los vínculos de larga duración.

- La perspectiva externa estudia al contrato como situación jurídica. No se lo mira como relación obligacional entre dos sujetos, sino desde la perspectiva de los terceros que deben respetarlo y sufrir sus efectos, lo cual da lugar a novedosos campos: la protección extracontractual del contrato ¹², el redimensionamiento del efecto relativo para apreciarlo como un supuesto de oponibilidad de diverso rango ¹³. El objeto de estudio no es el acto jurídico bilateral, ni reglas institucionales, sino posiciones jurídicas ¹⁴.

B. Sistemático: Su objeto es analizar los grupos de contratos y su configuración en sistemas con finalidades supracontractuales.

- La perspectiva interna estudia las relaciones entre las partes: el objeto como operación que involucra varios contratos; la causa sistemática; el nexa asociativo; las obligaciones sistemáticas.

- La perspectiva externa analiza los efectos de las redes frente a terceros.

C. Institucional: Su objeto de estudio son las reglas institucionales ¹⁵, para proveer a su funcionalidad (incrementar la eficacia y la eficiencia de la contratación) sin deterioro de su entorno económico (derecho de la competencia) y social (impacto ambiental, urbanístico, social), bajo la regla de un desarrollo sustentable ¹⁶.

¹² Conf. Federico DE LORENZO, "La protección extracontractual del contrato", L.L. 1998-E-921.

¹³ Este tema ha sido muy tratado, sobre todo en el campo de la responsabilidad por productos, donde el principio del efecto relativo de los contratos ha caído para imputar a los contratantes por daños causados a terceros.

¹⁴ Hemos profundizado este distingo en nuestro *Las normas fundamentales de derecho privado*, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, 1995; De Lorenzo cita el caso "Torello" (SCBA, E.D. 173.328), en el que una empresa reclama contra el tercero que dañó a un empleado suyo; hay aquí una obligación jurídica extracontractual causada por un hecho ilícito (entre el dañador y el dañado-empleado) que lesiona una posición jurídica contractual (entre el dañado-empleado y el empleador).

¹⁵ Ampliamos este concepto en nuestra obra *Las normas fundamentales de derecho privado* cit..

¹⁶ El standard normativo de "desarrollo sustentable" es muy útil para entender las

El relacionamiento entre niveles presenta ventajas prácticas ¹⁷ y teóricas ¹⁸ de indudable interés.

SEGUNDA PARTE: LA TEORÍA SISTÉMICA DEL CONTRATO

I. El contrato como acto jurídico

1. *El contrato como acto jurídico bilateral*

La perspectiva interna estudia: a. los elementos: el consentimiento, el objeto y la causa; los caracteres, la forma, la prueba, la interpretación, y calificación; b. los efectos: las obligaciones ¹⁹, deberes colaterales, garantías, cargas, riesgos; c. la responsabilidad por incumplimiento.

Se advierte un ensanchamiento del contenido obligacional del contrato, lo que permite efectuar las siguientes distinciones:

2. *Las obligaciones nucleares*

Las obligaciones nucleares del contrato son aquellas vinculadas directamente al cumplimiento del objeto. Canaris las ha denominado “deberes de prestación” porque están destinadas a la promoción de los intere-

relaciones de derecho-límite, aplicable no sólo a la frontera que provee la cuestión ambiental, sino a los otros límites de la propiedad empresaria, como se señala en el texto.

¹⁷ El abogado practicante aprendió, antes que el teórico, a relacionar los tres niveles: un contrato de empresa se redacta teniendo en cuenta estrategias negociales que involucren muchos contratos y normas institucionales: impositivas, ambientales, responsabilidad, laborales.

¹⁸ Permite por ejemplo, profundizar temas como la “incoherencia” sistémica del ordenamiento y las ineficiencias económico-sociales que ello genera; muchas tipologías contractuales no se desarrollan o lo hacen a un alto costo justamente por esa razón.

¹⁹ Sobre obligaciones: ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de obligaciones*, Lep; COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de obligaciones*, Astrea. Sobre contratos: ALTERINI, *Contratos*, Abeledo-Perrot; MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Rubinzal; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, Zavalía.

ses de prestación, distinguiéndola de los deberes de protección, que están vinculados a los demás bienes de las partes ²⁰.

Las obligaciones nucleares expresan el interés cuya satisfacción se persigue por intermedio del contrato, y por ello son generalmente objeto de libre negociación, al punto que, aun en el derecho del consumo no son susceptibles de declaración de abusividad ²¹. Las obligaciones nucleares están vinculadas a la definición típica del negocio, y a sus caracteres principales: por ejemplo, en la compraventa, las obligaciones nucleares de las partes son la de dar una cosa a cargo del vendedor (art. 574 y ss. C.C.) y la de dar suma de dinero (art. 616 y ss. C.C.) a cargo del comprador. Ambas obligaciones son recíprocas (art. 510 C.C.), lo que sustenta la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 C.C.), el pacto comisorio (art. 1204 C.C.), la excesiva onerosidad (art. 1198 C.C.).

Pueden existir numerosas obligaciones accesorias (art. 523 C.C.) y pactos que modifican los efectos normales del contrato (art. 1363 y ss. C.C.).

3. *Los deberes colaterales*

Las partes tienen deberes secundarios de conducta ²², de información, de custodia y de colaboración, todos derivados del deber de cumplir de buena fe (art. 1198 C.C.).

Los deberes colaterales nacen con la idea de ensanchar el plexo obligacional ²³. En su primera formulación debida a Staub en 1902, se

²⁰ Claus CANARIS, "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1983, A.I, diciembre, pág. 802.

²¹ La exposición de motivos de la directiva comunitaria (13.93) dice que "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad precio de la mercadería o la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad precio".

²² Se utiliza el nombre de "deberes secundarios de conducta", o "deberes colaterales", o "deberes laterales", indistintamente.

²³ La bibliografía actual es innumerable. Entre las formulaciones teóricas de mayor entidad confr. C. CANARIS, op. cit.; Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. Santos Briz, Madrid, Rev. Der. Priv., 1958. En la doctrina más actual: DE AGUILAR VIEIRA, "Deveres

advertía que el incumplimiento del contrato no podía limitarse solamente a las hipótesis de mora e imposibilidad y que debía contemplarse la noción de cumplimiento defectuoso, incluyéndose las hipótesis de ejecución defectuosa y violación de los deberes laterales. También en la doctrina alemana se atribuye a Stoll la mención de los denominados deberes de protección, que son laterales, y que tienen en vista defender a las partes de todas aquellas intromisiones dañosas en su esfera de vida.

Los deberes colaterales no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe. Su existencia abarca el periodo precontractual, contractual y poscontractual. Se distinguen entre: deberes secundarios de finalidad negativa, cuya función es impedir las invasiones arbitrarias en la esfera íntima del sujeto (deber de seguridad), y deberes secundarios de finalidad positiva, cuyo propósito es posibilitar el cumplimiento de la prestación: colaboración, información.

El incumplimiento de estos deberes da lugar tanto a la tutela inhibitoria como resarcitoria, y en este último caso puede originar una responsabilidad con imputación objetiva o subjetiva, según los casos.

Son deberes colaterales, o secundarios, los de información, protección, custodia, consejo, colaboración, no concurrencia y lealtad.

Es importante señalar que los deberes colaterales cumplen una función en la asignación de un curso eficiente a la negociación contractual, favoreciendo los juegos de ganancia mutua. En la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, se introducen reglas de comportamientos cooperativos, que se imponen a quien está en mejor condición de llevarlos a cabo. Por ejemplo, la concesión de un plazo de gracia para el cumplimiento, que el comprador debe dar al vendedor; la adopción de medidas para recibir la mercadería, la de colaborar en el pago, etcétera. También es relevante la censura de comportamientos autocontradictorios, que deviene de la prohibición genérica y específica de solicitar el cumplimiento y la resolución del contrato. Finalmente, hay una estructura de incentivos destinados a evitar comportamientos especulativos. Por ejemplo, la exigencia de un incumplimiento esencial para la resolución (art. 25) desmotiva a las partes para especular con incumplimientos menores.

de protecao e contrato”, San Pablo, Rev. Dos Tribunais, 1999, vol. 761, pág. 69; LIMA MÁRQUEZ, op. cit.; ALTERINI, op. cit.; STIGLITZ, *Contratos* cit..

4. Las garantías: evicción, vicios, de seguridad, funcionalidad, derecho del consumidor

El surgimiento de las garantías contractuales y legales tanto en los vínculos entre empresas como en los contratos de consumo, ha significado una prolongación de la expectativa de cumplimiento.

La cuestión está tratada en las obras referidas a la teoría general del contrato²⁴ bajo el nombre general de garantía de saneamiento, que comprende tanto la evicción como los vicios ocultos²⁵, lo que permite dar un sentido no sólo a la ineficacia del contrato y las indemnizaciones, sino también a la obligación de sanear, procurando la conservación del vínculo y la obtención del fin perseguido. La garantía de saneamiento es un género conceptual que abarca: 1. la garantía de evicción; 2. los vicios redhibitorios, 3. el saneamiento que permite que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento, solicitando al garante que perfeccione el título o subsane los defectos (art. 505 inc. 1 C.C.) o que le indemnice de los daños sufridos (art. 505 inc. 3). Estas garantías son efectos naturales de los contratos onerosos, y por lo tanto existen aunque no hayan sido estipuladas (art. 2097 C.C.).

Las garantías tienden a ampliarse.

En el campo del derecho comercial, las garantías de fuente contractual se han extendido, como una forma de diferenciarse en un mercado de productos homogéneos como sucede con las garantías post venta. Se ha señalado en el derecho comercial que el vendedor asume una garantía de funcionalidad, consistente en que la cosa sea apta para su destino, lo que significa que debe ser *“funcional, útil, que cumple o sirve para lo que*

²⁴ Confr. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit.; ALTERINI, *Contratos civiles...* cit.; Rubén STIGLITZ, *Contratos...* cit.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Contratos...* cit..

²⁵ ALTERINI, *Contratos...*, cit., pág. 544. Se trata de la tesis adoptada en el Código chileno: “la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios” (art. 1837), y en el Código peruano: “hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso del bien (art. 1484), lo que obliga al transmitente a “responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor” (art. 1485). LÓPEZ DE ZAVALÍA (*Contratos. Parte general*, cit., pág. 484, nota 1) señala que la obligación de saneamiento se hace efectiva en dos casos: evicción y vicios redhibitorios.

fue concebida (funcionamiento, trazado, desarrollo, estructura); ... la funcionalidad se completa con los adicionales imprescindibles o legalmente obligatorios (v.gr., en automotores, la rueda de auxilio, cinturones de seguridad) que deben distinguirse de los elementos adicionales contingentes o llamados "opcionales". El comprador tiene derecho a poder utilizar la cosa en plenitud dada la función para la cual ha sido creada" ²⁶.

En el derecho del consumidor las garantías son muy frecuentes ²⁷. Por ley 24.999 se consagra garantía en la venta de cosas muebles no consumibles cuyo objeto son los defectos o vicios de cualquier índole, aun-

²⁶ ETCHEVERRY, *Derecho comercial y económico*, cit., t. I, pág. 47. En el derecho argentino las cosas deben ser aptas para el uso que ordinariamente tienen, puesto que de lo contrario hay un vicio redhibitorio, que se presenta cuando hay un defecto que la hace "impropia para su destino" (art. 2164 C.C.). En el derecho anglosajón es tradicional la garantía implícita de que la cosa sirva para su propósito particular ("*fitness por particular purpose*") contemplada en el art. 2.315 Uniform Commercial Code. Confr. HONNOLD-REITZ, *Sales Transactions: domestic and internacional law*, Nueva York, 1992, pág. 56. La aptitud para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo refleja lo que puede esperar un comprador razonable en las mismas circunstancias, y se aplica tanto a las ventas específicas como genéricas. En la venta internacional esta aptitud está vinculada a la "comercialidad" entendida como la susceptibilidad de reventa de las mercaderías adquiridas (confr. Antonio Manuel MORALES MORENO, *La compraventa internacional de mercaderías*, dir. por Luis Diez Picazo, Civitas, 1998, pág. 300). Se trata de un standard que puede ser muy impreciso si las partes no se han encargado de fijar reglas determinativas del uso de la cosa vendida. Hay que distinguir los usos normales de la cosa y los que en particular pensaba darles el comprador. Los criterios para fijar el contenido de los usos normales objetivos, deben atender a lo establecido por las partes, en las expectativas de confianza creadas, en los usos. Para establecer un uso subjetivo, será especialmente relevante el hecho de que el comprador haya hecho conocer al vendedor el destino que daría a la cosa (motivos causalizados).

²⁷ BERGEL-PAOLANTONIO, "Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor", E.D. 22/11/93. Sebastián PICASSO y Javier WAJNTRAUB, "Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor", J.A., 14/11/98. En el derecho brasileño: Claudia LIMA MÁRQUEZ, *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, 2ª ed., San Pablo, Ed. Rev. Dos Tribunais, 1995, pág. 99 y ss.; Toshio MUKAI, *Comentarios ao Codigo de Protecao do consumidor*, Saraiva, 1991, pág. 8; José Carlos BARBOSA MOREIRA, "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos", publ. en *Temas de direito processual*, 8ª serie, Río de Janeiro, 1984, pág. 195; PELLEGRINI GRINOVER-BENJAMIN-FINK-BRITO FILOMENO-WATANABE-NERY JUNIOR-DENARI, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., Forense, 1995; Silvio RODRÍGUEZ, *Direito civil, Parte Geral*, San Pablo, Ed. Max Limonad, 1964, vol. 1, pág. 119.

que hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, que afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, y su correcto funcionamiento.

5. *Las cargas*

La carga es una conducta que se impone a un sujeto en su propio beneficio, de modo tal que el incumplimiento acarrea su pérdida. A diferencia de la obligación, no es coercible, ya que no adjudica ninguna pretensión a la otra parte. Sólo el titular de la carga tiene ante sí una opción: o cumplirla obteniendo el beneficio o dejar de hacerlo, perdiéndolo.

Las cargas contractuales establecen conductas que tienen una finalidad informativa o de mejora del funcionamiento de la relación jurídica; son incentivos que se imponen a las partes para un comportamiento que no alcanza carácter obligacional. El mayor uso que se le da actualmente está relacionado con la adjudicación eficiente de información.

El caso más conocido es el contrato de seguro²⁸, en el que las cargas se relacionan con la conservación de un derecho, el que se pierde por caducidad si no se cumple el comportamiento; la opción que tiene entonces el sujeto es mantener el derecho desarrollando el comportamiento exigido, o perderlo por su caducidad.

6. *La distribución de riesgos el contrato*

A. La importancia actual de los riesgos de la contratación:

En la época de la codificación, al contratarse sobre cosas presentes, existía sólo el riesgo de su pérdida o deterioro; con el desarrollo económico transfronterizo, el problema se complicó por la pérdida de control sobre la cosa a raíz del transporte.

²⁸ Las cargas de origen legal, que se imponen al tomador, son denunciar el siniestro y suministrar información relativa a su verificación (art. 46 ley 17.418), denunciar el agravamiento del estado de riesgo (art. 38 ídem), denunciar la pluralidad de seguros (art. 67 ídem), desarrollar una conducta razonable para no agravar el daño (art. 72) no haciendo abandono de los bienes afectados por el siniestro (art. 74 ídem), o haciendo gastos de salvamento (art. 73 ídem). El asegurador tiene como carga principal la de pronunciarse acerca del derecho del asegurado (art. 56 ídem). Confr. Rubén STIGLITZ, *Derecho de seguros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

En la actualidad los riesgos en los contratos son muchísimo más complejos.

En los contratos financieros, hay riesgos derivados del incumplimiento, de los cambios de moneda, el riesgo país. Situaciones que antes no eran consideradas de riesgo, ahora lo son, porque existe tecnología para su mensurabilidad y cálculo previsible, como ocurre por ejemplo con el riesgo político, que da origen a las tasas de riesgo país. Las inversiones en países lejanos o en lugares distantes, donde la otra parte es anónima, requiere la medición del riesgo de insolvencia, lo que es facilitado por las auditorías y mediciones de riesgo, lo que da lugar a las calificaciones de bonos y una enorme cantidad de rangos que representan el nivel de riesgo existente.

En los proyectos de gran complejidad, donde se involucran muchas variables y contratos conexos, es necesario establecer mediciones de riesgo en todos ellos: riesgo del proyecto, riesgo del transporte, financiero, político.

Los riesgos están vinculados al emprendimiento y a la esfera de actividad de cada una de las partes, pero por la vía del contrato pueden ser trasladados. En la contratación en redes hay una profunda traslación del riesgo de las empresas organizadoras de la red hacia las integrantes; así ocurre en las redes médicas, en las franquicias, concesiones. En la contratación de consumo hay una notoria traslación de riesgos hacia el consumidor. En la etapa precontractual hay una importante cuestión relativa al riesgo de la negociación ²⁹.

El estudio de los riesgos contractuales plantea numerosos aspectos.

En primer lugar está el problema de si es o no previsible en función del paquete de informaciones disponibles por los contratantes. Las partes hacen un cálculo jurídico ³⁰ al iniciar la prestación, en el que juega un papel fundamental el cómputo del riesgo y el beneficio que obtienen de aquélla: si los contratos son ejecutables rápidamente o no, cuál es el régimen de las hipotecas, cuáles son los montos indemnizatorios reconocidos judicialmente, y también si podrán o no probar y qué costo tendrá ello. Ese

²⁹ Sobre el problema de los riesgos en materia de responsabilidad precontractual hemos ampliado en: "La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación", Rev. L.L., 5/4/93.

³⁰ Sobre la influencia de este cálculo en la teoría de la acción ver Sebastián SOLER, *Las palabras de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

cálculo integra la acción de cualquier persona física o jurídica que inicia una actividad ³¹, y forma parte de la conducta racionalmente orientada.

En segundo lugar, surge el tema de la legitimidad de lo acordado, principalmente en el derecho del consumo, porque la cláusula abusiva desbarata la distribución justa de los riesgos.

B. Los principios de distribución del riesgo:

La doctrina ha distinguido entre:

1. El riesgo de la cosa como objeto del derecho de propiedad. Ella puede deteriorarse o perderse provocando una disminución patrimonial fortuita que soporta el propietario. Este tema es regulado por el derecho real de dominio y no ofrece duda alguna ³².

2. El riesgo de la cosa contenido de la prestación en una obligación de dar cosas ciertas. Este riesgo pesa en principio sobre el acreedor, si la cosa se pierde o deteriora sin culpa del deudor, conforme lo regula el art. 578 y ss. C.C.. Este tópico es contemplado en el campo de las obligaciones, que pueden ser o no recíprocas ³³.

3. El riesgo de la contraprestación: si la cosa, contenido de la prestación de la obligación de dar una cosa cierta que pesa sobre el vendedor, se deteriora o pierde sin su culpa, hay que determinar si el comprador, que no recibirá la cosa, debe pagar o no el precio. Este conflicto es una especie del anterior y surge frente a obligaciones contractuales de dar cosas ciertas (art. 578 y ss. C.C.) y recíprocas (art. 510 C.C.) en las que existe un tiempo entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa.

El riesgo queda configurado por la posibilidad de que durante ese lapso la cosa se deteriore o se pierda sin culpa del deudor-vendedor, en cuyo caso

³¹ En la contratación internacional se ha logrado mensurar, no siempre bien, este denominado “riesgo país”, que se establece mediante una serie de variables, entre las cuales el componente jurídico es importantísimo. Sobre la seguridad jurídica como previsibilidad económica ver Atilio ALTERINI, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

³² ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, pág. 436: el obligado a dar para transferir derechos reales es dueño y como las cosas perecen para su dueño, debe soportar el riesgo (riesgo de la cosa) pero si está en un contrato puede incidir sobre éste provocando la disolución, o la indemnización.

³³ Por ejemplo, en la obligación de entrega en la donación, o en la devolución de las cosas recibidas en un contrato real gratuito.

surge el interrogante: ¿subsiste la obligación de pago del precio a cargo del comprador? Si la respuesta es que el comprador debe pagar el precio total frente a la pérdida, o parcial frente al deterioro de la cosa, se dice que soporta el riesgo; si la respuesta es negativa, el riesgo lo soporta el vendedor.

El término “riesgo” alude a un hecho externo a la obligación y al contrato, no imputable a ninguna de las partes; si hubiera imputabilidad el riesgo es a cargo de quien incurre en culpa.

En esta situación lo esencial es decidir cuál es el hecho o acto que determina la transmisión del riesgo de la esfera del vendedor a la del comprador ³⁴.

El derecho romano siguió la regla de que el riesgo es del comprador-acreedor de la obligación de entrega, desde el mismo momento de la conclusión del contrato ³⁵. Con el paso del tiempo se consolidó la noción de interdependencia de las obligaciones y se deterioró esta regla que distribuía el riesgo en forma unilateral, la que resultaba incompatible con la justicia conmutativa ³⁶.

En el derecho francés se vinculó el riesgo a la transmisión de la propiedad, admitiéndose la regla *res perit domino*: la propiedad se transmite con la simple conclusión del contrato y determina la del riesgo (arts. 1138 y 1583 C. francés): las cosas se pierden para su dueño. En el derecho alemán, el § 446 BGB afirma que hasta la entrega de la cosa vendida el vendedor soporta los riesgos, salvo que ésta no se produzca a consecuencia de la mora del comprador. Ello implica el restablecimiento del sinalagma y el rechazo de la regla romana: si entre la perfección de la

³⁴ Guillermo ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 23

³⁵ ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972; ARANGIO RUIZ, *La compraventa in diritto romano*, Nápoles, 1980, vol. II, pág. 245 y ss.. Esta regla admitía correcciones, puesto que el comprador no soportaba el riesgo cuando la autoridad expropiaba la cosa o la declaraba fuera del comercio. También se admitía el pacto en contrario. El fundamento de esta regla era que si los aumentos de la cosa eran para el acreedor, también lo debían ser los deterioros o la pérdida. Asimismo, se inclinaron por la independencia entre las prestaciones de las obligaciones bilaterales, de modo que la prestación podía subsistir con independencia de la contraprestación.

³⁶ En el derecho canónico se admite la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución, por la que el incumplimiento definitivo de uno de los obligados, sea o no culpable, faculta al otro para romper el vínculo y quedar así liberado de la propia obligación.

compraventa y la entrega de la cosa ésta se pierde o deteriora sin culpa del vendedor, el comprador puede resolver el contrato (§ 323 BGB). Se sigue, por lo tanto, el principio *periculum est venditoris*.

El derecho argentino utiliza dos principios: “los derechos reales se adquieren solamente por la tradición”, y “las cosas perecen para su dueño”. Hasta que no se cumpla con la tradición, el dueño de la cosa sigue siendo dueño de ella, aunque esté obligado a entregarla, y soporta los riesgos: *res perit domino* (art. 578 y ss. C.C.)³⁷. Si la obligación es para transferir derechos y la cosa se pierde, queda disuelta para ambas partes, por lo que no hay obligación de pagar el precio y la cosa se pierde para su dueño.

El tema de la transmisión del riesgo ha adquirido una importancia enorme en las compraventas internacionales y en todas aquellas que involucran transporte de mercaderías. La compraventa en estos casos es conexas a otros contratos como el de transporte, seguros, contratos bancarios, contratos de agencia, consultoría, gestión de permisos, licencias, transferencia de divisas, etcétera. El tiempo que va desde el consentimiento hasta la entrega final se extiende y los riesgos se incrementan. Se distingue entre la venta directa e indirecta, caracterizada esta última por la necesidad de un transporte. En este último caso, que es el más común en el ámbito comercial, las partes pactan que la entrega al comprador, se realice mediante la entrega al transportista, teniendo interés en liberarse de los riesgos que comporta la travesía; en la mayoría de los casos son soportados por el comprador desde que el vendedor entrega la cosa al transportista, salvo pacto en contrario³⁸. Asimismo, en las compraventas internacionales no se puede tomar en cuenta el criterio de la propiedad (*res perit dominio*), sencillamente porque es diferente de un país a otro.

Frente a esta nueva temática, las legislaciones han tenido en cuenta que debe distribuirse el riesgo en función de la reducción de litigios sobre negligencia en la custodia de las mercaderías, adjudicándose al contratante que está en mejor posición para proteger las mercaderías contra eventos dañosos³⁹. De allí que surge otra regla, que es la de la “pérdida

³⁷ Confr. amplio desarrollo de este tema en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Lep, t. I, pág. 659.

³⁸ ALCOVER GARAU, op. cit., pág. 73.

³⁹ ALCOVER GARAU, op. cit., pág. 81.

del control”: el riesgo lo soporta el vendedor mientras esté en una posición de mayor accesibilidad en relación con las cosas que el comprador ⁴⁰.

C. Los riesgos del contrato y su distribución justa conforme al modelo del negociador racional

La cuestión del riesgo contractual fue contemplada minuciosamente por Vélez al regular la locación. El riesgo económico en la locación está representado por la posibilidad de deterioro de la cosa por el uso normal y anormal, por el caso fortuito, por las mejoras que haya que hacerle o las partes deseen hacer, todo lo cual representa un costo económico que es adjudicado por el contrato.

El Código establece un modelo conforme a lo que haría un buen contratante en los aspectos relativos a los riesgos: los deterioros y las mejoras de la cosa, fijando reglas sobre quién debe soportarlas ⁴¹. Este es

⁴⁰ Criterio que adopta el Uniform Commercial Code, aunque con una base muy casuística. Este enfoque lleva a desechar tanto la propiedad como el momento de la entrega, concebidos como criterios apriorísticos para la distribución del riesgo. En la bibliografía más actual es relevante la atinente al “Uniform Commercial Code”: EPTSTEIN-MARTIN-HENNING-NICKLES, *Basic Uniform Commercial Code - Teaching Materials*, 3ª ed., West, 1988; STONE, *Uniform Commercial Code in a nutshell*, West, 1989; *Uniform Commercial Code, Oficial Text with comments*, West, 1987. Específicamente dedicados a la compraventa: HONNOLD-REITZ, *Sales transactions: domestic and internacional law*, Nueva York, Foundation Press, 1992; Jordan WARREN, *Sales*, 3ª ed., Nueva York, Foundation Press, 1992; SCHWARTS-SCOTT, *Sales Law and the contracting process*, 2ª ed., Nueva York, Foundation Press, 1992. En aspectos contractuales: FANWORTH-YOUNG, *Contracts*, 4ª ed., Nueva York, Foundation Press, 1988.

⁴¹ Las reglas básicas que constituyen la armadura del modelo, son las siguientes: El locador debe entregar la cosa en buen estado (art. 1514), conservarla (art. 1515 y ss.), responder de los vicios o defectos graves de la cosa arrendada (art. 1525), pagar al locatario las mejoras que hubiere introducido para hacer posible el uso normal de la cosa (art. 1533 y ss.), garantizar por la evicción (art. 1515) y la de pagar las contribuciones y cargas que gravan la cosa (art. 1553). El locatario debe conservar la cosa en buen estado (art. 1561) y a ese fin realizar las reparaciones ordinarias de aquellos deterioros menores (art. 1573), responder de todo daño o deterioro que se causare por su culpa o por el hecho de familiares, dependientes, huéspedes o subarrendatarios (art. 1561), “restituir la misma cosa”, es decir la cosa en buen estado (art. 1556). Los deterioros que sufre la cosa por el paso del tiempo, del uso normal, o el caso fortuito, deben ser soportados por el locador, ya que éste cobra una renta por ese uso; en cambio, es justo que los deterioros derivados de un uso anormal sean a cargo del locatario. Las mejoras aumentan el valor de la cosa, y por lo tanto es justo que sean soportadas por el propietario. De allí que la regla sea que las mejoras necesarias

el acuerdo al que llegarían dos contratantes ideales en condiciones de libertad ⁴², y que por ello se considera justo. Por supuesto que pueden darse situaciones en las que existan motivos válidos para apartarse de este modelo de negociación ⁴³, pero el régimen del Código no exige ninguna explicación, siendo suficiente pactar otro régimen.

De modo que los aciertos del codificador en esta materia, que consisten en el establecimiento de un modelo negocial, se pierden al ser derogados por las partes sin ninguna consecuencia, y por un excesivo casuismo que hace perder de vista los aspectos principales. No obstante, es bueno que el legislador diseñe el modelo negocial conforme a lo que harían dos contratantes de buena fe en condiciones de libertad de decisión, para poder juzgar luego en qué medida los apartamientos que exhibe un contrato real tienen una justificación económica o, por el contrario, importan una “desnaturalización” abusiva y por lo tanto susceptible de ser declarada ineficaz.

7. La responsabilidad enfocada en el interés del acreedor

Un último tema sobre el que interesa mostrar un cambio importante está relacionado con la concepción de la responsabilidad contractual. En los países de tradición romanista, se analiza la responsabilidad del deudor en el incumplimiento de las obligaciones, poniendo el acento en la existencia de un hecho ilícito, generalmente culposo. Aunque actualmente han proliferado las situaciones de responsabilidad contractual objetiva, la historia ha sido otra, sustentada en un juicio de reprochabilidad de la conducta. En esta línea de análisis, los deberes que se exigen al deudor no se extienden hasta la garantía del resultado, sino que se concentran en una exigencia de una conducta diligente; si el resultado no se alcanza, aunque el acreedor quede insatisfecho, el

y útiles deban ser realizadas por el propietario, y si las efectúa el inquilino, tenga derecho a una indemnización. En cambio, si se trata de aumentos por mero lujo o recreo, deben ser soportadas por el inquilino.

⁴² Este tema puede ser analizado conforme al “contratante” de Rawls o a la teoría de los juegos o simplemente tomando en cuenta un standard del buen contratante.

⁴³ Con frecuencia ocurre que si el locador tiene que soportar los riesgos del deterioro y los costos de las mejoras necesarias y útiles, incrementará el monto del alquiler, ya que para él es un monto fijo. En cambio, el locatario se puede ver incentivado a pagar un alquiler menor, y asumir un costo que no es fijo, que puede producirse o no, y que está, en gran medida, bajo su control, si usa bien la cosa dada en locación.

deudor cumple con su obligación porque no ha dado una garantía de esa satisfacción. El deudor se exime probando su falta de culpa, o la causa ajena⁴⁴.

En el derecho anglosajón, por el contrario, la tradición no es basar la responsabilidad en el análisis de la conducta del deudor, sino en la satisfacción del interés del acreedor. Por ello, predomina la responsabilidad objetiva ya que el deudor debe garantizar la satisfacción del interés, y si éste no se obtiene, hay responsabilidad.

Aunque ambas tradiciones se han acercado bastante en la práctica judicial, lo cierto es que parten de un presupuesto distinto. Puede verse con claridad que el riesgo derivado de la insatisfacción del interés del acreedor es bien distinto en uno y otro sistema. En el primero, si el deudor desarrolla una diligencia razonable, aunque no se obtenga el resultado, cumple, quedando el acreedor insatisfecho por una causa ajena. En el segundo, es el deudor el que carga con el riesgo de la insatisfacción del interés del acreedor⁴⁵.

Otra cuestión, derivada de la anterior, que separa las fronteras, es la referida a las acciones. En el derecho de tradición europea, el incumplimiento es la contracara de la obligación del deudor. Por ello, cuando la insatisfacción del derecho del acreedor se debe a otras razones, hay otras acciones distintas de la responsabilidad contractual: la excesiva onerosidad sobreviniente, la lesión, el dolo, el error. En el derecho anglosajón, la responsabilidad contractual se construye sobre la base de la insatisfacción del interés del acreedor, siendo indiferente su causa. Por ello la acción por responsabilidad contractual es única y cubre numerosas situaciones como: ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, la indemnización por daños, y las acciones por error, vicios, garantías.

La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías se ha inclinado decididamente por el sistema anglosajón, protegiendo la posición jurídica del acreedor y concediéndole la acción unificada de incumplimiento contractual. Los ejemplos son claros: la falta de conformidad de las mercaderías puede deberse a un error de formación en el

⁴⁴ El origen de esta regla puede situarse en los deseos de la pandectística de mitigar los sacrificios exigibles al deudor, recurriendo a la noción de protección de la persona del deudor, y a la buena fe, dando lugar a la incorporación de los parámetros subjetivos. Por ello no se le exigen sacrificios que pongan en peligro su salud, y no se le pide la superación de obstáculos anormales según el parámetro de la buena fe.

⁴⁵ Sobre este distingo confr. Antonio Manuel MORALES MORENO, *La compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 290.

contrato, o al dolo del vendedor, o a vicios ocultos, o a la entrega de una cosa distinta de la prometida; en todos los casos la acción es la del incumplimiento contractual ⁴⁶.

Otra cuestión de interés son las acciones que se conceden frente al incumplimiento. Los sistemas de origen latino han privilegiado el cumplimiento del contrato; la secuencia es el reclamo de lo debido por parte del deudor, el reclamo del cumplimiento por parte de un tercero a cargo del deudor, la indemnización sustitutiva. En cambio, en el derecho anglosajón, la acción de cumplimiento es algo excepcional, ya que se considera ineficiente la obtención del cumplimiento específico mediante la entrega de la cosa debida. En realidad, la obtención del interés del acreedor se sustituye: en lugar de la entrega de la cosa, se le da una suma de dinero equivalente. Esta equivalencia no alcanza normalmente al valor de la cosa, sino al “coste de sustitución”, es decir al que debe pagarse por la obtención de una cosa similar en el mercado ⁴⁷.

II. El contrato como proceso

1. Periodo precontractual-poscontractual y vínculos de larga duración.

La dimensión temporal ⁴⁸ estudia el redimensionamiento de los elementos, efectos y responsabilidad en el periodo precontractual, poscontractual y los vínculos de larga duración.

⁴⁶ MORALES MORENO, op. cit., pág. 294.

⁴⁷ Las ventajas del sistema anglosajón para el vendedor son evidentes: si no cumple, no es obligado a fabricar y entregar una mercadería que no quería fabricar ni entregar, porque, probablemente, era antieconómico hacerlo. En cambio, entregará una suma de dinero para que el comprador la adquiera a otro oferente en el mercado. De ese modo se asignan mejor los recursos, porque la mercadería será fabricada y entregada por quien la haga al menor costo. La bibliografía en este tema es abundante: confr. por todos TREITEL, *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1989.

⁴⁸ Ampliamos en “El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración (a propósito de la medicina prepaaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia)”, L.L. 1997-E-1103.

El contrato fue concebido con un comienzo a través del consentimiento y un fin, por efecto de alguna causa de extinción; su estudio se pareció entonces a una fotografía estática. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo. La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad ⁴⁹.

Estos vínculos de larga duración plantean muchos desafíos, que involucran tanto el precio, como las prestaciones de hacer, de dar y el plazo y, sobre todo, la conmutatividad del negocio, que veremos seguidamente.

2. Reciprocidad dinámica en los contratos de larga duración

La noción de “reciprocidad”, o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra. Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original.

Para precisar la cuestión, conviene indicar que el objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, puede

⁴⁹ Relaciones que en otros tiempos eran instantáneas, se alongan en el tiempo: la adquisición de bienes industriales se hace a través del *leasing*, lo que transforma progresivamente una causa de cambio en una finalidad rentística de larga duración. Otros vínculos como el depósito, que siempre fueron de duración, presentan nuevos problemas derivados de la evolución tecnológica: ¿debe el Banco depositario de cajas de seguridad incorporar las nuevas tecnologías de seguridad? La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través de la locación o del *leasing*; adquirir una vivienda con un plazo de treinta años para el pago. De igual modo sucede con los círculos de ahorro para la adquisición de bienes determinados. También en los contratos de suministro entre empresas proveedoras de insumos o mercaderías, y en los contratos de asistencia tecnológica, que mediante cláusulas de exclusividad generan una dependencia de una parte hacia la otra, ocasionan problemas, cuando son de larga duración, por ejemplo, en la determinación arbitraria del precio. La empresa que recibe la asistencia o el suministro no puede discutirlo porque no puede dirigirse a otro proveedor en virtud de la cláusula de exclusividad.

prever una operación temporalmente extensa que requiere de una comprensión dinámica. Las modificaciones no se producen en el objeto del contrato, que sigue siendo la misma operación, ni tampoco se alteran las obligaciones de dar una suma de dinero, de dar una cosa o de hacer, de prestar un servicio, porque éstas son definidas en el momento genético.

Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda; los medios que se usan para cumplir con el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones.

Sin embargo, lo notable, es que los cambios en las prestaciones se reflejan en la ecuación de equilibrio e impactan en la comprensión del objeto.

En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica; es típicamente relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerlo, no es necesario hacer nada más.

En cambio, suministrar bienes a una empresa durante cinco años, o prestar servicios educativos, o pagar un círculo de ahorro para comprar un automóvil en cincuenta cuotas no es un concepto nítido ni es estático, porque los bienes a suministrar sufrirán cambios tecnológicos, porque los contenidos educativos mudaran, y porque habrá nuevos modelos de automóviles que sustituirán al previsto al suscribir el contrato de ahorro.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la commutividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

3. La desmaterialización del objeto: contratos relacionales

Para obtener la característica de “adaptabilidad”, el objeto debe desmaterializarse: no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo, ya que como dijimos en el punto anterior,

el objeto se transforma en una envoltura, en un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad.

En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales ⁵⁰, que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace “presente” lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa).

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable.

En el campo de las *networks* el contrato es una relación entre empresas basada en la cooperación. Se trata de vínculos múltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a esas redes.

Resumiendo: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos.

4. La dimensión temporal en la teoría de la empresa y del consumo

La temporalidad impacta en la empresa, obligándola a una reformulación permanente, lo que para algunos teóricos ha significado la necesidad de abandonar la concepción “orgánica”, o “institucional”, que es demasiado estática, para pasar a concebirla como una serie de acuerdos contractuales de larga duración entre los propietarios de los factores de

⁵⁰ Principalmente desarrollada por Ian MACNEIL, *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale Univ., 1980. Del mismo autor “The many futures of contracts”, *California Law Review*, vol. 47, pág. 691 y ss..

producción⁵¹. La empresa va sustituyendo los precios por los salarios, el intercambio de mercado por relaciones jerárquicas, los acuerdos instantáneos en los que hay que establecer precios, por vínculos de larga duración en los que el recurso no se compra, sino que se gestiona; cuando logra la situación óptima, cambian las condiciones del mercado, porque se alteran los precios relativos, surge la necesidad de nuevos productos, y entonces se terciariza lo que se había internalizado, y se hacen nuevas alianzas.

Desde el punto de vista del consumidor, los acuerdos de larga duración disminuyen sus costes de información, porque sería muy caro el tener que contratar con muchas empresas individuales para comprar un producto compuesto. Todas las transacciones que tendrían que realizarse en este caso requerirían que un gran número de individuos tuvieran un gran conocimiento de los distintos componentes del producto y que se realizaran muchas medidas y valoraciones de la producción. Por lo tanto, el coste que supondría para un consumidor el determinar el precio de los distintos componentes es probable que fuera alto si la producción del mencionado producto se realizara dentro del sistema de precios. Como alternativa, la producción se puede organizar dentro de una empresa donde existe un agente central que establece contratos bilaterales de larga duración con cada uno de los propietarios de los factores de producción y que vende el producto final a los compradores.

La elección de la forma contractual depende del coste relativo de contratación de cada uno de los distintos acuerdos contractuales.

Formalmente, podemos decir que una empresa que ha podido comenzar siendo una empresa individual, crecerá hasta que los beneficios

⁵¹ Véase, por ejemplo, Armen A. ALCHIAN (1965). "The basis of some recent advances in the theory of management of the firm". *Journal of Industrial Economics* 14: 30-41; ídem (1984). "Specificity, specialization, and coalitions". *Journal of Law and Theoretical Economics* 140 (Nº 1): 34-39; Benjamin KLEIN; Robert G. CRAWFORD; and Armen A. ALCHIAN (1978). "Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process". *Journal of Law and Economics* 21 (Nº 2): 297-326. Armen A. ALCHIAN and Harold DEMSETZ (1972). "Production, information costs, and economic organization". *American Economic Review* 62 (diciembre, Nº 5): 777-795. Oliver E. WILLIAMSON (1975). *Markets and hierarchies: analysis and antritrust implications*. Nueva York: Free Press; ídem (1985). *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nueva York: Free Press.

marginales derivados de la internalización de una actividad adicional (la reducción del coste de realizar transacciones en muchos mercados) sean iguales a los costes marginales de la internalización de una actividad adicional (el aumento de los costes de agencia internos). De allí la permanente oscilación entre internalización y terciarización de actividades, las que tienen una relación directa con los costos de los acuerdos contractuales y con los nuevos productos complejos que requieren acuerdos estratégicos de empresas muy diferentes.

III. El contrato como parte de un grupo: redes contractuales

La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes, no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan⁵². El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de contratos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios.

Este enfoque permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red⁵³. El grupo que surge de esa manera, no es sólo una unión convencional de contratos, que puede ser analizada mediante el examen de los vínculos individuales. Se requiere una comprensión del sistema y por ello, de una teoría sistemática.

Las redes contractuales deben ser captadas en dos planos, referidos a sus aspectos internos y externos.

⁵² Hemos tratado este tema ampliamente en “Redes contractuales: contratos conexos y responsabilidad”, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 17, Rubinzal y Culzoni.

⁵³ En materia de tarjetas de créditos, la ley 25.065 tiene dos normas importantes para este tema. La primera es el art. 1° que dice que “se entiende por sistema de tarjeta de crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es...”. Es decir, la ley regula el sistema de contratos vinculados a una finalidad y no cada vínculo aisladamente. La segunda disposición se refiere a las cláusulas abusivas, consagrando la nulidad de aquellas que establezcan adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito (art. 14 inc. j), relacionando la abusividad con la conexidad.

1. Relaciones entre las partes: elementos y deberes sistemáticos

En las relaciones internas, las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración entre las partes que la integran. El elemento unificador es la conexidad, que debemos diferenciar claramente de la integración total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistemáticas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta y, además, deberes referidos al sistema que integran.

2. Relaciones de la red con los consumidores

Los consumidores se vinculan jurídicamente con un integrante de la red, pero los que realmente intervienen en el proceso de fabricación y distribución del producto o servicio son numerosos sujetos. Ello ha llevado a superar el obstáculo del principio relativo de los contratos, permitiendo demandar a quien no ha contratado, en supuestos específicos:

1. Responsabilidad por el hecho de dependientes: a través de una interpretación amplia de la garantía por el hecho de dependientes, se puede encontrar una “autorización” de un integrante de la red hacia otro. Es el caso del fabricante que autoriza a un servicio único para sus productos.

2. Responsabilidad por control: una clase de control específico, sobre la prestación, puede provocar responsabilidad.

3. Responsabilidad por la apariencia: la apariencia jurídica creada, puede dar lugar a acciones contra el titular de la marca de un producto elaborado.

4. Responsabilidad en las relaciones de consumo: basada en la imputación solidaria a todos los integrantes de la red conforme al art. 40 de la ley 24.240.

IV. El contrato y la instituciones

1. La relación entre las instituciones y el contrato

¿Es importante el marco institucional para los contratos? Veamos algunos ejemplos:

A. La actividad agraria

La actividad agraria era conocida por su estabilidad y seguridad, pero hoy ha dejado de serlo: el hombre de campo ve con asombro que el precio de los productos que vende surge de cotizaciones propias de mercados financieros con grandes oscilaciones⁵⁴; los costos le son ajenos, ya que la mayoría de ellos escapa a su capacidad de decisión⁵⁵; la tecnología cambia aceleradamente, lo que le obliga a depender de ella y adelantarse a los cambios; el gusto de los consumidores varía y está influenciado por el marketing⁵⁶; el clima también se altera por los cambios ecológicos.

Se ha alterado sustancialmente el contexto y se pregunta: ¿qué clase de contratos debe celebrar para ser precavido?

B. La actividad industrial y los servicios

La actividad industrial ha liderado los cambios. La empresa como centro imputativo desaparece por el proceso de subcontratación masiva⁵⁷. El proceso de compras y fusiones remodela las escalas de gestión, de producción,

⁵⁴ Los mercados de productos agrarios se transformaron en especulaciones sobre commodities, y están sometidos a una inestabilidad propia de las bolsas.

⁵⁵ Así sucede con los costos tributarios, de exportación, los precios de los combustibles, de los insumos.

⁵⁶ Son notorias las oscilaciones en el consumo de carne, de vino, de cereales en los últimos años.

⁵⁷ Conf FORBES, Annual Report, January 1999. Se analiza el fenómeno de la elaboración de automóviles, señalando que los sujetos conocidos como “fabricantes”, se concentran en el diseño y mantenimiento de la marca, obligados por la necesidad de innovación constante. El resto de las partes se fabrica por otros sujetos subcontratados en distintas partes del mundo, donde es más barato producir, donde hay tecnología, recursos y mano de obra a menor precio. Se estima que al final de la década el 70% de un vehículo será fabricado por proveedores externos. Sobre la teoría económica de la empresa la

y de distribución, de un modo tan relevante que es un asunto completamente diferente. El producto se ha desmaterializado: debe ser modificado constantemente, empaquetado de modo presentable⁵⁸, asociado con servicios y con una marca mantenida por una propaganda constante.

Los servicios conviven en un mar de cambios. En los últimos veinte años el abogado vio desaparecer el ámbito tradicional de trabajo en el derecho laboral⁵⁹, en el derecho administrativo⁶⁰, empresario, daños, de modo tan rápido y contundente que una gran cantidad de ellos no saben cuál puede ser su campo de actuación profesional.

C. *Securitización y presupuestos institucionales*

La securitización deviene de “*security*” cuyo significado es “título valor”, de allí que también se lo denomine “titulización”⁶¹. La securitización es un proceso por el cual un conjunto de activos que presentan ciertas condiciones de homogeneidad se reúnen en una cartera para ser afectados al pago de títulos emitidos con respaldo en dicha cartera⁶², es movilizar una cartera de activos relativamente ilíquidos a través de la emisión de títulos valores.

bibliografía es abundante. Entre los principales están los clásicos trabajos de: Ronald COASE, *The nature of the firm*; Armen ALCHIAN - Harold DEMSETZ, “Production, information cost, and economic organization”, *American Economic Review*, 1972.; DEMSETZ, “The structure of ownership and the theory of the firm”, *Journal of Law and Economics*, 1983, jun. Oliver WILLAMSON, *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, Nueva York: Free Press.

⁵⁸ El *packaging*, es decir el empaquetado, es una gran parte de la atracción.

⁵⁹ Los juicios laborales por accidentes de trabajo desaparecieron al transferirse el sistema a la seguridad social, las causas por suspensiones y despidos han disminuido en su cantidad por la debilidad jurídica y económica del trabajador frente a la presión del desempleo y por la baja del salario real, que disminuye el valor económico de los pleitos.

⁶⁰ La acelerada privatización y la crisis económica del Estado, disminuyeron sensiblemente el campo profesional del abogado administrativista.

⁶¹ La ley 24.441 utiliza el término “titulización de activos” (art. 83).

⁶² Luis O. ANDORNO, “La securitización de activos y las letras hipotecarias en la ley 24.441”, J.A. 17/9/97, N° 6055, pág. 9. Martín PAOLANTONIO, *Fondos comunes de inversión*, Buenos Aires, Depalma, 1994; Silvio LISOPRAWSKI, “La securitización. Necesidad de una regulación del fideicomiso financiero”, L.L. 1994-B-1177. ORELLE, en op. cit., dice: “La securitización es el proceso a través del cual los bancos y otras entidades financieras podrán vender o financiar activos transformándolos en instrumentos de mercado de

A ningún individuo se le ocurrió salir a la calle a “securitizar”, sino que ello es consecuencia de una serie de presupuestos institucionales⁶³ para que este proceso ocurra:

1. En primer lugar debe existir, obviamente, un mercado organizado institucionalmente, lo cual importa la existencia de una acelerada dinámica de oferta y demanda, en este caso, de créditos. La entidad financiera puede ser acreedora o cesionaria del crédito causado por el contrato primario. Ubicada en tal posición jurídica, su expectativa de ganancia es de mediano plazo, ya que debe esperar que se cumpla el tiempo de cumplimiento de las cuotas pactadas en la compraventa o mutuo; sin embargo, observa que si tuviera ese dinero disponible, podría obtener mejores ganancias dándole otro destino. Surge entonces la necesidad de hacer líquida una acreencia cierta pero ilíquida.

2. Creación de un mercado secundario: el mercado primario de créditos es el que se origina en la cesión de un crédito por parte de un acreedor a un tercero, y es el más conocido. El mercado secundario es el que surge a partir de esa cesión, y lo realiza ese tercero, mediante la comercialización a otros terceros. En el mercado primario, el inversor toma en cuenta el riesgo comercial de la empresa y la capacidad de pago; en el mercado secundario al invertirse sobre títulos valores, no se toma en cuenta el riesgo comercial, sino exclusivamente la capacidad de repago⁶⁴.

3. En el mercado secundario, los inversores desconocen absolutamente quién es el deudor y quién es el acreedor⁶⁵, y por ello, para que alguien sea incentivado a invertir en esas condiciones, se necesita dar seguridad; es preciso entonces una legislación adecuada sobre títulos valores.

capital con mayor liquidez y menor riesgo”. HIGHTON y otros (ob. cit., pág. 61) dicen: “... la titulización consiste en el proceso de convertir los flujos de fondos originados por activos ilíquidos en títulos valores -denominados por ello *asset-backed securities*-, los que se colocan entre los inversores”.

⁶³ El marco institucional es el que permite el desarrollo mayor o menor de una institución así como su grado de eficiencia.

⁶⁴ Ello disminuye los costos del crédito al evitar la calificación del riesgo comercial, que se difunde y diversifica.

⁶⁵ Por ejemplo, desde Argentina se puede invertir en el mercado de hipotecas de Estados Unidos.

4. Quien invierte en el mercado secundario precisa de información, y como el costo de obtenerla por sí mismo es demasiado alto, es preciso que sea suministrado por el mercado a un costo inferior, disminuyendo los costos de transacción. De allí la necesidad de las calificadoras de riesgo y de las empresas auditoras.

5. El inversor está atomizado, no tiene relación directa con el bien, porque no es una hipoteca donde rige el principio de especialidad respecto de un crédito y de un bien, sino que tiene un título valor representativo de una copropiedad de un fondo común de inversión, que a su vez, es propietario fiduciario de una masa global de créditos. Se precisa entonces disminuir los riesgos: de allí la técnica de “patrimonios separados”, inmunidad respecto del poder de agresión de los acreedores del fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, y liquidación extrajudicial.

2. *El análisis neoinstitucional*

La teoría de la elección racional ha suministrado buenas herramientas para la comprensión modélica de la conducta humana, en especial, luego de las complementaciones que le suministró la teoría de los juegos. Desde esta perspectiva ⁶⁶, y una vez admitida la regla de la propiedad, el contrato sirve para adjudicar esa propiedad a quien la considera más valiosa, en el contexto de un mundo caracterizado por la escasez y conductas orientadas hacia el máximo beneficio individual. Modélicamente ⁶⁷, puede ser considerado un juego voluntario cooperativo de ganancia mutua, que admite regulaciones

⁶⁶ La literatura sobre la teoría liberal del contrato es muy numerosa, puesto que, explícita o implícitamente, ha fundado el desarrollo de esta institución durante gran parte de la historia de la humanidad. En Argentina no es muy frecuente dado que, o se lo da por presupuesto o se pretende ocultar el esquema económico y de principios que sustenta esta posición. En la doctrina internacional hay muy buenas obras que trabajan sobre la estructura de principios del contrato. Entre las que mejor desarrollan la teoría liberal ver: Richard EPTEN, *Simple rules for a complex world*, Harvard Univ. Press, 1995; Charles FRIED, *The contract as a promise*, con traducción al castellano). En las jornadas nacionales de derecho civil realizadas en la Universidad Católica de Buenos Aires, hemos procurado desarrollar el tema con base en principios de libertad e igualdad, lo que fue receptado en el despacho.

⁶⁷ La construcción de un modelo permite el análisis de las conductas en el contexto de la teoría de los juegos, lo cual es posible en tanto, más allá de las características individuales de color, raza, sexo, todos los individuos tienen una característica: quieren

institucionales a los fines de garantizar la libre entrada al mercado y la libertad de decisiones; por ello la doctrina liberal admite reglas limitativas del error, violencia, fraude, y más actualmente, las referidas a la presión económica y las basadas en la asimetría de informaciones.

Sin embargo, se ha observado una falta de coincidencia entre la conducta maximizadora de la riqueza y los resultados socialmente cooperadores que se esperaban de ella ⁶⁸. De ello surgieron nuevos enfoques y aportes, que no pretendemos desarrollar aquí, por su extensión y complejidad, pero que señalan la importancia del marco institucional como contexto de la acción humana. Es bueno señalar también que la teoría de la elección y de los juegos ha demostrado dificultades al incorporar el elemento temporal, lo cual es una dificultad teórica de importancia, toda vez que el resultado cambia cuando el juego es sometido a una repetición temporalmente dilatada ⁶⁹.

Las instituciones tienen una importancia relevante en el desarrollo de los pueblos y en la contratación: el modo en que distribuyen la información, incrementan o disminuyen los costos de negociación es decisivo en los contratos ⁷⁰.

más, buscan la maximización del beneficio. De ello se puede extraer una regla abstracta para la construcción del modelo.

⁶⁸ El supuesto de que una multiplicidad de acciones racionalmente maximizadoras de la riqueza conduce a un resultado social también maximizador, ha sido fuente de muchos debates en los últimos años.

⁶⁹ Conf. Robert AXELROD, *The evolution of cooperation*, Nueva York, Basic Books, 1984. Por ejemplo, cuando el “dilema del prisionero” (que es un “clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos), se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.

⁷⁰ En este sentido, la comunidad académica ha rendido tributo a Douglas North, concediéndole el premio Nobel, fundamentalmente por sus aportes en este campo. NORTH (*Instituciones, institucional change and economic performance*, Cambridge Univ. Press, 1990) señala que los costos de la información son la clave de los costos de la negociación, que se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que está intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos. Estas mediciones y esta compulsión tienen costos que son fuentes de instituciones sociales, políticas y económicas. Como curiosidad citamos una expresión del autor: “Wallis y North (1986), *al medir el volumen de los costos de negociación que privan en el mercado (como son los costos relacionados con la banca, los seguros, las fianzas, las ventas al mayoreo y el comercio al menudeo) o, en términos de ocupaciones (con abogados, contadores, etc.) en la economía de los Estados Unidos hallaron que más de el 45% de ingreso nacional se*

3. *La perspectiva institucional del derecho privado*

En el derecho privado, las herramientas jurídicas son concebidas como elaboración del sujeto: el testamento y el contrato son expresión de la voluntad, la responsabilidad civil es una sanción ante un acto voluntario ilícito; se concede poca atención a los bienes colectivos.

El derecho privado actual debe admitir una interrelación entre el marco institucional y los comportamientos individuales, superar la noción de “sujeto aislado” para arribar a una idea de “sujeto situado”. Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a las reglas institucionales que fijan los parámetros mínimos de esa organización.

La “progresiva referenciabilidad pública” del derecho privado es una verdadera necesidad ⁷¹.

En el campo contractual hay numerosos avances en este enfoque. Por ejemplo, se ha señalado que si en la época de la codificación el derecho mercantil era un derecho de contratos, ahora lo es de instituciones ⁷², en el sentido en que las regulaciones exceden en mucho el mero intercambio interpartes, para aprehender el fenómeno sistemático típico de cada sector, incluyendo aspectos relativos al control público, a la defensa del consumidor, a la previsibilidad económica, a la organización de la competencia, y lógicamente, a los contratos. En muchos casos esta institucionalización abarca cuestiones tan poco tradicionales como el impacto ambiental, social, y urbanístico, que es cada vez más característico, sobre todo en el caso de los grandes hipermercados de consumo.

Es necesario ampliar el campo de aplicación de la dogmática civilista tradicional, trascender la bilateralidad, para ensayar una dogmática sistemática, que tenga por objeto de análisis el sistema de normas fundamentales, dando cabida así a la contemplación del supuesto de hecho bilateral y estructural.

dedicó a las negociaciones y, además, que este porcentaje se había incrementado en un 25% desde hace un siglo. Así, pues, los recursos de la economía consumidos en negociaciones son crecientes y de gran magnitud”.

⁷¹ Ampliamos este tema en *Las normas fundamentales...*, cit..

⁷² JOSEBA ECHEBARRÍA SAENZ, *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1995, pág. XXXVII.

TERCERA PARTE: LA EXPANSIÓN DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

I. La llamada “deshumanización” del contrato

El racionalismo iluminista y la codificación decimonónica vincularon estrechamente el contrato con el consentimiento, y a éste con la expresión de voluntad libremente ejercida por un sujeto. Es una categoría conceptual de base subjetivista⁷³, que lleva a considerar que sólo hay obligación contractual cuando hay acuerdo de dos o mas voluntades, y éstas existen sólo cuando hay discernimiento, intención y libertad.

En la contratación electrónica puede resultar muy difícil constatar que hay discernimiento de quien maneja una computadora; puede ser extremadamente arduo verificar si tuvo una intención real de obligarse; puede ser imposible probar que hay error, dolo o violencia. Además, puede ocurrir, que la declaración sea automáticamente elaborada por una computadora y que la presencia del sujeto sea sólo mediata, al programar la computadora, pero no inmediata en el acto de celebración. Estas dificultades existen en numerosos vínculos en los que se utilizan máquinas automáticas, módulos, formularios, electrónica, telemática, en los que se transforma agudamente el consentimiento.

Esta mudanza puede ser muy perturbadora de las nociones básicas del contrato, y puede llevar a una concepción objetiva, en la que la obligación contractual sea un fenómeno de atribución de efectos jurídicos, basados en la voluntad, pero que también admite otros supuestos derivados directamente de la ley.

Este tema comenzó a tratarse bajo un título más general, vinculado al deterioro de la noción de sujeto, que advirtió la filosofía⁷⁴. En la teoría de los contratos se habla de la “deshumanización del contrato”⁷⁵, de un

⁷³ Ampliamos en *Las normas fundamentales...*, cit..

⁷⁴ Michel FOUCAULT, *La arqueología del saber*, Siglo XXI.

⁷⁵ Giorgio OPPO, “¿Disumanizzazione del contratto?”, *Rivista di Diritto Civile*, 1998, N° 5, pág. 525.

acuerdo sin contrato ⁷⁶, y una objetivación del intercambio. Se dice que no hay un consenso basado en la yuxtaposición de voluntades, sino actos unilaterales de autonomía, que se exponen sin mezclarse ⁷⁷. Agudamente se ha observado ⁷⁸ que hay un acuerdo pero no contrato, no hay un verdadero consenso, ni diálogo, ya que el acuerdo de este tipo se caracteriza por la anulación de la función de la lengua, y se pasa del diálogo al silencio. Una parte expone y la otra elige, hay una solitaria unilateralidad de dos decisiones; la computadora muestra la primacía de la cosa, de la imagen; se utiliza una lengua técnica distinta de la ordinaria. Ello puede influir sobre la interpretación, ya que no sería posible aplicar las reglas legales de la hermenéutica contractual a los contratos telemáticos, ni tampoco los usos y costumbres locales ⁷⁹ dado que se utiliza un lenguaje técnico y simbólico que carece de ambigüedad, que es presupuesto indispensable de la interpretación ⁸⁰. En una economía como la actual, donde ha perdido relevancia la singularidad de la voluntad y predomina el acto repetitivo y uniforme, hay una crisis del negocio jurídico como autorregulación de intereses privados, el que pasó a ocupar un lugar residual, y se asiste a una nueva fase: la posnegocialidad. El negocio es una categoría metahistórica y, como tal, perimida, digna de nostalgia científica.

Esta posición ha sido criticada, afirmándose que el “postismo”, es una enfermedad que lleva a la muerte: la muerte del derecho subjetivo, del matrimonio, del contrato, del testamento, del derecho frente a la economía ⁸¹. No está en crisis el contrato, sino un particular modo histórico de entender el negocio, pero el contrato conserva siempre su significado ⁸². Específicamente en relación con el acuerdo telemático, se ha señalado que debe ser insertado o adaptado a

⁷⁶ Natalino IRTI, “Scambio senza accordo”, Riv. Trim. Diritto Civile, 1998, pág. 347.

⁷⁷ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padua, 1996.

⁷⁸ Natalino IRTI, “Scambio senza accordo”, Riv. Trim. Diritto Civile, 1998, pág. 347; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Turín, 1990, pág. 40.

⁷⁹ Sobre el “standard virtual” ampliamos en el capítulo primero.

⁸⁰ Natalino IRTI, “Principi e problemi di interpretazione contrattuale”, Rivista Trimestrale di Diritto E Procedura Civile, 1999, págs. 1166-1169.

⁸¹ Vincenzo SCALISI, “La teoría del negozio giurídico a cento anni dal BGB”, Riv. Diritto Civile, 1998, N° 5, pág. 535.

⁸² Alberto TRABUCCHI, “Il contratto come fatto giurídico. L'accordo, L'impegno”, in *Silloges per Oppo I*, Padua, 1992, pág. 4

la tradición consensualista⁸³. Compartiendo estas ideas, Gorla se imagina un sistema donde la regla no fuera el consentimiento, sino la voluntad unilateral; puede formularse una regla general que afirmara que la sola existencia de una voluntad de autoobligarse generadora de confianza produce obligación. Considera el autor que semejante principio es poco práctico y no fue aceptado por ningún ordenamiento; en los derechos de origen latino, la promesa requiere de la aceptación para que se configure una obligación, mientras que en el *common law* no se requiere esa aceptación, sino el cumplimiento de la *consideration* con base en la confianza⁸⁴. Los autores del *civil law* están mayoritariamente convencidos de la necesidad del consentimiento como causa de la obligación, pero en realidad, la concepción del contrato como acuerdo o fusión de voluntades nos oculta que la existencia de la aceptación es nada más que un *vestmentum*⁸⁵. La existencia de un intercambio negocial objetivo, o una expectativa de confianza es considerada sólo una fuente de prueba de la existencia de voluntad de obligarse⁸⁶.

En nuestra opinión⁸⁷ debe admitirse que dentro de la noción de contrato, hay una multiplicidad de factores de atribución de los efectos obligacionales. La contratación actual, como la sociedad, evoluciona hacia múltiples subsistemas autónomos; el supuesto de hecho único, el “ideal” del contrato está fragmentado: hay relaciones por adhesión, de consumo, megacontratos entre grandes empresas, relaciones con las pequeñas y medianas empresas, los vínculos internacionales, y muchos otros.

II. Pluralidad de factores de atribución de la obligación

Frente a esta diversificación, no es sensato mantenerse en la simplicidad, porque ello conduce a la esterilidad e ineficacia de las herramientas jurídicas.

⁸³ A. GAMBINO, *L'a accordo telematico*, Milán, 1997.

⁸⁴ Gino GORLA, *El contratto. Problemi fondamentali tratti con il metodo comparativo e casuístico*, t. I, pág. 234.

⁸⁵ Gino GORLA, *El contratto...* cit., pág. 234.

⁸⁶ Gino GORLA, *El contratto...* cit., pág. 449.

⁸⁷ Ampliamos sobre este tema en Ricardo LORENZETTI, “Esquema de una teoría sistémica del contrato”, L.L. 1999-E-1168.

Hay que aceptar la diversificación generando respuestas diferenciadas y ajustadas a cada *fattispecie*. No es más que poner a la ciencia jurídica a tono con el resto de las ciencias y con la sociedad; la pluralidad es una característica de la posmodernidad ⁸⁸, así como la segmentación es inherente a una economía evolucionada.

En el contrato hay pluralidad de factores de atribución de los efectos obligacionales, los cuales pueden surgir de la autonomía de la voluntad, pero también de la apariencia, la buena fe o la autorresponsabilidad del agente ⁸⁹. Esta afirmación no lleva a suprimir la autonomía privada: en el plano de los principios conserva su rol preponderante, pero en el ámbito de las reglas, no lo mantiene, porque varía según el supuesto hecho.

También hay pluralidad y segmentación en el proceso de formación del contrato:

- El consentimiento contractual, caracterizado por el intercambio de posiciones entre las partes hasta alcanzar un “común sentir”, es la modalidad regulada en los códigos civiles y que se tiene en cuenta como forma standard para la denominada “teoría general”.

- La adhesión, y no el consentimiento, se aplica al caso en que una de las partes asiente contratar con base en condiciones redactadas previamente por la obra.

- El contrato celebrado por consumidores, que está sujeto a una regulación especial, admite un proceso de formación donde la publicidad tiene efectos heterónomos, donde la conducta previa y las prácticas comerciales pueden ser integradas al *concensus*.

- La oferta con base en la apariencia y la aceptación con base en la confianza, propia de sistemas de alta evolución tecnológica, que veremos seguidamente.

⁸⁸ Confr. Erik JAYME, “Osservazioni per una teoría postmoderna della comparazione giuridica”, *Rivista di Diritto Civile* N° 6, Padua, Cedam, 1997. Claudia LIMA MÁRQUEZ, *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, Arquivos do Ministerio da Justicia, Brasilia, 1999.

⁸⁹ Hemos desarrollado esta tesis en *Las normas fundamentales de derecho privado*, cit., en el capítulo destinado a la teoría crítica de los contratos. También ver el reciente y excelente ensayo de Miguel Federico DE LORENZO “Autoría e imputación en el ámbito contractual”, L.L. 1998-C-121.

La tesis que presentamos acepta la regla general del consentimiento, admite numerosas excepciones en grandes categorías definidas, y no excluye los abordajes teóricos basados en la teoría de la conducta y de los juegos. La mayoría de los autores que estudian profundamente el tema de los contratos, utilizan estas herramientas analíticas que son válidas en cualquier campo analítico, que es diferente de la dogmática. Sirven incluso para analizar y fundamentar la necesidad de utilizar la apariencia jurídica como veremos en el punto siguiente.

III. La oferta como apariencia y la aceptación como confianza

El sistema informático, la red global, la economía de la información constituyen un “sistema experto”⁹⁰, los que son calificados como sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos. El sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer el dueño ni al responsable⁹¹. Frente a este fenómeno, tanto las conductas de los empresarios como de los consumidores cambian sustancialmente, apartándose de los modelos de elección racional que inspiraron las legislaciones codificadas. Por ejemplo, el consumidor o usuario actual podría ser considerado negligente si se aplicara un standard contractual clásico, porque las pruebas que realiza para verificar los datos suministrados antes de contratar son muy pocas y generalmente inicuas; actúa con base en un conocimiento inductivo débil. Pero no se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar razonablemente cada acto, sería imposible vivir, y los costos de transacción serían altísimos⁹². La conducta individual tiende a simplificar, reduciendo esos costos y el agotamiento psicológico que significaría pretender entender cada uno de

⁹⁰ Anthony GIDDENS, *The consequences of modernity*, Polity Press, 1990, con traducción al castellano: *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, 1997.

⁹¹ Situación que se presenta particularmente en los grupos o redes de contratos. Ampliamos en nuestro *Tratado de los contratos*, t. I.

⁹² Deberíamos subir a un avión acompañados de un ingeniero, un piloto, un abogado y un cocinero.

los sistemas con los cuales uno se relaciona⁹³. Un ser racionalmente orientado no podría vivir, porque debería solicitar información sobre cada sistema, conocerlo, y luego actuar⁹⁴.

En este contexto, es claro que los modelos de comportamiento racional y los standards de “contratante medio”, obligan a reformular nociones: la conducta del individuo se basa en la confianza y ésta se construye con base en la apariencia que crea el sistema experto.

Como principio jurídico y regla hermenéutica tanto la confianza como la apariencia significan que se da primacía a lo objetivamente declarado; “*quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella*”⁹⁵.

Como principio jurídico es susceptible de ponderación con otros principios competitivos, conforme con el siguiente régimen:

- Como regla general debe partirse del principio de la autonomía privada, que es un derivado de la autodeterminación de la persona. El fundamento debe ubicarse en los derechos humanos como límite al poder⁹⁶, en la necesidad de preservar un ámbito de libertad individual, que sólo se extiende cuando hay consenso: sólo cuando el sujeto lo desea, puede existir obligación⁹⁷.

- El principio anterior es corregido, limitado, por la seguridad jurídica como expectativa de cumplimiento. Por derivación de la seguridad y confianza en el tráfico, sabemos que hay situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación con base en la confianza, autorizan a imputar obligaciones, allí donde el sujeto no las estableció expresamente.

⁹³ El problema surge cuando la información es útil pero costosa de obtener, y al individuo se le plantea la necesidad de obtener información a un costo que iguale su valor marginal esperado (Jon ELSTER, *Juicios salomónicos*, Gedisa, pág. 23).

⁹⁴ El exceso de pretensiones de conocimientos genéricos; “el hombre que sabía demasiado”, como Funes el memorioso (Borges), han sido descriptos en la literaturas como modelos de saturación. En tiempos de los abuelos que vivieron hasta la mitad del siglo XX, se conocía cada cosa, su forma de hacerla, mediante un conocimiento artesanal del entorno que hoy sería no sólo imposible, sino inconveniente.

⁹⁵ JOSSERAND, *Derecho civil*, Buenos Aires, EJE, t. II, vol. I, pág. 393.

⁹⁶ Ampliamos en nuestro libro *Las normas fundamentales...*, cit..

⁹⁷ Sobre este fundamento ver Jesús AGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 56.

- El equilibrio razonado entre estos elementos da la medida justa en el caso concreto: cuando menos objetiva sea la situación, y menos generalizada la creencia, menos razón hay para creer, de modo que aumentarán los deberes de información. Ambas reglas funcionan como vasos comunicantes, de modo que al aumentar una, disminuye la otra y viceversa.

En estos supuestos, tanto el consentimiento como la adhesión resultan conceptos insuficientes, porque existen asignaciones de efectos jurídicos que no están conectadas con una declaración de voluntad directa, sino con comportamientos objetivos a los que el ordenamiento les adjudica consecuencias. Desde el punto de vista del oferente, no resulta obligado por su voluntad, sino por la apariencia jurídica creada; se trata de un fenómeno imputativo de efectos negociales con base en la regla de la primacía de lo declarado por sobre las intenciones. Desde el punto de vista del aceptante, no interesa tanto su voluntad, como la confianza que prestó para aceptar. La confianza remodela la declaración de voluntad del aceptante, según el significado que el receptor podía y debía conferirle con miras en todas las circunstancias, en el sentido que la buena fe puede razonablemente darle ⁹⁸.

CUARTA PARTE: CONTRATO Y MERCADO

La teoría clásica entendía al contrato como fenómeno económicamente neutro. Esto no es así, tiene efectos distributivos. Desde el análisis económico se ha puesto de relieve el efecto redistributivo que tienen las normas contractuales.

La relación entre el “contrato” y el “mercado”, es esencial para la sociedad civil de nuestros días.

El análisis particularizado en el contrato impide muchas veces percibir la globalidad del “negocio” celebrado. La venta a bajo precio (contrato), puede buscar la eliminación de un competidor (negocio) y transformarse en ilícita a la luz de la regulación de la competencia.

⁹⁸ Juan Carlos REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, págs. 376 a 410.

Tanto las normas derivadas de la autonomía privada como las regulaciones intervencionistas tienen efectos económicos distributivos.

En la norma privada, se advierten disposiciones que trasladan los riesgos de una parte a la otra o bien a terceros. En la norma de orden público, se visualiza una dirección de la economía, o la protección de determinados sectores, todo lo cual importa traslación de efectos económicos.

La figura del contrato siempre ha cumplido funciones económicas, individuales y macroeconómicas.

Cuando se la introduce en el Código Civil francés, era el fruto de una búsqueda de equilibrio entre la pretensión de la clase comerciante de apropiarse de los recursos de la tierra y las exigencias de la clase propietaria, en defensa de la propiedad; el principio del *solus consensus obligat*, favorecía a la clase comerciante.

Con el surgimiento de la clase empresarial, se privilegia el acto de venta. Es así que el acto de comercio recibe un subsidio generalizado, con normas flexibles, y con la ausencia de la figura del consumidor.

Actualmente importa la regulación de la actividad económica en su conjunto; producción, comercialización y consumo.

La producción y comercialización de bienes es subsidiada, mediante una serie de técnicas contractuales. Basta comparar la rigidez del modelo societario con la flexibilidad del contrato asociativo, o la distribución de bienes mediante ventas sucesivas con la técnica de la franquicia.

También comienzan a ponerse límites al subsidio del acto de venta para privilegiarse el acto de consumo.

De lo que se trata actualmente es de favorecer el acceso al consumo. Existe una evidente falla de mercado, que tiene visos de ser estructural, mediante la cual los bienes no llegan a los consumidores.

Hay una gran masa de excluidos del consumo; de lo que se trata es de instrumentar normas de orden público que flexibilicen ese acceso en condiciones de calidad y seguridad aceptables.

Para que esto sea posible hay que reforzar el acceso al consentimiento pleno, despejando las dudas individuales (intervención como garantía subjetiva al consentimiento pleno) y ubicando a las partes en igualdad material de expresión (orden público de protección).

Estas últimas normas se conforman como garantías mínimas en un derecho civil constitucionalizado.

Consecuentemente, el contrato de la sociedad contemporánea está atravesado por las normas constitucionales que a través de la operatividad de los derechos fundamentales, crea un entorno para que sus efectos sean más equitativos y justos.

LA ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL A INICIOS DEL TERCER MILENIO *

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Agradezco profundamente al Dr. Frías sus cálidas y generosas palabras de presentación y a esta Academia Nacional de Derecho por incorporarme a la institución, entidad en la cual - tal como lo señala el Dr. Frías en la “Introducción” a la segunda edición de la *Reseña histórica* de la Academia- la memoria de nombres y trabajos, expresa elocuentemente la pasión por la justicia, el cultivo del derecho, la superación de las inercias sociales.

El sillón “Félix Sarría”, que se me adjudica, fue creado el 16 de julio de 1974, en memoria al académico de número, miembro fundador de la Academia, primer presidente de la Sección de Derecho Público de la Academia, fallecido el 10 de setiembre de 1969 y fue adjudicado al Dr. Jesús Luis Abad Hernando ¹, nacido el 13 de agosto de 1927, egresado del Colegio Nacional de Monserrat, diplomado de la Universidad Nacional de Córdoba con múltiples títulos: notario, abogado, doctor en Derecho y Ciencias Sociales (habiendo merecido, en 1964, su tesis sobre la *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo* calificación de sobresaliente y recomendación de publicación ²). También obtuvo el título de traductor público y profesor de idioma italiano de la Escuela Superior de la Lenguas de la UNC.

Su carrera docente, al igual que sus estudios, expresó su multifacética personalidad ya que fue profesor adjunto por concurso, durante más de

* Conferencia pronunciada en el acto de su recepción como académico de número el 15/5/01.

¹ Incorporado a la Academia el 13 de diciembre de 1972.

² Trabajo que, publicado, llevó prólogo del Dr. Félix Sarría.

diez años, de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, profesor titular por concurso de la Cátedra “A” de Derecho Administrativo, profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Córdoba, profesor de lengua italiana en la Escuela Superior de Lenguas de la UNC, donde también dictó la cátedra de Pedagogía en las carreras de Alemán, Italiano, Inglés y Castellano. Es de recordar que fue director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, el que, precisamente, llevara el nombre de “Dr. Félix Sarría”. También ha sido miembro de la Comisión Directiva del Departamento de Graduados de la misma Facultad. Por mi parte he tenido la suerte de ser alumna del profesor Abad tanto en la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional como en la de Pedagogía de la Escuela Superior de Lenguas.

Su reconocida dedicación a la docencia no le impidió desempeñar destacados cargos en distintos organismos oficiales, provinciales y nacionales. Entre ellos, el de fiscal de Estado de la Provincia de Córdoba, vocal del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba, conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Precisamente, este tipo de obligaciones son las que lo llevaron a trasladarse a Buenos Aires.

Entre sus numerosas publicaciones se destacan:

* *Humanismo integral: Solución educativa de hoy*, orientación que luce notoriamente actual hoy como en el momento de su redacción.

* *La autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo* (tesis doctoral).

* *La operatividad de los derechos de libertad y sus garantías reconocidas por la Constitución*.

* *Intervención judicial a requerimiento de la autoridad de contralor* (Primer Congreso de Derecho Societario, Córdoba, 1977)

* *Estudios de derecho administrativo* (obra dedicada a sus tres hijas Julia ³, Eugenia y Cecilia, a las que llamara “las tres Marías”)

* La denuncia de legitimidad en el derecho administrativo argentino

³ Hija que llevara el nombre de su madre: Julia Solá.

Fue autor de numerosos proyectos y anteproyectos de ley, entre ellos:

* Anteproyecto de ley sobre inhabilidades e incompatibilidades (Córdoba, 1965).

* Ley sobre empresas del Estado.

* Proyecto integral de ordenamiento jurídico del H. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba.

* Digesto Municipal de Córdoba.

No he podido dejar de reflexionar sobre la circunstancia de que el sillón “Félix Sarría”, creado en homenaje a un académico administrativista y ocupado por otro administrativista, podía aparecer ajeno al quehacer de una estudiosa del derecho internacional, como es mi caso.

Sin embargo, el tema que he seleccionado para exponer en esta oportunidad: *La organización de la comunidad internacional a inicios del tercer milenio*, encuentra significativa vinculación con el derecho administrativo llevado al plano internacional. Ello, debido a que las principales crisis que ha sufrido la organización de la comunidad internacional, encuentran su meollo en la falta de capacidad de gobierno de los órganos internacionales existentes en el sistema mundial para encaminar el cumplimiento de las normas internacionales y el fomento de los intereses comunes de los distintos sujetos internacionales.

Tal como lo señalara el Dr. Jesús Abad Hernando en sus *Estudios de derecho administrativo*, la administración no significa la ejecución automática, mecánica, de una norma sino su realización material, oportuna, eficaz, efectiva.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es vista mayoritariamente como manifestación de la estructura institucional de la comunidad internacional. No obstante, la ONU, si bien no ha sido concebida como organización supranacional de carácter global, ni como un intento de gobierno mundial, a través de sus casi 56 años de vida, ha actuado, en varias oportunidades, en tal carácter. Tales circunstancias han dependido de la voluntad política de los Estados miembros más que de la estructura de la organización como tal, ya que el complejo entramado de órganos, subórganos y organismos especializados ha tornado al sistema difícilmente gobernable, lento, ineficiente.

Su debilidad de hoy es fruto de los problemas institucionales de operatividad con los que ha nacido y que no ha podido subsanar a través de las décadas. Ello hace que la ONU, simbólicamente, represente el orden institucionalizado de la comunidad internacional, pero en los hechos no sea más que el ámbito en el que se reflejan las confrontaciones de los Estados en una tensión que no encuentra canales adecuados de armonización de intereses. Hasta ahora, más allá de su personalidad jurídica, en la realidad no ha llegado a constituir una persona propia. Vale hoy para la ONU lo que el Dr. Félix Sarría señalara al referirse a la “crisis del Estado” en su conferencia del 3 de mayo de 1963, en acto público en esta Academia, en la que destacó que lo colectivo no es la unidad. Lo colectivo no tiene una cabeza para pensar y un cuerpo para actuar. La ONU sigue siendo un colectivo que no tiene capacidad económica propia ni recursos militares independientes que le permitan gestionar sus propios intereses. La dependencia de los Estados miembros a la hora de desplegar su rol coercitivo y pacificador, quita transparencia e imparcialidad (con ello legitimidad) a las medidas de acción. Ello hace que, a menudo, las decisiones del Consejo de Seguridad (C. de S.) de la ONU en materia de paz y seguridad internacionales -visualizadas habitualmente como acción legítima en nombre de la comunidad internacional- en los hechos, no sean más que el resultado de la prevalencia de intereses particulares del miembros.

La ONU sufre embates similares a los de la sociedad al interior de los Estados. La falta de eficacia de la ONU para responder a los crecientes reclamos de numerosos sectores de la comunidad internacional (predominantemente relacionados a reclamaciones étnicas de grupos largamente sometidos a regímenes de sojuzgamiento, a protestas surgidas del lento crecimiento o estancamiento económico y sus consecuencias sociales). La dificultad de la organización mundial para hacer frente a esos déficits ha contribuido a la pérdida de confianza en sus instituciones y su eficiencia administrativa y política, llevando a profundizar la deslegitimación del sistema y, con ello a graves problemas de gobernabilidad a nivel planetario. Ello, a falta de voluntad central, ha hecho que actores estratégicos hayan comenzado a moverse independientemente en el marco de nuevas interpretaciones de las reglas establecidas por el sistema onusiano.

Tal como lo señala Georges Abi-Saab, profesor de Derecho Internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra,

paradójicamente, el fin de la guerra fría más que conducir a la sociedad internacional a una comunidad global más integrada ha llevado a nuevos pleitos entre los miembros de la sociedad, emprendiendo camino en dirección contraria, con efectos des-socializantes y desintegrantes de las bases de la comunidad internacional ⁴.

En el quinquenio de euforia por el fin de la guerra fría, comprendido entre el fin de la década de los 80 y el inicio de los años 90, la ONU -mostrando eficiencia y cohesión tanto en lo sustantivo como en lo funcional- intervino exitosamente en varios conflictos internacionales, entre ellos: el consenso para la acción militar contra Irak por su ocupación de Kuwait (1991); el cese de fuego definitivo entre Irak e Irán (1992); el fin de la ocupación soviética (1989) y de la guerra civil (1992) en Afganistán; el fin de 12 años de guerra civil en El Salvador con un acuerdo celebrado en la sede misma de la ONU entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (1992). No obstante, la entente del período post guerra fría no duró mucho, encontrando el accionar de la ONU importantes escollos, particularmente notorios en el conflicto de la escisión de la ex RFS de Yugoslavia y en el fracaso de su acción en Somalia.

Las dos guerras mundiales han revolucionado las estructuras económicas y políticas del sistema internacional. También lo ha hecho el denominado fin de la guerra fría. Tras las dos grandes guerras, los Estados dominantes han establecido nuevas bases para estructurar las relaciones internacionales y establecer un orden que asegurara la paz entre los Estados. Sin embargo, tras el fin de la guerra fría, que conllevó un profundo cambio de la geografía mundial y del orden fáctico establecido tras la Segunda Guerra Mundial, el nuevo orden tarda en restablecerse ⁵. Algu-

⁴ G. ABI-SAAB, *Whither the International Community*, EJIL, Vol. 9, Nº 2.

⁵ No podemos dejar de recordar las propuestas de nuevo orden internacional formuladas *i.a.* en la Declaración de Bush de 1990, en la Declaración de Mitterrand de 1991, en el mensaje a Clinton por parte de Gorbachov (ya alejado del gobierno ruso) de 1993. Esas visualizaciones del nuevo orden se centraban en la necesidad de fortalecimiento de la ONU a través de: la ampliación del C. de S. de la ONU. con la incorporación de Alemania, Japón e India como miembros permanentes del órgano, de conformidad a la talla internacional de esos Estados; el fortalecimiento del poder de la institución para reprimir violación a normas básicas de derecho internacional, tales como las vinculadas a no agresión y protección de los derechos humanos fundamentales.

nos teóricos han denominado a esta etapa “transistémica” en tanto el viejo sistema no funciona y las estructuras del nuevo orden no han sido establecidas. En esta oportunidad de la historia, la nueva etapa no ha estado precedida de un quiebre violento que permitiera precisar y unir a los “vencedores” frente a un “enemigo externo” común como en los conflictos anteriores, resultando ésta, decisiva causa de dificultades para la reconstrucción del nuevo orden.

En la *Cumbre del Milenio*, el secretario general (SG) de la UN, en su informe titulado “Nosotros los Pueblos. El papel de la UN en el siglo XXI”, recordó que las instituciones de la ONU se establecieron en la post guerra para un mundo internacional y que el reto actual es sentar las nuevas bases en un mundo globalizado. Tras una década desde el fin de la guerra fría y la búsqueda de establecimiento de un nuevo orden, los desentendimientos en la base continúan observándose, particularmente en la dificultad para redefinir entre los Estados poderosos los intereses comunes y en la exigüidad del núcleo mínimo de reconocimiento de legitimidad o consenso mutuo en la precisión de las normas imperativas del orden público.

Estas dificultades se observan a través del impulso que van adquiriendo las fuerzas centrífugas en la relación entre Estados poderosos.

Entre esas manifestaciones se hallan las crecientes confrontaciones entre EE.UU. y China observables ⁶ *i.a.*: en el bombardeo a la embajada china en Belgrado en 1999 (error de inteligencia de la OTAN por el que China no recibió pedidos de disculpa); en el episodio de marzo de 2001 en relación al avión espía estadounidense EP-3 en el espacio chino (circunstancia en la que se produjo la retención de la nave y de los 24 tripulantes estadounidenses en China, la demorada liberación de los tripulantes pero la disposición china de devolver la nave desarmada en piezas a más de la exigencia china de una formulación de disculpas estadounidenses formales y plenas, la que sólo fue satisfecha con expresiones de pesar limitadas a la muerte del piloto chino); la decisión de EE.UU. de proveer sofisticados sistemas defensivos a Taiwan; las respuestas de China frente al plan de Bush de defensa nacional antimisiles y de instalación de armas en el espacio ultraterrestre; el erróneo anuncio de portavoces de la Secretaría

⁶ Considerados por algunos teóricos, tercera guerra fría, recordando los ciclos de tensiones producidas entre Este y Oeste durante los gobiernos de Truman, Reagan y, actualmente, Bush (hijo).

de Defensa de los EE.UU. (inmediatamente desmentido), anunciando el 1º de mayo de 2001 la suspensión de las relaciones militares con China... No obstante, quienes son menos pesimistas ⁷ en lo que hace a las relaciones entre China continental y Taiwan, opinan que los intereses económicos y sociales (a más de la ponderación de los costos negativos del enfrentamiento) acercarán a los contendientes más allá de la posición de los EE.UU., llevando a una Hong Kong-ización de Taiwan. Ello, atento a los 60.000.000 de dólares invertidos por taiwaneses en China continental, particularmente en la nueva ciudad fundada por taiwaneses Kunshan en campos próximos a Shanghai, con 900 empresas taiwanesas, consideradas como uno de los principales atractivos comerciales del momento.

Aparentemente, parece un contrasentido el enfrentamiento de EE.UU. con una China voluntariosa de sumarse a la globalización. No obstante, no debe dejar de tenerse en cuenta su condición de competidor económico de EE.UU desde su imponente PBI de 990.000 millones de dólares y su crecimiento económico (uno de los más altos a nivel planetario), el que prevé para el quinquenio 2001-2005 un crecimiento menor que en el quinquenio anterior pero que alcanza un remarcable 7% anual. Por otra parte debe recordarse que China ha incrementado los gastos militares al 17,7% de su presupuesto para el año 2001 (cifra record para la década) y que ha reiterado, tanto de boca de su presidente Jiang Zemin como de su primer ministro Zhu Rongji, la voluntad china de consolidar la ideología oficial marxista y el espíritu de patriotismo y colectivismo e implantar un sistema de la economía social de mercado acorde con la concepción de desarrollo de la doctrina socialista ⁸.

La vocación de China de transformarse en la principal potencia mundial ha sido señalada por Merle Goldman, profesor de Historia de la Universidad de Boston, en oportunidad de comentar la posición china en vinculación con la pérdida del sitio en la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas por parte de los EE.UU.. El referido especialista, ex delegado estadounidense ante la CDH, vio en la circunstancia un importante oportunidad para China de sustraerse de las críticas resoluciones de la CDH, tales como las largamente promo-

⁷ Orville SCHELL, analista político de China en la Universidad de California, Berkeley.

⁸ V. Inauguración de las sesiones del Congreso del Pueblo (Parlamento chino), 5 de marzo de 2001 (Diario *Clarín* de 6 de marzo de 2001 y diario *Clarín* de 7 de abril de 2001).

vidas por los EE.UU frente a las violentas represiones a grupos religiosos, especialmente al movimiento Falun Gong y a la agrupación de los reformistas democráticos; críticas ésas, no acordes con el poderío del Estado chino en el contexto mundial.

También debe destacarse que la ausencia de EE.UU. en la CDH, por primera vez desde la creación del sub-órgano en 1947, no es acorde con su poder en el plano internacional. Es de destacar que los Estados más poderosos como la URSS (y su sucesora, Rusia) han tenido y continúan teniendo un sitio permanente en la CDH (URSS/Rusia: 1947-2003), plaza que conserva China desde 1982, año en el que su apertura política la llevó a dictar una nueva constitución, negociar la demarcación de fronteras con India e iniciar el diálogo sobre el futuro de Hong Kong con el Reino Unido y respaldar, por primera vez, el derecho del Estado de Israel a una existencia pacífica. Indudablemente, la puja entre EE.UU. y China recrudecerá en la CDH cuando, en el año 2002, China deba renovar su plaza en la CDH y EE.UU. busque recuperarla ⁹.

Las dificultades en la nueva estabilización de las alianzas estratégicas, particularmente, en las relaciones entre EE.UU. y países poderosos del Este tras el fin de la guerra fría, también se puede observar, *i.a.*, en la reciente decisión del gobierno de EE.UU. de enviar un representante del secretario de Estado a India para alcanzar un entendimiento de “amistad y alianza”. Sorprende este acercamiento a una India, tradicionalmente declarada opositora a la política exterior estadounidense, antiguo líder del Movimiento de Países no Alineados. El cambio en las relaciones entre ambos países se hace más notorio al analizarse la efusiva ponderación del gobierno indio del plan misilístico defensivo de los EE.UU., en particular, las declaraciones del ministro de Asuntos Exteriores de India, Jaswant Singh, quien ha señalado que, “frente al armamentismo de China y el restablecimiento de la carrera armamentista en Asia, la política de Bush responde a una inevitabilidad estratégica y tecnológica” ¹⁰. El nuevo idilio refuerza sus lazos con las críticas que Bush efectuara a Paquistán por el envío a Cachemira de grupos militantes anti-India.

⁹ La eliminación de EE.UU. de su plaza en la CDH no le impide, de conformidad al reglamento de la Comisión, participar, aun sin derecho a voto, en los debates y en el manejo de *lobbies*.

¹⁰ Diario *The New York Times*, 5 de mayo de 2001.

El alejamiento de la política rusa de los entendimientos con Occidente ha ido *in crescendo* desde Gorbachov, pasando por Jeltsin y arribando a Putin. La clausura, por decisión gubernamental, de periódicos independientes (*Segodnja, Itogi, i.a.*); la oficialización del principal canal televisivo independiente del país, NTV; las fusiones en la Duma (Cámara baja del Parlamento) del mayor grupo parlamentario opositor (Patria-Toda Rusia) con el principal partido del oficialismo (Unidos) lo que le da mayoría absoluta a Putin en el Parlamento; la debilitación de las reformas económicas... muestran la restauración de un sistema cuasi soviético en Rusia.

En esta línea de cambios de rumbo en las coaliciones se puede colocar al denso diálogo entre Putin y Blair, llevado a cabo en Moscú el 20 de noviembre de 2000, vinculado al establecimiento de lazos de cooperación económica bilateral y de cooperación europea en materia de defensa. En relación con este último aspecto, Putin se mostró especialmente interesado en la conformación de un ejército europeo unificado que pudiera neutralizar la condición hegemónica militar de los EE.UU..

Los desentendimientos alcanzan destacada intensidad en el enfrentamiento político-económico Norte-Sur. Tales diferencias se tornan evidentes a la hora de ponderar los efectos sociales negativos de la globalización financiera y económica. Por una parte, los Estados del Norte, beneficiarios del proceso, se refieren a esos efectos llamándolos aséptica y fríamente “externalidades negativas” de la globalización, mientras, en el otro extremo, los Estados del Sur reclaman la universalización de los beneficios de la globalización. En ese sentido, frente al crecimiento de la desigualdad global que hace que el 10% de los más ricos como el 10% de los más pobres de la población mundial se aleje cada vez más de la media general, frente a 1.300 millones de personas que hoy viven en pobreza extrema (esperándose para el año 2015 que esa cifra ascienda a 2.300 millones)¹¹, el SG de las UN vaticina: “La globalización será para todos o no será para nadie”.

Manifestación de la dificultad para consensuar principios básicos del orden público internacional la hallamos en el conflicto suscitado por la escisión de la ex RFS de Yugoslavia y, particularmente, en la ruptura del

¹¹ Informe del presidente del Banco Mundial, James Wolfensohn, Cumbre de Davos, abril de 2001.

sistema operativo de la ONU en el caso de los ataques de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) contra Serbia en 1999.

Tal como le señaláramos en una exposición anterior en el ámbito de las actividades del Instituto de Educación de la Academia, referida al enfoque multidimensional de la humanización del derecho internacional público ¹², numerosos internacionalistas siguen cuestionándose si la intervención de la OTAN puede ser considerada conforme al derecho internacional ¹³, atendiendo al objetivo de la acción (la protección de los derechos fundamentales del hombre) y atento a la situación de la sociedad internacional, paralizada en su acción colectiva por el derecho de veto en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pero horrorizada frente a la impunidad y la prolongación de gravísimas violaciones masivas a los derechos humanos, no obstante las condenas y amenazas a los violadores por parte de distintos órganos de las Naciones Unidas. La OTAN justificó su acción unilateral en su condición de organización formada por Estados miembros de las Naciones Unidas, respetuosos del cumplimiento de sus objetivos (enunciados para el caso particular, inclusive, por el mismo Consejo de Seguridad ¹⁴), llevados a actuar unilateralmente en virtud de la carencia de instituciones efectivas.

Sin lugar a dudas, la acción de la OTAN se ha producido en violación a las disposiciones formales de la Carta de Naciones Unidas en lo que hace a las vías de procedimiento establecidas para el uso legítimo de la

¹² Conferencia pronunciada el 12 de setiembre de 2000.

¹³ V. A. CASSESE, “*Ex Injuria Jus Oritur. Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*”, en *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, N° 1. Th. GARCÍA, “*La Mission d’Administration Intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK)*”, en *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, Tome 104/2000/1. B. SIMMA, “*NATO, The UN and the Use of Force: Legal Aspects*”, en *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, N° 1. N. VALTICOS, “*Les Droits de l’Homme, Le Droit International et l’Intervention Militaire en Yougoslavie - Où va-t-on? Eclipse du Conseil de Sécurité ou Reforme du Droit de Veto?*”, en *RGDIP*, Tome 104/2000/1. Ph. WECKEL, “*L’Emploie de la Force contre la Yougoslavie ou la Charte Fissurée*”, en *RGDIP*, Tome 104/2000/1.

¹⁴ Robert JENNINGS ha señalado que la ONU, con anterioridad, había tratado la cuestión de Kosovo en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos, condenando a partir de 1992, en varias oportunidades, al gobierno yugoeslavo. (“*Kosovo and International Lawyers*”, en *International Law Forum du Droit International*, 1: 1999, págs. 166-169).

fuerza armada. Ello ha llevado a la cuestión sobre qué debe prevalecer. Si ha de privilegiarse el logro de los objetivos de las Naciones Unidas, lo sustantivo, lo esencial de la función de la Organización o bien, lo instrumental, lo formal, creado para la mejor consecución de lo sustancial. La OTAN consideró que su acción anunciada y condicionada logró lo que la comunidad internacional buscaba: sentar a la mesa de negociaciones a Milosevic¹⁵ y el cese de las violaciones masivas y graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Tal como lo señala Cassese, un grupo de Estados y no un Estado hegemónico, ante la incapacidad del Consejo de Seguridad para adoptar medidas que frenaran las masacres, decidió bajo fundamentos de orden moral, detener las atrocidades cometidas en Kosovo con el apoyo o, al menos, la falta de oposición de la mayoría de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Bajo esta óptica, se ha visto esa acción como un mal necesario, para evitar que un mal mayor continúe perpetrándose. En tal sentido, es de recordar que el 26 de marzo (a dos días del inicio de los bombardeos de la OTAN sobre la RFY, Rusia, Bielorrusia e India presentaron al Consejo un proyecto de resolución dirigido a hacer cesar los bombardeos y a calificar a la acción de la OTAN como violatoria de la Carta de las UN, proyecto que no se pudo transformar en resolución por haber obtenido 12 votos en contra (entre ellos el de Argentina) y sólo 3 votos a favor (China, Federación Rusa y Namibia). Por otra parte, la resolución 1244 del C. de S., de 10 de junio, adoptada tras el cese de los bombardeos y la aceptación por parte de Yugoslavia de los principios generales para una solución política en la región propuestos los países del Grupo de los 8, no contiene referencia a los bombardeos de la OTAN, más bien parece legitimar la acción en tanto contempla la participación de la OTAN, *a posteriori*, como “presencia internacional de seguridad” en el marco del Capítulo VIII de la Carta¹⁶.

La situación implica una puja entre valores: por un lado la seguridad jurídica, el principio de legitimidad, el respeto del sistema institucional internacional establecido. Por el otro, la necesidad de dar solución a un estado de violencia intolerable, la preponderancia de los objetivos sustanciales de la sociedad internacional y sus principios éticos por sobre

¹⁵ La solución del conflicto se logró, tras los bombardeos de la OTAN, por vía diplomática, en el marco de los Acuerdos de Rambouillet.

¹⁶ Anexo 2 de la resolución del C. de S. 1244/99.

los instrumentales, la calificación de norma de *jus cogens* dada a la obligación de respetar ciertos derechos fundamentales de la persona humana. Así como la década de los años '40 determinó el ascenso de la persona humana al primer plano de las relaciones internacionales -tal como lo señala el Dr. Rey Caro en el libro del Cincuentenario de la Academia¹⁷- la década de los años '90 ha sido la de la ponderación del valor persona humana frente a los alcances axiológicos de otros propósitos y principios fundamentales de la ONU.

A través de esta breve presentación hemos podido observar algunas de las dificultades de la sociedad internacional para redefinir los intereses comunes y para consensuar las normas imperativas del orden público internacional. No obstante, al mismo tiempo, debemos destacar que, aun en este período de crisis del sistema internacional, la comunidad internacional ha logrado superar su debilidad y comportamiento desocializante en una pequeña pero importantísima franja de relaciones. Así, alentadoramente para la subsistencia de la cohesión internacional, la comunidad internacional, conmovida ante la gravedad de las violaciones a derechos humanos esenciales en recientes conflictos armados y, ante su propia impotencia funcional (fruto de su inmadura estructura), ha logrado superar las diferencias interestatales, reconociendo que ciertos derechos del hombre (derechos humanos y derecho humanitario) tienen validez universal y prioritaria. Fruto de ese consenso es la constitución de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la adopción del estatuto para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente.

Por ello, al titular esta presentación hemos hecho referencia a la "organización de la comunidad internacional", por considerar que los principios sobre los que descansa la organización internacional son fruto de una cohesión basada en la aceptación de un núcleo de valores reconocidos por todos. Núcleo que permitirá, seguramente, en los primeros años de este tercer milenio, superar la crisis del sistema onusiano y facilitar la reformulación de las coincidencias fundamentales entre los miembros del sistema.

¹⁷ E. J. REY CARO, "El derecho internacional en las últimas décadas", en *Libro del Cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 1991, pág. 382.

EL DAÑO INJUSTO COMO DAÑO JURÍDICO, VINCULADO CON LA ATIPICIDAD DEL ILÍCITO RESARCIBLE *

por JUAN JOSÉ CASIELLO

- I -

Vamos a reflexionar en esta oportunidad sobre el problema del daño injusto. Aunque en verdad, esto del “daño injusto” es sólo un título abreviado, y quizá no abarque esa expresión la idea que quiero traer hoy a esta Academia. Porque mi propósito es aludir a la situación de aquellos sujetos de derecho que exhiben un padecimiento o menoscabo, o una situación de infelicidad o de minoración, provocada por el hecho atribuible a un tercero, y que reclaman la tutela de los jueces. Y a los cuales el derecho (o el orden jurídico) les contesta que no puede oírlos, porque esa situación de infelicidad o de carencia, o de mortificación, *no es un daño jurídico, no constituye un perjuicio resarcible para el derecho. No está “catalogada” como daño en el orden jurídico. O quizá, con la frase clásica de una concepción ortodoxa de la responsabilidad civil, se contestará que no exhibe el quejoso la violación de un concreto derecho subjetivo.* Sería, en todo caso, daño “de hecho”, o daño “naturalístico” como lo ha llamado Salvatore Patti ¹, pero no daño jurídico.

Este tema que proponemos podría vincularse con esos varios desarrollos que vienen poblando la literatura jurídica de nuestros días, y que reciben

* Conferencia pronunciada en el acto de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 22 de mayo de 2001.

¹ *Il danno patrimoniale*, Turín, Utet, 1990, págs. 13 y 16.

diversos nombres, y así se ha escrito sobre “los nuevos daños”, o “las nuevas fronteras del daño”, o las “nuevas formas del daño resarcible”. Estudios éstos en los cuales se investiga si las condiciones actuales en las que se desarrolla la vida del hombre en el mundo, dan lugar a nuevas formas de agresión contra la persona o contra sus bienes, o a nuevas formas de padecimiento, que merezcan respuesta positiva del derecho en orden a la reparación. O bien, desde otra óptica, si la conciencia de la comunidad ha evolucionado, y ahora está dispuesta a oír ciertos reclamos que antes no atendía.

Aludimos, en este último enfoque, a una nueva postura anímica del hombre frente al daño (que en realidad no es nueva, sino que ya se referían a ella los Mazeaud en el prólogo de su clásica obra sobre responsabilidad civil). Es una postura de rebeldía, de rechazo, de no conformidad con el daño sufrido.

A diferencia del hombre de época pasada, del hombre de los años del Código de Napoleón, de aquel que era artesano o cultivador de la tierra, se lee en expresivas frases de ese prólogo, cómo el hombre de hoy -y los Mazeaud están hablando en la primera mitad del siglo que pasó- no se resigna frente al daño sufrido, no consiente en atribuirlo a su “mala suerte”, al “azar nefasto”, sino que apenas advertido el daño que padece, de inmediato busca un responsable contra quien volverse y trasladar los efectos del acto perjudicial. Con precisión apunta Mosset Iturraspe que el hombre de este tiempo “*descrie de los fatalismos y ambiciona conocer las causas de los efectos perjudiciales, el por qué de sus daños*”².

Y nos estamos acercando a la médula del tema sobre el que nos proponemos reflexionar hoy, y que ya adelantáramos. Queremos averiguar si esta nueva postura del hombre frente al daño, de su no conformismo, puede llegar a alcanzar *la dimensión máxima de que se acepte que todo daño “injusto”, así, sólo por el hecho de serlo, de merecer tal calificación, se haga acreedor a un resarcimiento.*

Esta propuesta, que para cualquier hombre del pueblo puede parecer razonable, en realidad, para la ciencia jurídica se presenta como una posición

² “Responsabilidad médica en pro de la justicia”, su aporte en el Libro de Homenaje a Atilio A. Alterini, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 676.

de avanzada. Por lo menos, según las ideas que han venido teniendo vigencia hasta nuestros días.

Porque, en verdad, como lo decíamos hace un momento, frente a cualquier padecimiento de que se queje una persona, el derecho nos contestará que, sin embargo, *para poder reclamar indemnización ha de constatarse en ese supuesto que se plantea la existencia de un derecho subjetivo de la víctima, violado por la acción del dañador.*

Debe reconocerse que esta definición clásica de daño en sentido jurídico tiene su lógica. ¿Por qué decimos que sólo hay daño jurídico cuando es atacado o es violado un derecho subjetivo de un sujeto? Es que, en verdad, cuando se ataca a un sujeto en su persona o en sus bienes, se ha atacado, en rigor, una “*facultad*” o “*derecho*” que tiene esa persona de mantener indemne, sin daño, su propia persona, y sus bienes. Esto es, al atacarlo en su persona o en sus bienes, se ataca su derecho subjetivo, se invade la esfera jurídica de esa persona.

Con todo, pese a su lógica, esa respuesta tan limitativa (que no hay daño si no se registra la *violación de un derecho subjetivo*), no nos conforma. Ella deja insatisfecho nuestro espíritu de justicia y, seguramente, también el espíritu de justicia de toda la comunidad. Es que puede haber -pensamos- otros “derechos” relativos a su persona o a sus bienes, o mejor, otros “intereses”, *que la doctrina ha denominado “intereses simples”*, y que no estén registrados en la ley. Que quizá no alcancen la categoría de “derecho subjetivo”, en una concepción estricta. Pero que constituyen, sin embargo, expectativas o intereses muy respetables, a los que no parece justo negarles la tutela jurisdiccional.

El problema al que aludimos se plantea en muchos supuestos. Uno de ellos, muy expresivo, es el conocido en Francia como el de la víctima “*par ricochet*”, es decir, la víctima *indirecta* (o “*por rebote*”) que recibe el daño que ha golpeado directamente en otra persona. Para ejemplificar, aludimos al conocido caso de la negativa de legitimación a la conviviente “*more uxorio*” por fallecimiento de su concubino en acto ilícito. La concubina reclama daño, alegando que ella recibía, desde largo tiempo quizá, alimentos de quien ha muerto en accidente, y ahora el acto ilícito la ha privado de la asistencia que el fallecido le proporcionaba. Y se le contesta, con un enfoque clásico, que nada le pertenece porque no hay derecho subjetivo violado, en tanto ella no tenía la facultad (según la ley) de reclamar esos alimentos o asistencia al compañero. Si no estaba casada no había vínculo, y por tanto tampoco existía derecho a reclamar alimentos.

Advertimos, haciendo un paréntesis, que en nuestro país este supuesto ha motivado un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital, dictado con fecha 4 de abril de 1995, en autos “Fernández y otro c/ El Puente S.A.”³. En este decisorio se contienen muy interesantes reflexiones sobre el concepto de daño jurídico, y en definitiva, recogiendo opiniones de la doctrina, y algunos aislados pronunciamientos judiciales anteriores, pero apartándose de la línea general que venía sosteniendo hasta esa hora la jurisprudencia, se resuelve que “*se encuentran legitimados los concubinos para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen*”.

Por cierto esta última salvedad aparece como fundamental en la legitimación del fallo, pues si se tratara de unión adulterina sus partícipes no podrían invocar un derecho o una expectativa con sustento en una relación o situación enfrentada con la ley. Se trataría, en ese hipotético caso, no de un “interés simple” (al que antes aludíamos), o expectativa favorable aunque no recibida por la norma, sino de *un interés que iría contra el orden jurídico*.

Pero no se trata sólo del conviviente “*more uxorio*”. Hay muchos otros supuestos de convivencia entre parientes que no tienen entre sí, según la ley, derecho a prestaciones alimentarias, pero que de hecho se las prestan, y eventualmente un acto culposo de un tercero frustra esa “situación favorable”.

En otra ubicación, mas siempre dentro del ámbito de las justas expectativas que no están consagradas como “derechos subjetivos”, computamos el supuesto de los legitimados para reclamar daño moral, tan restrictivamente reglamentado por nuestro Código en el art. 1078, segundo párrafo (reformado por la ley 17.711), que ha merecido la repulsa y el calificativo de “injusto” por toda la comunidad jurídica argentina. Con el agravante de que en este caso no podríamos acudir a la salida de los “simples intereses” lesionados como habilitantes del reclamo de daños, porque esos “simples intereses” estarían “enfrentados”, “prohibidos” por la ley (recordamos, en este tema puntual, que hace muchos años la sabia profesora María Antonia Leonfanti, en charlas

³Publicado en L.L.1995-C, pág. 642.

mantenidas en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Rosario (U.C.A.), nos comentaba que en época muy anterior a la reforma de la ley 17.711 la Cámara Federal de Rosario, había expedido un fallo en el que se concedió daño moral a la tía por la muerte en accidente de tránsito de su sobrina a quien ella había criado y con la cual convivía). No hay duda de que un nuevo enfoque sobre el concepto de daño, que ponga el acento en su calidad de “injusto”, nos lleva a decidir que la tan restrictiva legitimación de nuestro Código Civil para reclamar daño moral merece ser urgentemente revisada.

Y existen otros muchos supuestos de “nuevos daños” (por así llamarlos), como la lesión a intereses difusos o a los derechos de incidencia colectiva, en especial los daños al medio ambiente, también la lesión al derecho de crédito, la pérdida de “chance”, la ruptura intempestiva del compromiso matrimonial, y otros más que quienes se valen de un criterio restrictivo no los ubican dentro del catálogo de daños reconocidos por la ley (advírtase que, en esa corriente que suele denominarse de “constitucionalización del derecho privado”, varios de los supuestos enumerados han sido recogidos en el texto de la Constitución Nacional de 1994, art. 43).

- II -

Será tarea nuestra, pues, ver hasta dónde podemos *extender o flexibilizar la noción de daño en sentido jurídico*, de modo de atender a estos requerimientos tan premiosos de justicia que se advierten en la sociedad actual.

En ese camino, hemos de avanzar a partir del concepto clásico de daño jurídico al que antes aludimos, en el sentido de que sólo hay tal cuando se constata la lesión de intereses *legítimos*, de intereses *protegidos por la ley*. Y en un primer paso, nos será preciso identificar esos *intereses legítimos*. ¿Mas cómo haremos para identificarlos? ¿Estarán ellos enumerados de manera expresa en la ley positiva? Y, en su caso, ¿se tratará de una enumeración taxativa, limitada, o bien enunciativa y amplia de tales intereses de cuya violación resulta el daño? Más preguntas aún: ¿deberán integrar “formalmente” el derecho positivo, o bastará que lo integren “materialmente” (o sólo de hecho)? ¿Se los descubrirá en *el espíritu o en la letra* de la ley?

Para dar respuesta a estos interrogantes, cuadra que admitamos una premisa previa: en esta materia de *identificar el daño resarcible* estamos entrando necesariamente en el terreno de la *tipicidad o atipicidad del ilícito civil*. Porque, claro está, *el daño resarcible, este daño que queremos identificar, resultará o será la consecuencia necesaria del acto ilícito civil. El acto ilícito es la causa-fuente del daño, genera el daño resarcible*. De modo que para identificar esta consecuencia (el daño jurídico) tenemos que identificar primero el acto ilícito que le dio origen, que es su fuente. Por cierto que no confundimos la “ilicitud” con el “daño”, pero casi podríamos decir que se produce una “simbiosis” entre ambos elementos, aunque uno y otro se desarrollen en momentos distintos. La ilicitud atañe directamente a la conducta (acción), y a ésta se le aplica el juicio de “tipicidad” o “atipicidad”, según la norma. Pero también es verdad que la conducta antijurídica conduce *naturalmente* (salvo excepción) al daño jurídico como resultado. Llevaba razón Bueres cuando afirmaba que “en rigor, el fenómeno de la *tipicidad del ilícito, concierne a la tipicidad del daño*”. Y agregaba, en palabras monitoras sobre el tema que estamos desarrollando: “*De tal forma el interés afectado puede ser típico, cuando está tasado, prefijado por la ley -como lo quería la doctrina legalista tradicional- o bien puede ser atípico, en supuesto de que se lo contemple con amplitud, desde el punto de vista referencial de la justicia*”⁴. El enfoque de “justicia” acerca del daño, nos dirá de su tipicidad y, por lo tanto, de su resarcibilidad.

Vamos ahora a la solución de nuestro derecho positivo en orden a la tipicidad o atipicidad del ilícito que da origen al daño. Para ello, analicemos el art. 1109 del Código de Vélez, que hace muchos años aquel gran jurista que fue Héctor Lafaille calificara como “*la gran fuente del deber de responder*” en nuestro derecho positivo (claro, en época en que la responsabilidad objetiva era verdaderamente excepcional). Y bien. En ese carril deberá admitirse que una primera lectura del art. 1109 de nuestro Código, similar a su antecedente el 1382 del Código francés, nos convence sobre la *atipicidad* de la solución legal.

⁴ Su voto en el recordado plenario “Fernández y otro c/ El Puente S.A.”, publicado en L.L., t. 1955-C, pág. 650.

Con venia del auditorio, recordaré que el Código de Vélez dice: “*Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...*”.

Amplia, amplísima e irrestricta definición del ilícito resarcible y del daño en él contenido. Se menciona “*un hecho*”, cualquier hecho, única determinación que sea obrado con culpa. Y no se advierte allí ninguna precisión con respecto al elemento *daño*.

Conforme la literalidad de los términos y a su significado obvio, cabría entender que cualquier padecimiento moral o espiritual, o menoscabo o detrimento material que afecte a un individuo y causado por otro *con culpa*, constituiría un *daño jurídico* y debería ser resarcido. Esto es, que el reclamo de la víctima debería ser oído por el derecho.

Pero claro está que esto no puede ser así, desde que ello nos llevaría a una extensión inusitada del concepto de daño. O mejor, a identificar como daño jurídico lo que no lo es.

Se impone admitir un doble orden de limitaciones.

En primer lugar porque en esa comprensión sin trabas del art. 1109, no sería posible la vida del hombre en la comunidad, donde por el solo hecho de compartir los mismos ámbitos, los mismos espacios, las mismas actividades se producen de continuo entre los hombres roces, molestias, inconvenientes, menoscabos o daños, en fin (a veces con la presencia de mínimos *descuidos o negligencias*) que no pueden evitarse y que son *justificados* por razón cabalmente de esa vida de relación o, de otro lado, por la vigencia de principios superiores (aludimos, por ejemplo, a las situaciones de libre concurrencia o competencia comercial, a la crítica literaria y artística, a la participación en concursos o certámenes científicos, al ejercicio del derecho de huelga, etcétera; como también a la virtualidad de ciertos principios de jerarquía superior *justificantes* de la conducta, así, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho, etcétera).

Y en segundo lugar (y fundamentalmente) en tanto estamos analizando nuestro Código Civil, no podemos olvidar que muy poco antes del mencionado art. 1109, se ubica el 1066, que expresa que «*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes...*». Y ahí tenemos, netamente expresado, *el requisito de la antijuridicidad*, que pone un nuevo cerco, muy estrecho, a la extensión de la “cláusula general” del art. 1109. No es cualquier hecho,

sino un “hecho antijurídico”. Por eso decía el sabio maestro cordobés, Alfredo Orgaz (a quien hemos recordado en nuestras palabras introductorias), que la cláusula general del art. 1109 debía leerse así: “Todo el que *ilícitamente* ejecuta un hecho...”.

Ya vemos cómo se va acotando la amplitud o atipicidad de este dispositivo legal. No tanto por la presencia de ciertos *daños justificados* (de donde los “*no justificados*” podrían englobar el requisito de la ilicitud), sino sobre todo, y fundamentalmente, por la exigencia tan restrictiva de la *antijuridicidad expresa*. Esto viene a explicar, en alguna medida, por qué la doctrina tradicional insiste en que sólo hay daño jurídico, esto es resarcible, cuando ha habido *violación de alguno de los derechos subjetivos* que integran la esfera jurídica de una persona.

Claro está que esta solución -postura clásica, repetimos-, a nuestro juicio nos lleva a una salida muy estrecha: a renunciar a las nuevas perspectivas que reclama el derecho de daños. Porque, rigurosamente, si ese elenco de daños resarcibles es sólo el que está comprendido expresamente en la ley, pues entonces, cabe la pregunta, ¿no podrá hablarse nunca de “nuevos daños”, de una ampliación del espectro de los daños a los que ha de acordarse reparación? ¿Habría que modificar la ley, en cada caso, habría que crear la figura específica en la ley para comprender, en frase de Zannoni, a “*esas situaciones vitales que demandan tutelas urgentes?*”⁵.

Nosotros creemos que, en los tiempos que corren, la conclusión no puede ser ésa, tan absoluta. Creemos que la solución está cabalmente *en la atipicidad amplia del sistema* de la ilicitud civil *que conduce a una nueva concepción sobre el daño, y sobre los intereses que merecen tutela*.

Esta *nueva concepción sobre el daño*, en verdad, ya se ha hecho moneda corriente en algunos países de Europa, merced a interesantes aportes de la doctrina y de la jurisprudencia. Y radica en afirmar que la nota tipificante del daño, esto es, la que decide su resarcibilidad, es su calidad de *injusto*. Nota que, a la vez, encierra el requisito de la “antijuridicidad”. Así, todo *daño injusto es daño antijurídico. Y por tanto, resarcible*.

⁵ZANNONI, “Derecho subjetivo e interés simple”, en *La responsabilidad*, libro de homenaje a Isidoro Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 108.

Claro que esto exige definir el criterio acerca de la injusticia del daño. Y a ese propósito diremos, también con las nuevas corrientes, que *“es injusto el daño cuando deriva de la lesión de intereses merecedores de tutela, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota con lo legal: la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado”* ⁶. Agregamos nosotros a estas acertadas expresiones de la distinguida profesora cordobesa, que el juicio de la comunidad sobre los “valores e intereses comúnmente aceptados como dignos y respetables” se percibe, fundamentalmente, *a través de las decisiones de la jurisprudencia*.

Con esta concepción, se amplía en gran medida la atipicidad del ilícito. Porque ya no son solamente los derechos subjetivos absolutos, esos consagrados en la ley, los que, violados, dan lugar al daño en sentido jurídico. Sino que *cualquier interés del sujeto, siempre que sea serio y digno, se hará acreedor a la tutela jurídica. Será injusto lesionarlo. Y por eso, de la violación de ese simple interés, se derivará un daño en sentido jurídico, que corresponderá resarcir*.

Hay que agregar algo, todavía. Un requisito negativo que está implícito en la condición que se exige de esos intereses simples de que sean “serios” y “dignos”. Y es que, *naturalmente, ellos no deben ser contrarios al orden jurídico*, porque si lo fueren, éste no les prestaría su tutela.

En un paso más, todavía, siguiendo alguna doctrina italiana a la que luego referiremos, y para que no se nos tache de partidarios de un “derecho libre”, ni menos de alentar una suerte de “gobierno de los jueces”, nos atrevemos a afirmar que *esos intereses simples merecedores de tutela integran en verdad el orden jurídico por lo menos en sentido “material” (aunque no en sentido “formal”, debe admitirse)*. Con lo cual se acercan, se aproximan, a los “intereses legítimos” o “derechos subjetivos” a que aludía la doctrina clásica.

A esta categoría de daño así configurado, se le llama “daño injusto”, que, en nuestro criterio, *viene a aprehender o a denotar -de ninguna manera a reemplazar o a eliminar- el requisito de la antijuridicidad de la conducta*

⁶Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 4, pág. 124.

como elemento concurrente para determinar la sanción resarcitoria. Desde que la *justicia* es la nota típica y fundante del derecho, es el “alma” del derecho, el daño “injusto” (porque agravia la justicia), se “enfrenta” con el orden jurídico, y evidencia la antijuridicidad de la conducta que lo causó.

La recepción de las nuevas ideas que privilegian la reparación de todo *daño injusto*, nos parece que es la herramienta adecuada para superar una muy estrecha tipicidad del ilícito resarcible que sólo condena o descalifica la violación de los derechos expresamente reconocidos en la ley. Y seguramente hará posible que se atiendan en el pretorio las quejas de tantas víctimas que exhiben lesión en sus afectos, en su espíritu o en su patrimonio, aunque no se encuentren revestidas del ropaje del derecho subjetivo absoluto.

- III -

Antes de elaborar conclusiones sobre el tema que nos hemos propuesto, haremos una muy ligera referencia a la evolución de las ideas en Italia, sobre esta problemática. Tomamos como paradigma las corrientes jurídicas de este país, porque el Código allí vigente, el de 1942, impone el calificativo de “*ingiusto*” al daño que merece resarcimiento, en su art. 2043. Se demostrará cómo tanto la jurisprudencia como la doctrina de ese país, a veces recurriendo a verdaderos alardes de imaginación, han sabido encontrar soluciones para atender a justos requerimientos de cobertura de daños allí donde no aparecía, según la estricta letra de la ley, la violación de un derecho absoluto.

Recordemos que en Italia el Código Civil del año 1865 adoptó una calificación del ilícito prácticamente idéntica a la contenida en el art. 1382 del Código francés. Y que luego el nuevo Código, de 1942, repite parecidos términos, pero *agregando un calificativo al daño* que la jurisprudencia ha aplicado fructuosamente. Dice así el art. 2043 del nuevo Código: “Cualquier hecho, doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño *injusto*, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

Y bien. En Italia, por lo menos en un principio, se dio a este artículo la misma interpretación que recibió en origen el 1382 del Código francés: el nuevo precepto configuraba una “*clausola generale*”, una norma *abierta* que podía literalmente comprender una suerte de sanción para todo daño injusto; *pero, no obstante ello*, en tanto no se contenía en ese precepto

ninguna enumeración determinada de los daños que habían de cubrirse, ni se definía el alcance o comprensión del calificativo de “injusto”, los juristas itálicos opinaron que para que se configurara un ilícito resarcible, *debía recurrirse a otros preceptos determinados contenidos en la ley, para constatar la violación de un **derecho subjetivo absoluto***.

O sea, se participaba del concepto restrictivo sobre el daño. Se estaba en la postura tradicional, pese al agregado de la nota de la “injusticia” del daño. Sin embargo, un autor clásico en la materia, como es De Cupis⁷, sin renunciar al pensamiento clásico, ya insinuaba en su obra que “*por el lado del calificativo de “ingusto” se introducía en la norma el indispensable requisito o exigencia de la antijuridicidad. El “injusto”, venía a significar así, “contra legem”*”. Pero era necesario de todas formas, seguía este autor, identificar el precepto o norma violados para determinar la presencia de un daño resarcible. El 2043 no era una “*clausola aperta*” que operara de por sí. Necesitaba el complemento de otra norma específica. Tal lo expresaba De Cupis: “*Daño injusto, vale decir, producto de un acto humano antijurídico; y antijuridicidad significa **contrariedad a específicas normas o principios del derecho, a los cuales el art. 2043 automáticamente reenvía, mientras establece la sanción del daño producido en violación de aquella norma o principio***” (el destacado nos pertenece).

Guido Alpa, en una obra reciente⁸, aludiendo también al pensamiento clásico en Italia, menciona que, en esa idea sólo habría resarcimiento cuando “*la lesión de los intereses que el daño implicaba **fuese prevista por una específica norma legal** (la que otorga el derecho subjetivo), de donde el artículo 2043 cumplía en rigor una función de **norma secundaria, meramente sancionatoria** de aquellos ilícitos configurados específicamente por la ley*”.

Este, reiteramos, fue el pensamiento vigente durante largo tiempo en la interpretación del derecho italiano, a partir del Código de 1942.

Pero la jurisprudencia, en los últimos años, con el aporte de valiosa doctrina jurídica, ha evolucionado notablemente. Impresiona de veras comprobar cómo los jueces de Italia, en las últimas décadas del siglo que pasó, se han valido del calificativo de “injusto” que le adjudica al daño el

⁷ *Il danno*, Milán, Giuffré, 1979, vol. primo, pág. 81.

⁸ *Responsabilità civile e danno*, Imola, Il Mulino, 1991, pág. 115.

art. 2043 para, con ese fundamento y en un amplio despliegue, ir redefiniendo los límites de la responsabilidad, de modo de comprender dentro del ilícito resarcible muchas situaciones en las cuales si bien no puede exhibirse por la víctima el “derecho subjetivo violado”, se ha entendido por los jueces que eran *merecedoras de la tutela jurisdiccional*. El art. 2043 deja de ser norma secundaria que simplemente sanciona la violación de la norma primaria, sino que es ella misma, ahora, la que califica, a través de la “*ingiustizia*”, los agravios o daños que merecen reparación.

El criterio de la injusticia del daño funciona así como una “válvula de apertura” hacia una ampliación del campo de la antijuridicidad. Y esa “válvula de apertura” que, claro está, tendrá su medida o su alcance *según los parámetros de la justicia que predominen en la sociedad*, informa las decisiones de la jurisprudencia y contribuye a rediseñar progresivamente el ámbito de la responsabilidad civil. Ha dicho Guido Alpa que de esta manera “*el campo de la responsabilidad civil se convierte en una suerte de espejo de la sociedad*”⁹.

Comentando las soluciones amplias y generosas que se abren camino en el derecho de daños, en Italia, Mario Bessone reitera que “*el fundamento normativo de esta nueva tendencia finca o proviene de la expresión “ingiustizia” del daño contenida en el dispositivo del art. 2043 del Código Civil. Lejos de revestir un relieve escaso o marginal, la connotación de la “injusticia” del daño, ha devenido, en esta perspectiva, factor esencial de cada juicio de responsabilidad y punto focal de la disciplina del ilícito*”¹⁰.

Veamos algunos ejemplos concretos de esta corriente de jurisprudencia, a propósito, especialmente, de la norma del art. 2059 del Código italiano, que sanciona la reparación del *daño no patrimonial*.

Conocidas son las dificultades que se presentan a los tribunales de ese país para resarcir el llamado daño a la persona, daño a su integridad física y anímica. Es que el daño a la persona se identificaba, naturalmente, como “*danno non patrimoniale*”, “daño moral” según nuestro léxico corriente. Y entonces la solución que da el Código italiano aparece como agudamente restrictiva. Porque, en efecto, en su art. 2059, en una previsión

⁹ *Responsabilità civile e danno*, citado, pág. 116.

¹⁰ *Casi e questioni di diritto privato. Atto illecito e responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2000, pág. 55.

similar al viejo art. 1078 del Código de Vélez, dice este Código que “el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”. Y esa determinación vino a darla el art. 185 del Código Penal italiano que indica que en caso de delito ha de “repararse el daño patrimonial y *el no patrimonial*”. Solución muy estrecha, repetimos, porque entonces, si no hay delito penal no cabe la reparación de ningún daño moral.

Y aquí viene el empuje creativo de la jurisprudencia itálica del último cuarto de siglo, con fundamento en el dispositivo de “ingiustizia” que se contiene en el art. 2043. Pues empezó a idear, a crear el concepto de “daño a la salud” como un tipo de daño con autonomía propia y ajeno al daño moral, y en consecuencia no comprendido en el art. 2059. De esta forma sacaba a este “daño a la salud” de la estrecha base del derecho penal a la que hemos aludido, y encontraba que tenía, el daño a la salud, su sustento normativo propio en el art. 32 de la Constitución italiana, que dice “La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo...”. Se le daba así valor operativo, directo, a la previsión constitucional.

Pero la consagración de un “derecho a la salud”, de esta manera tipificado, daba ciertamente para mucho más. Pues avanzando en ese criterio, los Tribunales superiores en Italia fueron progresivamente reconociendo como indemnizables, *el daño biológico, el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual, el daño psíquico, las inmisiones sonoras, la violación de la privacidad*, todos ellos con el fundamento de que son manifestaciones o formas de daños que se comprenden en el art. 2043, *que menciona todo daño injusto*, y no en el art. 2059, que alude al daño “no patrimonial”, y que limita su resarcimiento, según se vio por vía de otra previsión legal, al supuesto de daños resultantes de un delito del derecho criminal. El daño biológico, dijo la jurisprudencia, *es un daño en sí mismo*, no es un *daño consecuencia (o sea un daño en la psique, en los sentimientos, derivado de otro daño principal) como lo es el daño moral*, y entonces está comprendido en el art. 2043 que habla del *daño injusto*, y su resarcibilidad deriva de una lectura *constitucional* del Código Civil, esto es, a la luz del art. 32 de la Constitución que ampara la salud ¹¹.

¹¹ Vide Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona*, I, pág. 85.

Y vaya una muestra más de la evolución de la jurisprudencia italiana. Hace pocos años, un tribunal de ese país (Tribunal de Milán, del 18 de febrero de 1988), ante el daño sufrido por una joven estudiante universitaria, de sólo 19 años, en razón de un accidente de tránsito, que la mantuvo semi paralizada durante casi dos años, y la dejó con secuelas graves de incapacidad, decidió indemnizar, además del daño sufrido por la niña, también el daño que *habían sufrido los padres* de la víctima directa entendiendo que se había agravado *el derecho “a la serenidad familiar”*. Expresó el Tribunal que “del complejo de normas que regulan la unidad de la familia nacida del matrimonio, como así de las “convenciones europeas de los derechos del hombre” que aseguran el derecho de cada individuo a que se respete su vida privada y familiar, se alcanza a individualizar (en este caso) *la injusticia del daño*, lo que conduce a una lectura más actual del art. 2959 del Código, de modo de no limitarlo a la reparación del daño moral” Y así puede ser resarcido (el perjuicio) bajo la forma de daño patrimonial, del mismo modo como la Corte Constitucional ha admitido el resarcimiento del daño a la salud ¹².

Claro está que no habrían de faltar voces que reclamaran contra este despliegue creativo de la jurisprudencia. En homenaje y respeto a la legalidad, un autor del prestigio de Adriano De Cupis preconizó la necesidad de un sinceramiento, diciendo que “*o el legislador debe intervenir (modificando los textos), o bien la Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad del art. 2059; sólo así los jueces ordinarios cesarán de tanta acrobacia interpretativa*” ¹³.

Pero sin despreciar este alerta de De Cupis, a los fines de nuestra exposición de hoy nos interesa destacar esa recepción del “derecho vivo” por parte de los Tribunales, con base especialmente en la apreciación de la “injusticia” del daño según la expresión contenida e el art. 2043 del Código italiano. Pensamos nosotros que la calificación de “injusto” que se adiciona al daño en la aludida “cláusula general”, extiende considerablemente los márgenes y las fronteras del daño resarcible, porque autoriza a ponderar -como

¹² Véase comentario de este fallo en M. FRANZONI, “*La liquidazione del danno a la persona*”, en *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico Dell Economia*, diretto da Francesco GALGANO, Padua, Cedam, 1990, vol. 14, págs. 168/69.

¹³ Citado por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en “¿Sirve al derecho argentino...”, cit., pág. 84.

lo dijimos antes- las situaciones de hecho bajo el prisma de la justicia, valor sin duda supremo en el campo del derecho. Y de esa manera cabe otorgar protección o tutela a determinados intereses, aunque no estén recibidos de manera expresa como derechos subjetivos en la ley común.

Señala Massimo Franzoni ¹⁴ sobre esto, que mientras la lesión de un derecho subjetivo goza de una *inclusión segura* en la noción de “*ingiustizia*”, la lesión de un interés (simple) sólo goza de una *inclusión condicionada*, dependiendo de la valuación social de los intereses en conflicto”. Y este mismo autor cita expresiones de Rodota, ¹⁵ acerca de que “***la injusticia del daño es (por sí sola) una cláusula general, y su función consiste en seleccionar o establecer (para acordarles tutela jurisdiccional) la lesión de las situaciones jurídicas en las cuales ha sido violada la solidaridad social***”. En estos casos, afirma, habría daño resarcible e infiere esta conclusión con apoyo en la Constitución italiana que afirma el principio de la solidaridad en la convivencia social.

Sobre esto podría objetarse, y por cierto no es una objeción menor, que la recomendación de “acudir *al prisma de la justicia*” para decidir cuándo una situación de hecho o un interés simple se hace acreedor a la tutela jurídica *nos haría entrar peligrosamente en el terreno de la arbitrariedad judicial, con lesión o detrimento de la seguridad y de la certeza jurídicas* en la determinación de los ilícitos y de los consiguientes daños resarcibles. La objeción, como decimos, tiene su peso. Pero Massimo Franzoni ha respondido a ella (con apoyo en el pensamiento coincidente de Galgano y De Visintini) expresando que “*Un mínimo de incerteza es el precio a pagar para poder operar con viejas categorías en un universo en constante evolución*”. Y añade este autor: “*A través del examen de las orientaciones jurisprudenciales es posible identificar cuáles son los intereses mercedores de tutela, cuya lesión constituye la injusticia del daño*” ¹⁶. La sabiduría de la jurisprudencia es, pues, en el pensamiento de Franzoni, la garantía contra cualquier exceso en tema tan delicado ¹⁷.

¹⁴ *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Fatti illeciti, arts. 2043-2059*, Bologna, Zanichelli, 1993, pág. 186.

¹⁵ Su obra *Il problema de la responsabilidad civil*.

¹⁶ FRANZONI, “*Colpa presunta e responsabilidad del deudor*”, Padua, Cedam, 1988, págs. 59 y 60.

¹⁷ De manera coincidente, IZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 1993, pág. 132, quien recuerda a Alberto BUERES y a Giovanna VISINTINI.

Nosotros adherimos a este pensamiento. Si se quiere avanzar hacia una frontera de mayor comprensión en la resarcibilidad de ciertos daños sin contar con la modificación de la ley (salida ésta no siempre conseguible), entonces habrá que confiar en que la labor creativa de la jurisprudencia, orientada por la doctrina de los autores, sabrá reflejar en sus pronunciamientos el *espíritu de justicia de la comunidad*. No auspiciamos, claro está, el puro arbitrio de los jueces, ni menos los pronunciamientos *contra legem*; sólo pensamos que debe confiarse en la labor de la jurisprudencia en ese afán de interpretar la ley inteligentemente, como se lo ha hecho en Italia, por caso, buscando soluciones de justicia para situaciones nuevas que no pudieron preverse por el legislador originario.

- IV -

Hemos de terminar nuestra exposición formulando algunas *conclusiones*, y luego unas referencias a los proyectos de reformas del Código Civil, en cuanto fijan criterios con respecto al “daño en sentido jurídico”.

a) La noción de “daño injusto” -que no atañe a la conducta del agente sino a la índole del interés afectado- es una calificación o caracterización del *daño en sí mismo*, en cuanto resulta de la violación de una situación subjetiva merecedora de tutela.

b) Esta concepción del *daño injusto* conduce a una tipicidad abierta del acto ilícito (y del daño que es su consecuencia), y concluye por ampliar notablemente el elenco de los perjuicios que merecen resarcimiento. Se indemnizará no sólo la conculcación de los derechos subjetivos absolutos contenidos en el ordenamiento, sino toda lesión que se infiera a cualquier interés simple no opuesto a ese mismo ordenamiento.

c) En nuestro derecho el dispositivo del art. 1109 C.C. incorpora el *alterum non laedere*, que ofrece a los jueces una rica cantera para extraer de ella “la inagotable y cambiante gama de intereses que se consideran merecedores de tutela (atipicidad o tipicidad en blanco). Claro está que los jueces no crean “daños” en actitud intuicionista o voluntarista, sino que las valoraciones que ellos hacen de las leyes (y de sus fines inmanentes), de las costumbres, de los principios generales del derecho, estándares, solidaridad social, equidad, etcétera, les permiten extraer de esa

totalidad que es el ordenamiento, los intereses tutelados. En esta actividad de mérito está el marco de la **creación judicial** -si cabe-, que no es derecho libre de elaboración judicial por encima de las normas *lato sensu...*"¹⁸. En estas condiciones, agregamos nosotros, esos "intereses simples" han de considerarse *materialmente* (aunque no *formalmente*) comprendidos en el ordenamiento jurídico.

d) Debe distinguirse la noción de *injusticia del daño*, que refiere a un criterio de selección de intereses merecedores de tutela, de la *antijuridicidad de la conducta*, que alude a la contradicción de ésta con el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, y que es el antecedente de aquél. Ambos presupuestos son necesarios para la conformación del acto ilícito resarcible. A veces puede desaparecer la antijuridicidad de la conducta, cuando promediare una *causa de justificación*, que bonifica también el resultado-consecuencia, convirtiéndolo en *daño justificado*. De esta manera, el *daño injusto* es *contra ius*, en tanto supone la lesión a un interés tutelado, y *sine iure*, por no estar justificado el acto (*antijuridicidad*).

Lo dicho no contradice ni excluye que pueda haber situaciones en que se responda por daños causados en accionar *originariamente* lícito, del cual resulte en ocasiones un daño injusto que debe repararse. La responsabilidad exige la *antijuridicidad*, pero ésta puede no hallarse en el origen del acto, sino presentarse luego cuando eventualmente apareciere en el desarrollo de la actividad una lesión-agravio a un tercero o a su patrimonio. La antijuridicidad y el daño se presentan aquí de manera simultánea.

En otro ámbito distinto al que estamos tratando, la obligación de cubrir *daños injustos* resultantes de un obrar lícito, principalmente en situaciones conectadas con la actividad normal del Estado, encuentra otros fundamentos propios, al margen de la teoría de la responsabilidad civil.

e) Con un criterio amplio de atipicidad, que se funda en el art. 1109 C.C., decimos que puede calificarse la acción por el daño que produzca. De modo que toda acción u omisión que ocasiona un daño a otro, en su persona o en sus bienes, es *antijurídica*, salvo que el ordenamiento, ante

¹⁸ Alberto BUERES, *Derecho de daños - Antijuridicidad y daño injusto*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 516.

circunstancias especiales, justifique la conducta del agente. Son las causales de justificación, a que antes aludimos, que excluyen la antijuridicidad ¹⁹.

- V -

Los proyectos de reforma del Código Civil

Veamos, ahora, cómo se han expresado los proyectos de reformas del Código Civil en estos temas del daño jurídico y antijuridicidad de la conducta.

1) Recordemos que el proyecto de unificación de 1987 no innova en el concepto de daño, manteniendo el texto de los arts. 1068 y 1069. Pero la modificación fundamental viene por el lado de la *antijuridicidad*, pues suprime radicalmente el art. 1066.

2) El proyecto de la Comisión Federal, Poder Legislativo (1993), avanza mucho más. Suprime también la exigencia de la antijuridicidad expresa (del actual art. 1066), pero la reemplaza con los siguientes textos: Art. 1066: “Todo acto positivo o negativo que causa daño es antijurídico si no se encuentra justificado”. Y art. 1067: «No hay acto ilícito que obligue a una reparación... si no existe daño causado por una conducta antijurídica...». Es la oposición: acto antijurídico, o acto justificado. O, en otras palabras, por el lado de la “no justificabilidad del acto” se define la “antijuridicidad”.

3) La misma situación de avance se encuentra en el proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, que se expidió en 1993 (con toda una nueva numeración de artículos): Art. 1549: “La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado conforme las disposiciones de este Código”... (se expresa aquí, nítidamente, el principio del *alterum non laedere*, con una amplitud todavía mayor de la de nuestro art. 1109 vigente; y sin la restricción severa del también vigente art. 1066). La atipicidad es mayúscula, o sea, en principio, todo daño es indemnizable.

Claro que, naturalmente, en los artículos siguientes viene la restricción, aquí por vía de la legitimación de la conducta, enumerándose las circuns-

¹⁹ Arturo ORGAZ, *La ilicitud*, Córdoba, Lerner, 1974, pág. 47.

tancias en que el daño no es indemnizable: ejercicio de un derecho o facultad, legítima defensa, estado de necesidad, etcétera...

En el art. 1568, este mismo proyecto define el daño con amplitud muy lejana al concepto de “derecho subjetivo violado”, pues dice así: “*Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio, o a sus intereses no reprobados por la ley...*”. Bien se ve que dentro de un orden pretendidamente justo encontrará acogimiento cualquier reclamo de daños, por lesión a bienes personales o patrimoniales, o a simples intereses aunque no estén mencionados *expressis verbis* en ese ordenamiento. Salvo, claro está, que la situación por la que se clama asistencia esté *reprobada por el orden jurídico*.

4) Y, por último, el más reciente proyecto, que fuera elevado por la Comisión redactora al Poder Ejecutivo por nota de diciembre de 1998, incorpora similares criterios acerca del daño.

Dice en su art. 1588: “*Reparación del daño no justificado. Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado*”.

Y en el artículo siguiente, 1589, enumera el proyecto *las circunstancias clásicas de justificación del daño*: ejercicio regular de un derecho o facultad, legítima defensa, estado de necesidad, etcétera.

Debe advertirse que en estos proyectos, en especial el último presentado en diciembre de 1998, no se menciona en ningún momento la voz “acto ilícito”. Según se expresa en las consideraciones o fundamentos del Proyecto, la ilicitud no puede computarse como condición del deber de responder porque hay supuestos de responsabilidad “por acto lícito”. En nuestra opinión, en estas situaciones excepcionales de obrar lícito (específicamente en supuestos del accionar del Estado) la obligación de cubrir daños encuentra otros fundamentos al margen de la teoría propia de la responsabilidad civil. Pero pese a ese pensamiento de los reformadores, en este último y en los otros proyectos conocidos no deja de considerarse a la ilicitud como presupuesto propio de la obligación de responder por daños. Sólo que la ilicitud o la antijuridicidad vienen en estos proyectos a ser reemplazadas por la noción de *injusticia del acto realizado o del daño ocasionado*. La “no justificabilidad” del acto define la antijuridicidad.

Consideración final

Las modernas concepciones sobre la responsabilidad civil se orientan a cubrir todo daño injusto. En la identificación de cuál sea el daño resarcible, se tiende hacia una cada vez mayor atipicidad: bastará que pueda calificarse un daño como injusto o, lo que es igual, que no tenga una justificación en el ordenamiento jurídico, para que se adjudique su resarcibilidad.

Pero no se crea que estas soluciones conducen a un “derecho libre”, a un manejo de la responsabilidad civil en manos en manos del “voluntarismo” judicial, al margen de la ley. Absolutamente. Porque estos criterios no significan dejar de lado la exigencia de la antijuridicidad de la conducta como presupuesto del deber de responder. Sólo que la antijuridicidad no requiere el enfrentamiento con una norma legal expresa, sino que surge de la referencia a la injusticia (o no justificabilidad) del daño de que se queja la víctima. Es *antijurídico todo daño que no esté justificado*.

Es verdad que cambia la óptica o se amplía la perspectiva, pues para expedirse sobre la justificación o no justificación del daño (y de la acción que lo antecede) hay que atender al orden jurídico considerado en su totalidad, y, todavía, informar ese juicio con los criterios de solidaridad y de “*favor debilis*” que nutren el nuevo derecho de daños. Las soluciones que resulten de esta confrontación, nos permitirán acordar tutela jurídica a muchas situaciones que en verdad la merezcan, y que juzgadas a través del estrecho molde clásico de “la violación de un derecho subjetivo absoluto”, no la habrían alcanzado.

No hay, insistimos, apartamiento de la ley. Se trata sólo de una interpretación inteligente y creativa de la norma, a tenor de los nuevos principios que insuflan justicia al derecho de daños.

ACCIÓN ESPIRITUAL Y CIVILIZADORA DE LA JUSTICIA ECLESIAÍSTICA EN EL ANTIGUO TUCUMÁN

por NELSON C. DELLAFERRERA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Administración de la justicia episcopal: sus vicarios. III. El tribunal y su lucha por la justicia y la libertad. IV. La tutela de la dignidad de las personas: el doble procedimiento en las causas de divorcio. V. Sensatez y respeto a las personas en las causas de la fe. VI. Justicia, humanismo y misericordia en las sentencias. VII. Conclusión.

I. Introducción

En el largo proceso civilizador indiano, la justicia eclesiástica ocupó un lugar relevante en el camino de la evangelización y por ello, de inculturación de la fe cristiana. La constante aplicación de los principios perennes del derecho, tal como los había transmitido la tradición romano-canónica, fueron construyendo el cauce por el que correría, con un cierto orden, el caudaloso río de un mundo que comenzaba a forjarse.

El antiguo Tucumán, teatro de los acontecimientos que se van a relatar, era una dilatada jurisdicción eclesiástica. La antigua diócesis hacía coincidir sus límites con los de la provincia del mismo nombre, según era práctica en la administración española en la época de los Austrias. Su extensión territorial abarcaba unos 700.000 kms. cuadrados. Al este tenía su frontera en el Chaco Gualamba; al oeste las provincias de Cuyo en la jurisdicción del obispado de Santiago de Chile; al norte y noreste la provincia de los Charcas; al sur parte de la provincia del Río de la Plata y parte con los indios infieles.

* Conferencia pronunciada en el acto de su incorporación como académico de número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el 29 de mayo de 2001.

Escudriñar la actividad de la Audiencia Episcopal del Tucumán, supone no olvidar el carisma de dos hombres señeros en la región: Toribio de Mogrovejo y Fernando de Trejo y Sanabria. La normativa de los grandes concilios de Lima, convocados por Loaysa, Mogrovejo y sus sucesores establecieron las bases del derecho canónico indiano. Trejo, que funda la Universidad, el seminario diocesano y erige el monasterio de Santa Catalina, es el gran organizador de la Iglesia plantada por San Pío V en 1570. Sus sínodos de 1597, 1606 y 1607 aplican las disposiciones tridentinas y adaptan a la realidad de una región de frontera los preceptos del Segundo y Tercer Limense. El genial franciscano establece las claves para la administración de la justicia e impone el primer arancel de los pleitos civiles, criminales y de visita para el obispado en 1610.

En este vasto panorama de casi cuatrocientos años se observa el trabajo silencioso y tesonero de unos hombres que entregaron sus vidas para que reinara la justicia y con ella la paz. En un medio hostil intentaron implantar el espíritu de un derecho que remite constantemente a la tradición, a la espiritualidad y a la equidad. Estos jueces hicieron suyo el principio sentado por Graciano, allá, en el lejano 1140: *“Quien juzga correctamente, lo hace con la balanza en la mano, poniendo en uno de los platillos la justicia y en el otro la misericordia; por la justicia dicta sentencia sobre los pecados, por la misericordia mitiga la pena del pecado. Y así, con una justa medida, en parte corrige con equidad y en parte perdona con misericordia”*¹.

Pronto advertimos que para percibir el trajinar de la justicia eclesial no bastaba leer textos legales ni consultar a los grandes tratadistas de la época, era necesario estudiar las actas procesales. Aún hoy, después de haber leído y anotado 2.374 causas, continuamos buscando aquel dominio necesario para poder hablar con seriedad acerca de un tema en que se repiten demasiados lugares comunes, generalmente desprovistos de una documentación seria.

El análisis de estos juicios coloca al lector en la privilegiada posición de testigo de hechos reales de la vida cotidiana de aquellos primeros pobladores. Algunos son casi novelescos, como muchos casos límite de

¹ *“Omnis, qui iuste iudicat, statera in manu gestat, et in utroque penso iustitiam et misericordiam portat; sed per iustitiam reddit peccanti sententiam, per misericordiam peccati temperat poenam, ut iusto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per misericordiam indulgeat”* (Decreto de Graciano, D. 45, c. 10).

la conducta humana. Los trazos fuertes de estos documentos son historia pura que no ha pasado por el tamiz de ningún historiador. Es la historia registrada minuciosa y mecánicamente por el notario eclesiástico. Es la historia íntima y menuda, entretejida de mezquindades, astucia de mala ley, de crímenes, de sangre y de muerte, de hombres sin grandeza alguna, que enfrentan como pueden las adversidades del momento.

A cuatro siglos de distancia se pone a prueba la capacidad del investigador. A él toca elegir el ángulo adecuado de visión, seleccionar el calibre de la lente para que el enfoque sea correcto. Debe superar la fascinación del juego de los espejos y evitar imágenes distorsionadas que sólo están allí, grotescas y trucas. A cada paso surge la tentación de juzgar viejas situaciones con parámetros de moderna sensibilidad. Así es como la tarea del investigador se hace ardua, seca, dolorosa, y sólo subsiste a costa de un paciente amor a la verdad.

El observador ve desfilar a los protagonistas de estos juicios. Mujeres engañadas por hombres sin consciencia; matrimonios celebrados sin libertad, por la violencia o el miedo; casos de impotencia, bigamias, uniones forzadas o impedidas maliciosamente, divorcios accionados por las más variadas causales y nupcias clandestinas. Hombres y mujeres procesados por orden de la Inquisición de Lima. Clérigos concubinarios, usureros y jugadores; curas que no cumplen con el deber de residencia ni con las obligaciones que les impone su oficio; frailes mal entretenidos, sediciosos, aseglarados y bullangueros, sin respeto a la regla ni a la vida común.

Hechos de violencia, como el de aquel primer día del otoño de 1757 cuando los alcaldes Juan Antonio de la Bárcena y Manuel de Castro entraron estrepitosamente en el convento de San Lorenzo de Córdoba. De a caballo y con gente armada ingresaron por la puerta falsa persiguiendo a unos mulatos. Ya dentro de la clausura, arremetieron con insultos, sablazos y trabucos amartillados contra los frailes mercedarios que defendían la inmunidad de su convento². No era la primera vez ni sería la

²El relato del procurador del convento de Nuestra Señora de la Merced expone: “Han entrado esta tarde, con estrépito de armas ofensivas y ministros armados (es a saber), que el sobredicho Don Manuel de Castro entró por nuestra puerta falsa a caballo hasta junto a las celdas de los RR.PP. Superiores en seguimiento de unos reos; y ambos dos señores jueces impusieron manos violentas en dos religiosos, empujándolos y encarándoles los trabucos montados, por haber éstos salido en defensa de dicha nuestra inmunidad y clausura, siendo uno de ellos, el R.P. Presentado y vicario de esta casa capitular, Fr. Simón

última en que iglesias, conventos, cementerios y el mismo palacio episcopal³ serían violados por jueces inescrupulosos o por simples cristianos violentos que pretendían hacer justicia por su propia mano.

Salteadores de caminos que asolaban los alrededores de la ciudad poniendo en constante peligro la vida y la hacienda de los viajeros⁴. La sumaria se sucede vertiginosamente y a un ritmo casi fantástico narrando las aventuras de José Díaz Utrera, sin oficio, hijo de esclavo e india; Pedro Luciano, esclavo del Colegio de Monserrat, alias el “*Colorado*” o “*Luciano negro*” o “*Mulato rubio*”; Eginio Francisco Maldonado, del Río Segundo, mulato libre, peón de carretas y de tropas de mulas; José Antonio Utreras de Soconcho en Santiago del Estero, mulato, de oficio carpintero y capitán de quienes cometían tan graves fechorías

Los defensores presentan testigos, hombres libres casi siempre, a veces negros esclavos, que muestran saber más de las intimidades de la casa que los mismos familiares. Indios que trabajan en las estancias, ladinos en lengua castellana o necesitados de intérprete, y todos oídos siempre por el juez y su relato invariablemente registrado por la pluma infatigable del notario de la audiencia episcopal.

Los procuradores y los curadores *ad litem*, solícitos, pedantes y, a veces insolentes, hacen hablar a sus clientes, presentan sus posiciones,

Rodríguez, a quien uno de los ministros le tiró violentamente dos cuchilladas con un sable, y tratando al otro religioso con improperios y baldones públicamente el mencionado Don Juan Antonio de la Bárcena ... y para complemento de sus sacrílegos y nefandos desacatos, se ha mandado sitiarse nuestro convento por dichos señores con una compañía de gente armada” (AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1757-1788*, t. II, Exp. 1, s/f).

³ Confr. AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1699-1756*, t. I, Exp. 7. El proceso ha sido realizado ante la justicia secular, que a requerimiento del provisor, remite su sentencia a la justicia eclesiástica, limitándose ésta a imponer las penas espirituales.

La sentencia canónica [12.III.1704] aplica a los reos la pena de excomunión y los fija en la tablilla como públicos excomulgados. La justicia capitular condena a destierro por un año a Pedro Robledo e impone una multa de doce pesos a Juan Robledo; y en caso de reincidencia se los apercibe con una pena de quinientos pesos. Los hermanos, Pedro y Juan Robledo habían sacado del palacio episcopal, violentamente y con uso de armas, a la mulata María, esclava de Doña María Sánchez de Loria, madre de los reos.

⁴ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1757-1788*, t. II, Exp. 5, fs. 1r-64v.

exhiben sus documentos, piden ampliación de los términos legales y ejercen el derecho de defensa de sus patrocinados.

Médicos, boticarios, frailes que ejercen la medicina, matronas que examinan a la mujer golpeada o verifican un embarazo, que a veces resulta intencionalmente fraguado ⁵. Falsificadores de documentos para recaudar dinero ⁶ o celebrar matrimonios dobles. Informes de los jueces pedáneos o de la policía ⁷, peritos contables y chasques ⁸ para el traslado de la documentación del tribunal a los lugares más apartados de la diócesis.

Es como vivir los dramas de la ciudad y de los pueblos del antiguo Tucumán: sus distancias inmensas y sus feudatarios prepotentes; los obispos que se sucedieron, sus canónigos y sus curas; sus gobernadores, sus alcaldes y demás funcionarios del cabildo, recaudadores de diezmos, de la alcabala o de la sisa; hombres santos como Francisco Solano, veraces y honestos en la tarea de cada día, en compañía de pillos y mentirosos, o locos como aquel

⁵ “Respecto a que nada se deduce de las anteriores declaraciones, que pueda comprobar el parto que se le imputa a Doña Petrona Iriarte, y que para este caso, ha pedido su contrario el reconocimiento por mujeres peritas [...]” (AAC, Leg. 193 *Juicios por esponsales 1794-1797*, t. IV, Exp. 5, s/f. Confr. AAC, Leg. 193 *Juicios por esponsales 1798-1807*, t. VI, Exp. 3, fs. 2r, 5r, 15r-16r.

⁶ Es interesante cómo se descubre la falsedad de la documentación: “Tengo recogidas todas sus patentes, llenas de solecismos; el pasaporte por el Gobierno de Génova con raspaduras visibles de nombres que no se distinguen”. Se lo examina en las rúbricas, el uso del breviario, las ceremonias para conferir el orden sagrado, etcétera. Los padres agustinos interrogados en Mendoza, declaran casi unánimemente, que mientras estuvo viviendo en su convento siempre se excusaba de ejercer las funciones sacerdotales y que nunca celebró la misa, y que sólo en muy pocas ocasiones se revistió de diácono o subdiácono. Finalmente, el italiano logra escapar de la prisión (AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1823-1832*, t. VII, Exp. 2, s/f.

⁷ Confr. N.C. DELLA FERRERA, “Las pericias y las pruebas de informes en la Audiencia Episcopal de Córdoba del Tucumán (1688-1888)”, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* (en adelante AADC), vol. III, Buenos Aires, 1996, págs. 15-45.

⁸ El correo que conduce los expedientes a Río Cuarto dice: “Yo Miguel Gerónimo Casas, natural de esta ciudad de Córdoba, recibí de Don Carlos Rodríguez Carballo, notario mayor apostólico de este juzgado eclesiástico, unos autos criminales con trece fojas escritas y una en blanco, las cuales me obligo a entregar en mano propia al Doctor Don Santiago Arias de Cabrera, cura y vicario foráneo del Río Cuarto... [31.V.1769]”. Luego añade: “[7.VI.1769] Recibí de Carlos Rodríguez Carballo, notario mayor apostólico, diez pesos y medio por la conducción del pliego del recibo antecedente...” (AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1757-1788*, t. II, Exp. 9).

alférez Sebastián Bustos, celoso y cruel, que cuelga de un árbol de la huerta a su mujer embarazada y la hace azotar hasta verla desfallecer.

Nos proponemos entonces, describir la preocupación de los jueces, la técnica jurídico-canónica aplicada, particularmente la del derecho canónico indiano y los medios para alcanzarla en esta región ⁹. Con los expedientes *en la mano* pretendemos demostrar que aquella lucha por la justicia, la equidad y la misericordia que antes mencionamos, no fue una idea abstracta sino una realidad hecha carne en hombres rudos que vivían en una tierra áspera, que no regalaba la riqueza escondida en su entraña.

La afirmación de Rudolph von Ihering destacando la característica que da el ser y el sentido al derecho era verdad antaño y lo es hogaño: *“El derecho existe para realizarse. La realización es la vida y la verdad del derecho; es el derecho mismo. Lo que no acontece en la realidad, lo que no existe más que en las leyes y en el papel es un fantasma del derecho, son sólo palabras. En cambio, lo que se realiza como derecho, aunque no esté en las leyes ni el pueblo ni la ciencia hayan adquirido conciencia de él es derecho. Por consiguiente, no es el contenido abstracto de las leyes, ni la justicia escrita en el papel, ni la moralidad en las palabras el que decide el valor de un derecho. La realización objetiva del derecho en la vida, la energía con la que lo reconocido y proclamado como necesario se ejecuta, es lo que da al derecho su verdadero valor. Pero no basta saber que el derecho se realiza, es preciso también saber cómo se realiza”* ¹⁰.

Y porque el derecho debe ser llevado a la práctica diremos lo que corresponde acerca de los jueces de esta Audiencia Episcopal porque ellos son los hacedores del derecho en el Tucumán.

⁹ Con exactitud, hasta ahora escasamente cumplida, se ha advertido que: “Una prolija búsqueda en los archivos judiciales de la colonia podría suministrar preciosos elementos, para estimar la aplicación de que fue objeto el derecho consuetudinario en la magistratura de las Indias” (R. LEVENE, *El derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del derecho indiano*, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1919, pág. 106. En términos generales el derecho canónico indiano no escapa a esta advertencia.

¹⁰ R. VON IHERING, *L’Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, trad. francesa de O. de Meulenaere, t. III, París, 1877. La traducción me pertenece.

II. Administración de la justicia episcopal: sus vicarios

Desde la llegada de Francisco de Victoria, primer obispo que pisó la tierra del Tucumán, a principios de 1582 hasta el año 1888 se suceden 110 provisosres que administran justicia en nombre del obispo.

Se establecía que quien llenara funciones tan delicadas estuviera adornado de insignes cualidades morales -tales como el amor a la justicia, la rectitud y el sentido de responsabilidad- y de hombría de bien. Los intereses que la Iglesia confía al juez eclesiástico, no son sólo temporales, sino que afectan directamente al bien de las almas. Administrar justicia es un deber de caridad pastoral, que ha buscar el bien del Pueblo de Dios ¹¹.

Aun cuando se puede sostener que la inmensa mayoría de los provisosres fueron hombres virtuosos, la Iglesia vivió situaciones difíciles y se conocieron jueces inescrupulosos.

La ciudad se sacudió con las disputas agrias y escandalosas durante las prolongadas sedevacancias episcopales. Disensiones y luchas por el poder de ciertos desmedidos capitulares, dieron origen a enojosos conflictos, como los ocurridos en 1704 después de la muerte del obispo Mercadillo. En esa desafortunada sedevacante, precisamente en 1711, Córdoba tuvo simultáneamente tres provisosres que se disputaban el cargo sostenidos por facciones del mismo cabildo eclesiástico y del clero ¹².

Hombres de la talla del provisor Juan Carrizo Mercadillo, no le hacen bien a ninguna institución (1661-1668). De él se ha dicho que: “*es una de las figuras más repugnantes de la historia eclesiástica del Tucumán, por la vida licenciosa con que dio pábulo a fundadas habladurías de la gente. Hay tal copia de papeles acerca de sus actividades y costumbres que es posible reconstruir entera su triste personalidad*” ¹³. Muere antes de su destitución.

Otra figura siniestra es la del provisor Gabriel Ponce de León: “*temperamento antojadizo y falta de madurez*” ¹⁴. Las actas dejan cons-

¹¹ Confr. A. JULLIEN, *Juges et avocats des tribunaux de l'Église*, Roma, 1970, págs. 49-56.

¹² Confr. C. BRUNO, *Historia de la Iglesia ...*, t. IV, Buenos Aires, 1968, págs. 390-398.

¹³ C. BRUNO, *Historia de la Iglesia ...*, t. III, Buenos Aires, 1968, págs. 416-421.

¹⁴ C. BRUNO, *Historia de la Iglesia ...*, t. IV, Buenos Aires, 1968, pág. 390

tancia de su personalidad torcida, obsecuente con la autoridad secular, y díscolo con su obispo. Será destituido por el Metropolitano de Charcas ¹⁵, después de la muerte del obispo Mercadillo.

En 1764 Córdoba estaba dividida en dos facciones, la que respondía a la familia de los Allende y la que se sumaba a la posición del Cabildo y Regimiento. La mala fe y la impericia del provisor Pablo de Allende da origen a una situación lamentable. Violando elementales normas procesales para el tratamiento del derecho de asilo se vuelca a la facción familiar con la que ya estaba involucrado el gobernador Juan Manuel Fernández Campero. El regidor Juan Vicente Piñero, reo retraído en el convento de Nuestra Señora de la Merced era hombre del Cabildo de la ciudad.

Para quitarlo de en medio, el gobernador acusa a Piñero de “*público escandaloso y anticuado amancebamiento en que permanece con abandono y sin hacer vida maridable*” ¹⁶; pide se allane la inmunidad y se remita el reo al Gobierno de la Provincia. Frente a esta disposición, el provisor se limita a exigir el testimonio del exhorto gubernativo “*que en debida forma pedimos para resguardo de nuestra jurisdicción e inmunidad eclesiástica*”, y la caución juratoria “*en forma auténtica y judicialmente*” ¹⁷.

Lo que el provisor no ha advertido, o prejuiciosamente no ha querido advertir, es que, en el caso, por lo menos cabía dudar si el acusado gozaba o no de la inmunidad, y en esa circunstancia el delincuente no podía ser extraído antes de que el juez eclesiástico y el secular se cercioraran judicialmente si correspondía o no aplicar la normativa que regulaba el derecho de asilo ¹⁸. Es más, hasta se podía haber negado el allanamiento, ya que el concubinato no era un delito exceptuado ni por derecho pontificio ni por derecho regio.

El reo huye del convento y se pone en camino a Charcas donde interpondrá recurso ante el juez metropolitano, contra el provisor, querrellándose por haberle excluido de la inmunidad.

¹⁵ Confr. AAC, Leg. 37 *Causas criminales 1699-1756*, t. I, Exp. 2; *Ibidem*, Exp. 8; *Ibidem*, Exp. 10.

¹⁶ AAC, Leg. 37 *Causas criminales 1757-1788*, t. II, Exp. nE 4 s/f.

¹⁷ *Ibidem*, s/f.

¹⁸ Confr. G. SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, Matriti, 1780, t. I, Pars V,? *De delinquentibus ad ecclesiam confugientibus*, nE 3, 8-12, p. 201.

El juez de apelación dictará sentencia definitiva ese mismo año, declarando nulo todo lo actuado por el provisor Allende, y de ningún valor la licencia que concedió para allanar la inmunidad eclesiástica. Ordena trasladar los autos al obispo de Córdoba para que imponga el debido castigo a su provisor. El obispo cordobés separa de su cargo al provisor por su impericia e incorrecto proceder ¹⁹.

Fuera de estos casos muy acotados, las actas no señalan mayores abusos. Más bien se tiene la impresión de que siempre se alcanzó un encomiable grado de seriedad y dedicación de parte de los provisores, a pesar de los errores procesales y las limitaciones personales.

Provisores de la altura de los dos Salcedo, hombres templados y fuertes que sufrieron vejaciones y el destierro a manos de un gobernante cruel y arbitrario, y lucharon con firmeza en la defensa del indio, devuelven la fe y la esperanza en la justicia.

Los abnegados y desinteresados Tomás de Figueroa y Pedro Martínez de Lezana. Los dos Salguero de Cabrera, tío y sobrino, al segundo de ellos debemos el hospital San Roque, que desde el siglo XVIII sirvió a los más necesitados. Los sabios, virtuosos y prudentes Francisco de Vilches Montoya y Tejeda, Pedro Rodríguez, Mariano Calvo y Nicolás Videla del Pino ²⁰.

El deán Gregorio Funes, juez recto, probo, perspicaz e inteligente; Pedro Ignacio de Castro Barros, con su equilibrio y su amor ardiente a la verdad; Miguel Calixto del Corro, con su sólida preparación y actuación intelectual, amasadas en el sufrimiento, la calumnia y el destierro. La fuerza y la reciedumbre de Benito Lascano, su existencia moralmente intachable y batalladora; el talento y la sólida versación jurídica de José Gregorio Baigorri. Aun cuando no siempre lograron escapar de

¹⁹ La vista del promotor fiscal metropolitano dice: "... que de los autos y adjunto informe, aparece que hallándose la ciudad de Córdoba de dicha provincia, dividida en dos bandos o parcialidades, la una apellidada de los Allende, de la que es el referido provisor... y la otra el Ilustre Cabildo y Regimiento que compone el individuo suplicante; el Gobernador de aquella provincia Don Manuel Campero se mezcló en la liga y partido de los Allende; lo que ha ocasionado escandalosas y notorias discordias en la expresada república, y en su resulta dicho Gobernador dio orden para prender al suplicante Regidor, desarraigarle de su residencia..." (AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1757-1788*, t. II, Exp. 19, s/f.

²⁰ Confr. N.C. DELLAFERRERA, "Los provisores de Córdoba" en *Cuadernos de Historia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (en adelante ANDCSC), Córdoba, 1996, n. 6, págs. 79, 80, 81, 85, 89.

los avatares políticos de su tiempo, se brindaron sin límites a la administración de la justicia ²¹.

En el ocaso del siglo XIX surgen hombres serios, intelectualmente bien dotados, de arraigadas virtudes, como Eduardo Ramírez de Arellano, Jerónimo Emiliano Clara, Uladislao Castellano, Gaspar Martierena y David Luque, modelo de juez en causas matrimoniales ²².

La inmensa mayoría de ellos se ha graduado en Córdoba, algunos pocos en Charcas y muy excepcionalmente en España. En general, sólo poseen el título de maestro en artes, licenciado o doctor en teología, únicas facultades existentes en la universidad cordobesa, hasta la creación de la Cátedra de *Instituta* en 1791.

Sin embargo, es necesario hacer notar que en la vieja universidad, “*teólogos y artistas aprendían los principios del derecho canónico y civil que se hallaban muy entrelazados*” ²³. En la Facultad de Teología “*hubo cátedra y aun cátedras de derecho canónico desde principios del siglo XVII*” ²⁴. Muchos provisosores fueron verdaderamente versados en derecho canónico, como puede observarse en las actas de los procesos. Asimismo, las noticias que poseemos acerca de las bibliotecas de algunos de ellos ponen de manifiesto su preocupación por la literatura jurídica fundamental ²⁵.

Los provisosores con título en derecho canónico o civil fueron escasos. A lo largo de este período se suceden ciento diez nombres y sólo

²¹ Confr. *ib.*, “Los provisosores...”, cit., n. 6, págs. 90, 93, 95-96, 99.

²² Confr. *ib.*, “Los provisosores...”, cit., n. 6, págs. 98, 100, 101-103.

²³ Confr. C. LUQUE COLOMBRES, *Libros de derecho en las bibliotecas particulares cordobesas 1573-1810*, Córdoba, 1945, pág. 10. L.G. MARTINEZ VILLADA, *Notas sobre la cultura cordobesa en la época colonial*, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* 1919, pág. 186.

²⁴ G. FURLONG, *Historia social y cultural del Río de la Plata 1536-1810. El trasplante cultural: Ciencia*, Buenos Aires, 1969, pág. 249. Confr. R.A. ORGAZ, “Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, en *Anales*, Córdoba, 1944, págs. 195-201; E. MARTÍNEZ PAZ, “Una tesis de filosofía del siglo XVIII en la Universidad de Córdoba”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* 1919, págs. 228-253; O. GIACCHI, “La Compagnia di Gesù e la scienza del diritto”, en *Jus* 2 1942, págs. 368-384.

²⁵ Confr. C. LUQUE COLOMBRES, *Libros de derecho ... oc*, págs. 37, 39-46, 50-51, 55-61, 64-67, 70-73, 76-77.

siete de ellos poseían título académico en derecho. Ellos son, José Domingo Frías, provisor a partir de 1773, doctor en teología por Córdoba y graduado en leyes por Charcas; Mariano Calvo, provisor en 1780, doctor en cánones por la Universidad de Huesca (España); Gregorio Funes, provisor en 1793, doctor en teología por Córdoba y graduado en derecho civil y canónico en Alcalá de Henares; Juan Justo Rodríguez, provisor en 1812, doctor en teología por Córdoba y doctor en derecho canónico y civil por Charcas; Juan Francisco de Castro y Careaga, provisor en 1815, doctor en derecho canónico y civil por Charcas; David Luque, provisor en 1876, doctor en teología y cánones por Córdoba; Jerónimo Emiliano Clara, provisor en 1883, doctor en teología y derecho canónico por Córdoba ²⁶.

Esta carencia de títulos universitarios en derecho motivó la exigencia de los asesores letrados. En la Audiencia Episcopal, el asesor aparece por primera vez a fines del siglo XVIII. En el lapso que corre entre 1810 y 1888, la presencia del asesor letrado se multiplica lenta y constantemente en los juicios matrimoniales ²⁷. Se ve al provisor designar a los asesores y a las partes ejercer el derecho de recusación. La función del asesor cobra importancia y su parecer era tenido en cuenta muy seriamente en todos los casos. Particularmente en las causas de divorcio, el provisor hacía suyo el dictamen del asesor con un simple “*téngase por sentencia*”.

Creemos que este cambio operado en el Tribunal Eclesiástico, obedeció a las exigencias establecidas por la Real Audiencia de Buenos Aires para los tribunales de su competencia ²⁸. Es muy posible

²⁶ Confr. N.C. DELLAFERRERA, “Los provisores...”, cit., n. 6, págs. 88, 89, 90, 92, 93, 103.

²⁷ La figura del asesor letrado está presente en treinta y dos juicios matrimoniales, entre 1811 y 1888. Confr. AAC, Leg. 201 *Divorcios ... 1811-1814*, t. VIII, Exps. nE3, 7; Leg. 202 *Divorcios ... 1815-1825*, t. IX, Exp. nE 3; Leg. 203 *Divorcios ... 1826-1849*, t. X, Exps. nE 16, 26, 45, 51; Leg. 204. *Divorcios ... 1850-1866*, t. XI, Exps. 6, 11, 19, 21, 24, 25; Leg. 205. *Divorcios ... 1866-1869*, t. XII, Exps. 1, 4, 5; Leg. 206 *Divorcios ... 1871-1872*, t. XIII, Exps. 1, 2, 5; Leg. 207 *Divorcios ... 1872-1873*, t. XIV, Exp. 1; Leg. 208 *Divorcios ... 1874-1875*, t. XV, Exps. 1, 2, 3; Leg. 209 *Divorcios ... 1875-1876*, t. XVI, Exp. 1, 5, 6, 8, 11; Leg. 210 *Divorcios... 1877-1884*, t. XVII, Exps. 10-13; Leg. 211 *Divorcios ... 1885-1905*, t. XVIII, Exps. 1, 4, 5, 8, 9, s/n entre los Exps. nE 12 y 13.

²⁸ J.M. MARILUZ URQUIJO, “El asesor letrado del virreinato del Río de la Plata”, en *Revista de Historia del Derecho*, t. III, Buenos Aires, 1975, págs. 165-228.

que éstas pasaran al fuero canónico durante el período español y primeros años de la vida independiente sin mayores traumas. Posteriormente, la presencia del asesor letrado en los procesos canónicos fue una exigencia de la legislación civil.

Llama la atención que entre 1811 y 1888, la asesoría letrada sea exigida en casi todos los casos de divorcio y no en aquellos que se tramita la nulidad matrimonial. De hecho hemos encontrado sólo tres causas de nulidad en que interviene el asesor: uno por clandestinidad, otro por impotencia en la que se nombra asesor sólo para la tercera instancia, y una última en que la causal es la violencia y el miedo grave.

Los asesores y los abogados que trabajaron en el Tribunal Eclesiástico, más allá de sus ideales políticos que les hicieron tomar caminos diferentes, fueron honestos e íntegros en sus costumbres. Todos ellos se proclamaban católicos. Para no ser tediosos citaremos algunos a modo de ejemplo: Rafael García, Jenaro Pérez, Nicéforo Castellano, Filemón Posse, Nicolás Berrotarán, Jerónimo Cortés y abogados de la talla de Juan Biale Massé. En sus escritos jurídicos se observa el respeto por la ley, todos obran a conciencia y son fieles a sus obligaciones, actúan con equilibrio e independencia de juicio, prudencia y responsabilidad²⁹.

III. El tribunal y su lucha por la justicia y la libertad

Desde muy antiguo la Iglesia defendió la libertad para contraer matrimonio. La nueva realidad americana puso a los obispos frente al viejo y reiterado problema, pero con características más complicadas. Por un lado debían enfrentar la prepotencia del conquistador o del colono que impedían o forzaban el matrimonio de quienes les estaban sometidos; y por otro, luchar contra la inveterada costumbre de los caciques indios que obligaban a sus súbditos a casarse con determinadas personas.

El mal se propagaba en las regiones del antiguo Tucumán. Trejo es consciente de que para extirparlo no bastaban las severas penas impues-

²⁹ Confr. N.C. DELLAFERRERA, "Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica en Córdoba (1688-1888)", en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1997, n. 25, págs. 151-154.

tas por el Concilio de Trento y constantemente renovadas por los concilios provinciales, de ahí el texto de la sinodal, y el recurso que en ella se hace al gobernador ³⁰.

Sin embargo, Trejo va más allá. No se conforma con renovar las penas existentes, ni en solicitar una ordenanza al gobernador, sino que coloca estos atentados en la lista de los pecados reservados ³¹. Era una manera particular de evidenciar la gravedad del delito.

El Segundo Sínodo del Tucumán vuelve a insistir sobre lo mismo. Habían pasado nueve años desde la celebración del primero y, probablemente, frente a la gravedad de las penas impuestas y a la firmeza del obispo en hacerlas cumplir, los encomenderos hallaron mañosamente la manera de salirse con la suya ³².

³⁰ “Habiendo considerado el grande atrevimiento que algunos tienen, en traspasar el derecho natural y divino, y las leyes eclesiásticas, y que sin temor de las excomuniones que el concilio general y el provincial han pronunciado contra los señores temporales que fuerzan o impiden los matrimonios, con todo eso cada día los hacen violentamente y los impiden, hemos diligentemente buscado algún remedio para ocurrir a tan grande mal. Para lo cual, ultra de las sobredichas penas, las cuales renovamos, en toda esta santa sínodo, pedimos al muy ilustre Gobernador hiciese una ordenanza, y nos en cuanto podemos hacemos la misma, por la cual diese y damos por perdido el derecho que tuvieren de servirse de los indios o indias, a los cuales violentamente casaren, o maliciosamente impidieren sus matrimonios. De suerte que por el mismo caso que el encomendero o cualquiera persona señor de indios impidiere a algún indio suyo el matrimonio, constando de ello con suficiente probanza, pierde el derecho que tiene de servirse de él, y el mismo pierde, cuando por la fuerza los casare. Y a nuestro pedimento y suplicación dijo el muy ilustre Gobernador haría ordenanza de lo que dicho es, y los encomendaría en el denunciador, cuando suficientemente se probase” (*Primer Sínodo del Tucumán 1597*, II Parte, const. 4 (en J.M. ARANCIBIA y N.C. DELLAFERRERA, *Los sínodos del antiguo Tucumán celebrados por fray Fernando de Trejo y Sanabria 1597, 1606, 1607*, edición crítica, con introducción y notas, preparada por... Facultad de Teología UCA, Buenos Aires, 1979, pág. 147).

³¹ *Primer Sínodo del Tucumán 1597*. II Parte, const. 11 (en *ibidem*, págs. 151-152, líneas 593-595).

³² “Porque muchas personas ponen impedimentos improbables para estorbar los casamientos de los naturales, y esto es contra los sacros cánones y santos concilios. Se ordena y manda que si alguna persona diere causa para que los tales casamientos no se hagan, se oigan por juez ordinario, y si dentro de un breve tiempo no las probara, y se viere la malicia de querer impedir el matrimonio, la tal persona caiga en pena de excomunión mayor *ipso facto incurrenda*, y sea condenado en cincuenta pesos corrientes; y so la misma pena se manda a los vicarios ante quien tales causas pasaren las hagan cumplir y ejecutar” (*Segundo Sínodo del Tucumán 1606*, cap. 18 (en *ibidem*, p. 190, líneas 1529-1538).

El tribunal apoyándose en el *Corpus Iuris Canonici*, en los textos del tridentino y de los concilios limenses, en las sinodales de Trejo y en doctrina enseñada en la Universidad de Córdoba desarrolló amplia labor espiritual.

En sus clases, Domingo Muriel, comentando la constitución de Urbano VIII del 22 de abril de 1639, para conocimiento de sus alumnos, insertaba la *Instrucción para confesores del Río de la Plata*, dada y mandada guardar por el obispo del Paraguay, fray Martín Loyola, donde se afirmaba que no se puede forzar ni impedir el matrimonio de los indios porque son libres y no esclavos ³³.

Esta libertad fue conculcada por las mezquindades y los intereses espurios de los encomenderos que no respetaban la normativa conciliar, a pesar de protestar con juramentos y palabras altisonantes su fe y su condición de cristianos comprometidos. Ellos fueron los peores explotadores del indio, a pesar de las disposiciones regias en favor de los naturales, olvidando con excesiva frecuencia la más elemental humanidad y poniendo en peligro la eficacia de la evangelización ³⁴.

El archivo del tribunal guarda algunos casos harto significativos que ponen en adecuada luz la tarea judicial.

Petrona y José comenzaron a susurrarse su amor adolescente en la lengua del Cuzco, cuando en las sierras de Catamarca nacía la primavera de 1707. Nunca imaginaron que don Santos de Toledo Pimentel, señor y encomendero de Petrona, intentaría impedir el matrimonio y una vez celebrado conseguiría que el gobernador deportara a la mujer apartándola de su marido ³⁵.

³³ “Que los indios que llaman yanaconas no se pueden dar en casamiento contra su voluntad, ni apartando los hijos de sus padres, porque son libres y no esclavos. Que a los indios en orden a sus casamientos se dé toda libertad, porque si se casan contra su voluntad, los que los forzasen a ello están *ipso facto* excomulgados por el Concilio de Trento. Y los que impiden sus casamientos pecan gravemente, y han de ser descomulgados según el Concilio Limense manda” (Confr. MORELLI, *Fasti novi orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium breviarium cum adnotationibus*, Venetiis 1776, Ord. 295, 14, 15).

³⁴ Confr. A. DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, lib. II, tract. I, sec. 1, n. 1, ed. crítica por C. Baciero, M. Corrales, J.M. García Añoveros y F. Masada, *Corpus hispanorum de pace*, Madrid 1995, vol. II, t. I, págs. 387-388.

³⁵ Confr. AAC, Leg. 193 *Juicios por esponsales 1702-1765*, t. I, Exp. 2, fs. 1r-3v.

La exposición del encomendero es falaz desde el principio. Dice que el cura de la sierra no los casó porque José y Petrona no querían contraer matrimonio y que el indio no tenía la edad competente y no sabía rezar ni persignarse y que todo consta por los autos obrados en la ciudad de Catamarca.

El indio, a pesar de sus escasos quince años, defiende su derecho y se acoge a la protección de la justicia eclesiástica. La sumaria abierta por el juez eclesiástico de La Rioja demostrará la mala fe y la conducta artera de Toledo Pimentel ³⁶.

Ni el cura negó el casamiento ni se instruyó sumaria alguna en el caso. Frente al sarcasmo del juez secular que argumenta no ser clérigo el indio *Joseph*, ni monja la mestiza Petrona, ni gozar de exención eclesiástica ³⁷; el juez eclesiástico de La Rioja se limita a exhibir su título de juez y la cláusula en él inserta contra las justicias seculares que se entrometieren en causas meramente eclesiásticas ³⁸.

³⁶ El Mtro. Baltazar Vargas Machuca, cura de naturales de San Fernando de Catamarca, responde al exhorto en los siguientes términos: “[29.X.1707] Certifico y doy fe que siendo yo cura del partido de Londres en las matrículas que hice averigüé tener catorce o quince años el indio Joseph contenido en dicho escrito y que fue bautizado en la estancia de Chumbicha y que no habiendo otro impedimento los podrá casar vuestra merced” (AAC, Leg. 193 *Juicios por esponsales 1703.1765*, t. I, Exp. 2, fs. 3v; a renglón seguido el el Mtro. Lázaro de Villafañe y Guzmán, cura y vicario de Catamarca informa sobre lo obrado por el cura de la sierra Juan Tomás Lobo, *Ibidem*, fs. 3v-4r).

³⁷ “[18.I.1708] el indio Joseph no es clérigo ni goza de exención eclesiástica para que la Real Justicia no conozca de sus causas, ni menos monja la dicha Petrona porque la susodicha se ha criado en esta ciudad a vista mía y de todo el pueblo y no es lo mismo ser casada para inhibirse del Juzgado Real por delitos que pueden cometer y si el sacramento del matrimonio y exención eclesiástica a los casados, como Su Alteza desterró perpetuamente al sargento mayor Andrés de Brizuela de esta ciudad, dejando su mujer [...]” (AAC, *Juicios por esponsales 1702-1765*, t. I, Exp. e, fs. 8v-9r).

³⁸ “[25.I.1708] Contra las justicias seculares que se entrometieren a conocer de causas de idolatría o matrimoniales o de otras meramente eclesiásticas, haréis información y nos la remitiréis o a nuestro provisor y vicario general y en las dichas causas procederéis como hubiere lugar por vuestro oficio, como si las dichas Justicias no hubiesen hecho cosa alguna en ellas, arreglándose su merced a dicha Instrucción, sin pasar a las demás diligencias que por derecho está dispuesto en defensa y libertad del santo sacramento del matrimonio e inmunidad eclesiástica, como consta y parece por los autos que se han obrado en este Juzgado, añadiéndose a esto el embarazo que puso el capitán don Santos de Toledo el año

El primer proceso de nulidad que obra en el archivo del Arzobispado de Córdoba data de 1697. La causa es accionada por Juana de Cabrera³⁹. Natural y vecina del Río Cuarto, y habitante en una de las ricas estancias de la familia, descendiente del fundador de Córdoba, hija de Juan de Cabrera y Velasco y sobrina del alcalde provincial, don José de Cabrera y Velasco. Posiblemente mestiza, hija de una india pampa, ya que en ningún documento aparece el nombre de la madre, y ella misma se queja de haber sido llamada así por su prometido esposo. El matrimonio había sido celebrado en La Lagunilla en noviembre de 1696.

La mujer sostiene con ímpetu que fue forzada por su padre, quien nunca la hizo dueña de la libertad de la que en estos casos deben gozar las hijas, a lo que se añadió el temor y respeto que debía a su tío, el capitán don José de Cabrera, alcalde provincial.

El 7 de enero de 1700, el obispo Mercadillo declarará nulo este matrimonio, por falta de consentimiento, por no haber convivido los esposos y no haber observado la forma canónica. Diez días más tarde Juana de Cabrera inicia ante el cura de la Catedral los trámites legales para unirse en matrimonio con Roque Solís⁴⁰.

En 1726 Juana de la Masa, natural y vecina de la doctrina de Belén, partido de Londres en Catamarca, ha sido compelida por su madre a casarse con Nicolás Cuello, natural de Coquimbo en el reino de Chile y residente en Belén. A la violencia materna, se asocia la grave negligencia del cura y vicario, quien no sólo omite las proclamas ordenadas por el Concilio de Trento, sino que no escucha a la mujer que antes del matrimonio le expone su voluntad contraria al matrimonio. La boda se había celebrado el 9 de mayo de 1726. Después de una breve convivencia marital, la mujer interpone demanda de nulidad el 14 de julio del mismo año.

pasado de mil y seiscientos y noventa y dos, en veinticuatro días del mes de octubre en la ciudad de Santiago del Estero, contra el capitán Juan Ramírez de Contreras, habiendo ocurrido el susodicho por la gracia y dispensación a S.Sria del Ilustrísimo Deán y Cabildo en sede vacante, y dispuso contra el susodicho por un escrito dicho don Santos de Toledo [...] sólo a fin de embarazar el santo matrimonio. Y se halló ser ninguna dicha su deposición [...] (AAC, Leg. 193 *Juicios por esponsales 1702-1765*, t. I, Exp. 2, fs, 9v-10r).

³⁹ AAC, Leg. 194 *Divorcios ... 1688-1745*, t. I, Exp. nE 3. Confr. R.I. PEÑA, "Juicios de declaración de nulidad de matrimonio en Córdoba del Tucumán (siglo XVIII): un caso jurisprudencial", en *Anales*, ANDCSC, Córdoba, 1986, t. XXV, págs. 141-167.

⁴⁰ Confr. AAC, Leg. 60 *Expedientes matrimoniales 1664-1703*, Exps. 48, 49, 50.

Se declara nulo el matrimonio por la violencia ejercida sobre la mujer y se procesa al cura por su negligencia ⁴¹.

El indio Vicente Sopena ⁴², natural de los reinos del Perú, indio pobre, foráneo y al presente en ésta de La Rioja, encarcelado y puesto en el cepo por la justicia secular, es forzado a casarse con Josefa Díaz, natural y vecina de La Rioja. El expediente demuestra que la mujer no es ni fue honesta, ya que había sido embarazada por un tercero. Después del casamiento el indio se niega a convivir, y el 1º de octubre de 1746 interpone demanda de nulidad por violencia y miedo.

La parda Victoriana Moyano ⁴³ habitaba al otro lado de La Cañada, en los arrabales de la ciudad de Córdoba. No se sabe bien por qué motivos, posiblemente por razones económicas, el cura coacciona a la mujer a prestar el consentimiento matrimonial. Durante cinco horas presiona a la novia con amenazas de diverso tipo. El escaso público ve y oye, pero nadie defiende ni ayuda a la mujer. Finalmente, cede y se celebra el matrimonio con una débil protesta de la mujer amedrentada, quien tiene por nulo el matrimonio desde un primer momento, negándose a convivir con el hombre que se le ha impuesto violentamente.

El obispo hará justicia a la parda Victoriana de manera realmente ejemplar. En ningún momento cuestiona a la mujer, ni al pardo Francisco Ayala. Todo el peso de la ley cae sobre el sacerdote, sobre quien se acumulan cargos graves que fundamentan la sentencia condenatoria.

Se comienza descubriendo la mentira del cura, quien para inducir a la parda le asegura falsamente que ha obtenido del obispo la dispensa del

⁴¹ Confr. AAC, *Divorcios y nulidades matrimoniales 1688-1745*, t. I, Exp. 9. Confr. N.C. DELLAFERRERA, "La violencia y el miedo como causa de nulidad matrimonial en la Audiencia Episcopal del antiguo Tucumán (1697-1804)", en *Cuadernos de Historia*, ANDCSC, nE 10, Córdoba 2000, págs. 86-87.

⁴² AAC, Leg. 195 *Divorcios ... 1746-1785*, t. II, Exp. nE 2. Confr. R.I. PEÑA, "Fuentes del derecho canónico indiano: los autores, Anacleto Reiffenstuel y el *jus canonicum universum*", en *Anales*, ANDCSC, Córdoba, 1988, t. XXVI, págs. 156-160. No se analiza el proceso incoado por Claudia Díaz contra Antonio Solórzano por violencia, miedo e inconsumación del matrimonio, porque son sólo dos fojas escritas por ambos lados, sin fecha ni proveído (AAC, Leg. 194 *Divorcios ... 1688-1745*, t. I, Exp. nE 15).

⁴³ AAC, Leg. 198 *Divorcios... 1795-1799*, t. V, Exp. nE 2. Confr. N.C. DELLAFERRERA, "Un caso de nulidad matrimonial en el siglo XVIII", en *Teología*, t. 28, Buenos Aires, 1991, págs. 97-110.

impedimento de afinidad y que para conseguirla ha depositado el dinero que marca el arancel en la secretaría de la curia. Que no ha realizado las proclamas que dice haber hecho. Que ejerció violencia sobre la mujer por más de cinco horas.

La sentencia será neta. Al Maestro Alejandro Ramis se le impone prisión durante un año en el colegio seminario. Asistirá todos los días, mañana y tarde, a rezar en el coro de la iglesia catedral, entrando por la puerta privada que cae al colegio. Asimismo, se le manda restituir a Francisco Ayala los 22 pesos que le tomó para el casamiento; se lo priva de la ayudantía de cura del partido de San Vicente y se lo condena en costas ⁴⁴.

Frente a estos casos, es importante destacar cómo se procura hacer justicia a todos, cualquiera sea la extracción social de la que se provenga. Se castiga a aquellos curas que delinquen, prestándose a negocios no siempre congruentes con su estado, o cediendo a presiones de los poderosos, o no observando las normas del derecho canónico, o que se exceden en el cumplimiento de sus deberes, viendo o queriendo ver promesa de matrimonio donde sólo ha habido fornicación, o simple debilidad humana.

Queda el sabor amargo que produce contemplar que los coaccionados son generalmente mujeres pobres y desvalidas, o indios, o esclavos, raras veces hombres libres. Sin embargo, el disgusto se mitiga considerando que a todos se hace justicia de buena ley. El juez, dice el derecho para todos ⁴⁵, y se pone de manifiesto la independencia del juez eclesiástico que contradice y frustra los deseos de los encomenderos y ricos feudatarios.

IV. La tutela de la dignidad de las personas: el doble procedimiento en las causas de divorcio

La característica más llamativa en la actividad de este tribunal eclesiástico en la segunda mitad del siglo XIX es el procedimiento empleado

⁴⁴ Confr. AAC, Leg. 198 *Divorcios... 1795-1799*, t. V, Exp. nE 2, fs. 11v-12v.

⁴⁵ “El *iudex dicit ius* (*iu[s]-diciu[m]*); y el *ius* se revela *dicendo*. Corre entre *ius* y *iudicium* la misma diferencia que entre el espíritu y el cuerpo: *iudicium* es la encarnación del *ius*” (F. CARNELUTTI, *Arte del derecho (seis meditaciones sobre el derecho)*, Buenos Aires, 1956, pág. 69.

en los denominados “*juicios verbales de divorcio*” accionados en el ámbito de su jurisdicción. En estos casos se concedía a los cónyuges la separación temporal o por tiempo indefinido⁴⁶.

Según las actas examinadas, esta praxis comienza a insinuarse en 1826 y se retoma de manera intermitente en los años subsiguientes. En 1858 se abre una constante procesal que se cierra en 1860. Durante los siguientes dieciséis años se borra todo rastro de este singular tipo de procedimiento sumario. De la documentación existente en el archivo del tribunal se deduce que en este lapso todos los pleitos de divorcio se sustancian de acuerdo con las normas del proceso ordinario. Recién en 1876 se vuelve a la práctica antes mencionada que se continúa ininterrumpidamente hasta 1906.

Sea como fuere, se trata de más de treinta años de una práctica judicial continuada. No tenemos dudas de que este prolongado lapso evidencia una conducta pastoral digna de destacarse por su hondo contenido catequético, fácilmente perceptible en las resoluciones adoptadas por el juez. Creemos que esto es lo realmente valioso. Quizás, desde la perspectiva histórico-canónica no sea una novedad, pero la cantidad de resoluciones tomadas por el juez de matrimonios, son una demostración de las posibilidades reales del derecho canónico puesto al servicio de la pastoral matrimonial.

Se observa entonces, sin esfuerzo, el empleo de un doble procedimiento en la solución de los pleitos de divorcio. Por un lado se aplica rigurosamente el contencioso, con despliegue de jueces, asesores letrados, promotores fiscales, notarios, tasadores de pleitos y reguladores de honorarios. En la otra vertiente, se transita una vía más pastoral que judicial, casi se podría decir que extrajudicial.

Comparativamente, las causas definidas en la vía contenciosa: divorcios y nulidades, son las menos. En el período que va desde 1850 hasta 1900 los contenciosos son apenas 64, mientras que las demandas verbales interpuestas por los cónyuges que quieren separarse suman 1764.

⁴⁶ Confr. N.C. DELLAFERRERA, “El tribunal eclesiástico de Córdoba en la segunda mitad del siglo XIX”, en *Revista de Historia del Derecho*, nE 24 Buenos Aires, 1996, págs. 15-18.

En este último procedimiento, las actas son muy simples y escuetas. Se limitan a consignar los nombres de los esposos en litigio; las causales invocadas para obtener la separación; las veces que los cónyuges han sido oídos por el juez de matrimonios; si se han cumplido o no las consignas propuestas por el juez; si existen separaciones anteriores; y finalmente, el juez deniega o declara la separación por un tiempo limitado o por un tiempo indefinido.

Frente a este cúmulo de datos cabe preguntarse: ¿por qué los fieles cristianos de esta diócesis recurren mayoritariamente a esta forma de procedimiento para obtener la separación? Las actas no lo dicen expresamente. Sin embargo, hay suficientes elementos que permiten esbozar una respuesta. Los datos salientes, que no son únicos, pueden resumirse así:

- a) consejo del juez de matrimonios;
- b) deseo de evitar el juicio contencioso de divorcio por las molestias y gastos que ocasiona;
- c) la esperanza de que desaparezcan los motivos que impiden la convivencia y que una mejor reflexión permita conseguir nuevamente la paz de los espíritus.

Desde el punto de vista de las ideas morales, el contenido de las actas es sumamente interesante. La lectura permite apreciar los consejos y las resoluciones del juez; las respuestas de los esposos; los medios empleados para lograr el avenimiento de los cónyuges, o al menos, superar las fricciones que imposibilitaban el diálogo entre las partes. En la mayoría de los casos, marido y mujer se presentan conjuntamente ante el juez eclesiástico y solicitan la separación. Aquí es donde se inicia el trabajo realmente arduo del juez.

Para tener una idea fundamental del contenido de estas actas, el análisis puede ordenarse en torno a tres núcleos fundamentales:

- a) causas que influyen o determinan la separación;
- b) tiempo determinado o indefinido de la separación acordada por el juez;
- c) sanciones que se imponen y medidas espirituales que se sugieren para obtener la corrección y la reconciliación de los esposos.

Si el procedimiento judicial canónico fue y es sumamente respetuoso de la intimidad de las personas que litigan, esta praxis pone de relieve la particular sensibilidad de estos jueces de Córdoba frente a las personas

que sufren la dolorosa situación de un vínculo cuestionado y a la postre roto. Por otra parte, esta conducta procesal evidencia que ciertos aspectos de la reforma introducida por la ley 17.711 de 1968, estaban presentes en la jurisprudencia de este tribunal, particularmente la posibilidad de la presentación conjunta y la reserva en indicar los hechos aducidos.

V. Sensatez y respeto a las personas en las causas de la fe

Por decreto del 24 de marzo de 1813 la Asamblea Constituyente suprimía el Tribunal de la Inquisición en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata ⁴⁷. De hecho el tribunal del Santo Oficio no ejercía jurisdicción alguna desde 1810 ⁴⁸. Entre octubre de 1813 y febrero de 1871 se iniciaron quince causas por presunta herejía. De ese total cinco carecen de proveído; cinco están incompletas; en una el reo se retracta; en otra se dicta sobreseimiento; en tres la sentencia será negativa, es decir que no consta haya existido el delito.

De todos estos juicios, uno es paradigmático y expresa acabadamente la mentalidad y las circunstancias de la época que se vivía en Córdoba.

El juicio se inicia ⁴⁹ el 13 de setiembre de 1844, previa denuncia planteada por el rector de la Universidad, Dr. Estanislao Learte, contra el alumno Federico Mayer, alumno de la Facultad de Artes -que se dice hijo

⁴⁷ El decreto decía textualmente: “Queda desde este día absolutamente extinguida la autoridad del Tribunal de la Inquisición en todos los pueblos del territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y por consiguiente se declara devuelta a los ordinarios eclesiásticos su primitiva facultad de velar sobre la pureza de la creencia por los medios canónicos que únicamente puede conforme al espíritu de Jesucristo, guardando el orden y respetando los derechos de los ciudadanos” (E. RAVIGNANI, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. I, 1813-1833, Buenos Aires, 1937, pág. 30).

⁴⁸ Confr. A. MOYANO ALIAGA, *Heterodoxos de la primera hora*, en *Archivum*, t. V, Buenos Aires, 1961, págs. 252-262, donde el autor examina tres casos instruidos entre 1811 y 1814.

⁴⁹ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1834-1871*, t. VIII, Exp. 13, fs. 4r. Confr. N.C. DELLAFERRERA, “Un proceso del siglo XIX (actualidad del estudio de las fuentes del derecho canónico)”, en *AADC*, vol II, Buenos Aires 1995, págs. 115-137.

de alemanes- que residía en Buenos Aires y se hospedaba en Córdoba en la casa de doña Benita Cabrera ⁵⁰.

La tarde del 15 de setiembre de 1844, el joven estudiante era arrestado e incomunicado en las galerías altas del cabildo. La orden había sido impartida por el provisor y gobernador del obispado en sede vacante, previo el auxilio del brazo secular.

La causal se refiere a la presunta herejía por negación de la inmortalidad del alma; de la existencia y venida del Mesías; de la transubstanciación y de la resurrección de Lázaro. El proceso se desarrolla con notable celeridad, en menos de un mes, el juez dictará sentencia.

Vista la denuncia, el provisor decreta la iniciación de la sumaria y en consecuencia, el 14 de setiembre, interroga a los testigos que la noche del 11 de setiembre presenciaron los hechos en la tienda de don Antonio del Viso. Todos coinciden, con más o menos detalles, que el joven ha proferido las afirmaciones heréticas que se le imputan, tanto en la ciudad, como en el viaje que lo condujo de Buenos Aires a Córdoba.

Cuarenta y ocho horas después de su arresto e incomunicación, el reo es puesto ante el provisor, y sometido a interrogatorio sobre los puntos contenidos en la denuncia, así como en las respuestas de los testigos interrogados durante la sumaria ⁵¹.

Absuelta la confesión, el curador interpone el recurso de excarcelación ⁵², que le es inmediatamente concedida. A partir de este momento el expediente pasa a la asesoría letrada.

⁵⁰ Confr. F. MAYER ARNOLD, *Del Plata a los Andes. Viaje histórico a través de la República Argentina (en la época de Rosas)*, Buenos Aires, Huarpes, 1944, págs. 9-14. En estas páginas del prólogo J.L. Trenti Rocamora aporta datos valiosos acerca de la vida del Dr. Mayer.

⁵¹ Al imputado no se le exigió el juramento porque estaba prohibido en la ley fundamental de la Provincia. Confr. *Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba* del 30 de enero de 1821, Sección Octava, Capítulo XXI, art. 3, en C.R. MELO, *Constituciones de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, 1950, pág. 74.

⁵² *Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba* del 30 de enero de 1821, Sección Octava, Capítulo XXI, art. 10? y 11?, en C.R. MELO, *Constituciones ... oc.* p. 75. El curador dice textualmente: "Don Alejo del Carmen Guzmán, curador *ad litem* del menor Don Federico Mayer, ante V.S. como más haya lugar en derecho, digo: que hacen tres días que se halla preso mi representado de orden del Señor Gobernador en las galerías del cabildo por la causa que se le sigue ante V.S. imputándosele el delito de haber hablado

El asesor se mostrará ponderado en todo momento. Su dictamen del 3 de octubre de 1844, que por el *cúmplase* del provisor, se convertirá en sentencia firme, es un modelo de equidad, de sano y sabio sentido de responsabilidad y respeto a la persona. El asesor afirma que: “*por la conciencia que tiene formada, es del sentir, siguiendo la doctrina corriente de los Autores, que el Tribunal, sin pasar adelante debe absolver al procesado definitivamente*”⁵³.

El 7 de octubre, el provisor decreta: “*Conformándonos con el anterior dictamen en todas sus partes, téngase por sentencia definitiva y hágase saber*”⁵⁴. Es decir, no hay mérito para continuar la causa porque no hay delito y la decisión es sobreseer. El alumno es solamente apercibido en virtud de la imprudencia que ha manifestado en sus discusiones.

Ello no obstante, y en virtud de que la religión católica era la religión del Estado provincial, la autoridad secular toma cartas en el asunto un año y tres meses después de la sentencia del tribunal eclesiástico.

Se ordena la requisa de la habitación del estudiante y un notario del Poder Ejecutivo provincial levanta un acta con el inventario de los libros que componían la biblioteca del joven universitario. Los libros requisados son entregados a la curia para su revisión y estudio. La autoridad eclesiástica elude el encargo, aduciendo que muchos de los libros están escritos en inglés, que en la ciudad no hay gente competente en esa lengua que pueda hacer de censor, y se limita a informar de acuerdo con el Índice de libros prohibidos.

Se trata de veintiséis excelentes títulos, que no pueden ser compulsados, ya que no conocemos ninguna investigación que ofrezca el contenido de las bibliotecas estudiantiles en Córdoba a fines de la primera mitad del siglo XIX. Sorprende la riqueza, encerrada en la biblioteca de

contra los misterios de nuestra sagrada religión, por el cual delito, aunque se le pruebe haber sido su ánimo querer dogmatizar contra los misterios de la religión católica, lo que niego, no se le puede castigar con pena corporal afflictiva; y habiéndosele tomado la confesión, y serle de grave perjuicio, principalmente en este tiempo, la falta de asistencia al aula y demás ejercicios literarios. A V.S. pido y suplico mande excarcelarlo y ponerle en libertad bajo la fianza de cárcel segura, que estoy pronto a dar” (AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1834-1871*, t. VIII, Exp. 13, fs. 13r).

⁵³ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1834-1871*, t. VIII, Exp.13, fs. 15v-18r.

⁵⁴ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1834-1871*, t. VIII, Exp.13, fs. 18v.

un estudiante que apenas tenía dieciocho años. A juzgar por las obras inventariadas, tenemos la impresión de que no sólo podía leer latín e inglés, sino que sus inquietudes intelectuales son más que llamativas en un período que no pocos historiadores han considerado de crisis y aun de chatura en la vida universitaria ⁵⁵.

Pensamos que el estudio de las actas de los procesos de la fe contribuye al conocimiento de un período difícil de nuestra historia, todavía habitado por fantasmas, que impiden ver la realidad y las fuertes personalidades de esa época. La lectura de estos procesos nos lleva a la conclusión de que las causas de la fe fueron muy escasas en esta región y sus sentencias generalmente benignas. En el lapso posterior a 1810 la actitud de la justicia eclesiástica es cada vez más prudente.

VI. Justicia, humanismo y misericordia en las sentencias

Abordaremos este tópico analizando las causas criminales sustanciadas contra delincuentes que pertenecían al estado clerical. Prestaremos particular atención a los juicios contra los clérigos que injuriaban a los indios y a las personas de servicio con castigos injustos. Asimismo, tendremos en cuenta la actitud tomada por la autoridad eclesiástica contra aquellos que ofendían a la justicia secular, y a quienes descuidaban sus deberes ministeriales.

Son diez los juicios contra clérigos que violaban las normas de la Corona y de la Iglesia castigando a los indios o personas de su servicio. De éstos, cinco están incompletos; en cuatro casos el juez dicta sentencia, y en uno las partes se reconcilian. Tomaremos un caso modélico.

En setiembre de 1701 el protector general de naturales acusa criminalmente a Cristóbal Sánchez de Olivera, cura de la Punilla y Traslasierra, por haber azotado a unos indios y hecho tusar a algunas indias. Se instruye la sumaria para la verificación de los hechos denunciados y se da traslado al acusador, para que en nombre de los indios agraviados ponga querrela contra el cura que ha delinquido tan

⁵⁵ Confr. N.C. DELLAFFERRERA, "Un proceso del siglo XIX...", en *ibidem*, págs. 134-135.

gravemente, olvidando que su conducta, además de ser injusta, lleva a los indios a aborrecer la fe que él mismo les predica, porque no puede ser buena una religión enseñada por un cura desalmado y explotador ⁵⁶.

En marzo de 1702 el juez eclesiástico dictará sentencia afirmativa, es decir que consta del delito cometido. El cura es condenado a indemnizar económicamente a los indios, a quienes se deja expedito el camino para demandar civilmente al cura, que además es condenado en costas. El resto de la pena le es conmutado por los perjuicios padecidos durante la causa. Se le apercibe se abstenga de semejantes excesos por estar prohibidos por el sínodo de 1597 ⁵⁷ y por las leyes de Indias.

En tiempos del obispo Moscoso y cuando el deán Funes se desempeñaba como provisor, el chantre José Lino de León manda azotar a la india de su servicio. El indio Matías Rearte, marido de la mujer agraviada, acusa criminalmente al prebendado. Sustanciado el proceso, el obispo, dado el cúmulo de delitos cometidos por el prebendado, elevará el caso al rey, quien condenará al canónigo delincuente. El obispo se limitará a proveer en los siguientes términos: *“Háse por conclusa esta causa respecto a que S.M. en la Real Cédula del treinta de mayo de 1797, que en testimonio se halla en este expediente, se ha servido determinarla, mandando que de las temporalidades del Chantre Dr. José Lino de León se den cien pesos a Matías Rearte que es lo mismo que solicitó su defensor ... y se condena al Chantre en las costas causadas”* ⁵⁸.

El 20 de enero de 1843 el defensor general de pobres Dr. Agustín Sanmillán acusa criminalmente a Salustiano de la Bárcena, cura rector interino de la catedral. Se le pone querrela por haber ejercido violencia y golpeado a Nicasia Posse. El 7 de febrero del mismo año el provisor Martierena, previo recurso al brazo secular, manda encarcelar al clérigo en el convento de Santo Domingo, y lo condena a pagar \$ 25 a la mujer agraviada. El reo manifiesta carecer de ese dinero. La suma es

⁵⁶ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1699-1756*, t. I, Exp. 3, fs. 1r-10v.

⁵⁷ Confr. *Primer sínodo del Tucumán 1597*, II Parte, const. 13 (en *ibidem* págs. 153-154, líneas 628-652).

⁵⁸ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1795-1806*, t. IV, Exp. 5.

satisfecha por el contador de diezmos, a cuenta del haber que correspondía al cura ⁵⁹.

Los juicios accionados contra los clérigos que atentaron contra la justicia secular con injurias verbales y violencias reales, son tratados por el juez eclesiástico con marcada firmeza y equidad. Suman un total de quince en el lapso de ciento cincuenta y dos años.

Uno de los más interesantes es el sentenciado por el deán Funes el 28 de marzo de 1794. El clérigo Francisco Villacorta había usado violencia contra Mateo de Medina y Sotomayor, alcalde de segundo voto y sargento mayor de la plaza de Anguinán. Le había insultado, tirado lazazos con la rienda de su caballo y empleado armas de fuego para arrebatarle con violencia a su cuñado preso de la Real Justicia.

Se le condena a reclusión y se le manda hacer ejercicios espirituales para que conociese las obligaciones de su estado; se le embargan \$ 100 para solventar las costas y se libra oficio a la Real Justicia y al teniente de gobernador comunicando que el atropello había sido vindicado ⁶⁰.

De la misma época es la querrela de Nicolás Cabrera, alcalde ordinario de primer voto, contra el capitular José Lino de León por ultrajes a la Real Jurisdicción. El obispo Moscoso dicta sentencia el 26 de setiembre de 1795 y condena al chantre a presentar las debidas excusas al alcalde, a pagar una multa de \$ 100 y las costas del proceso ⁶¹.

El canónigo se niega a cumplir la sentencia, entonces el obispo, además de la multa, lo priva de la tercera parte de la renta correspondiente a ese año y lo apercibe por última vez a que presente sus excusas al alcalde y que si hasta el toque del Ave María no ha cumplido lo encarcelará en el colegio seminario hasta “*que Su Majestad se sirva resolver lo que sea de su soberano agrado*” ⁶².

⁵⁹ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1834-1871*, t. VIII, Exp. 10, fs. 10v.: hay constancia del oficio librado por el provisor al contador de diezmos y certificación del defensor de pobres acreditando haber recibido del notario eclesiástico la suma exigida.

⁶⁰ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1789-1794*, t. III, Exp. 10, s/f.

⁶¹ Confr. AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1795-1806*, t. IV, Exp. 4, fs. 22v.

⁶² AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1795-1806*, t. IV, Exp. 4, fs. 26v. Consta en autos que el contador de diezmos, don Juan Manuel López, entregó al notario eclesiástico los \$ 100 correspondientes a la multa; que el contador de la mesa capitular entregó al notario los \$ 256 que sumaba la tercera parte de la renta del chantre, y que el mismo contador de diezmos entregó la cantidad de \$ 64, 2 rs. a que ascendía la tasación de las costas.

Los procesos sustanciados contra los clérigos que no cumplían sus deberes parroquiales son dieciocho, las causales se pueden agrupar en: desobediencia y desacato a la autoridad eclesiástica; inobservancia de la ley de residencia; maltrato a sus feligreses; concubinato; alcoholismo y juego.

El 30 de enero de 1702, el obispo Manuel Mercadillo, procede de oficio contra el Dr. Antonio Vélez de Herrera, cura y vicario del Río Tercero, por los capítulos de desobediencia, contumacia y rebeldía a los mandatos de su prelado. El 2 de agosto de 1703 dicta sentencia afirmativa, es decir que consta del delito cometido. La pena se agrava porque el cura ha huido de la prisión en que le había colocado el obispo. La sanción será durísima: excomunión; suspensión del beneficio parroquial por tres años, dejándole la mitad de su renta para su subsistencia y el pago de sus deudas. Se le condena en costas y a pagar cien pesos de plata corriente ⁶³.

El obispo Manuel Abad Illana procesa al Dr. José Lino de León, cura y vicario del Río Segundo, por negligencia en el cumplimiento de sus deberes de párroco.

La sumaria reproduce en la catequesis parroquial, que era uno de los puntos de la acusación. El capítulo a resolver: si era siempre necesaria la contrición para hacer una buena confesión, o si por el contrario bastaba la atrición ⁶⁴. Este era uno de los cargos que se hacían al cura de haber

⁶³ La sentencia dice textualmente: “En la causa criminal de acusación de desobediencia, contumacia y rebeldía [...] en consecuencia de lo cual, debemos amonestar y amonestamos al dicho Dr. Don Antonio Vélez, que de aquí en adelante sea más obediente a los autos y mandatos de su Prelado y se porte con temor, reverencia y miedo a las censuras y penas eclesiásticas. Y por cuanto, como de los autos consta se halla convencido en el quebrantamiento de los autos por Nos proveídos con pena de excomunión y de cien pesos de plata corriente y juntamente en haber quebrantado la cercelería que se le mandó guardar, con poco aprecio de la excomunión y del mandato de su Prelado. Por tanto lo damos por incurso en las penas impuestas en nuestro auto, para morigeración de su natural y ejemplo a los demás y que vivan con temor a las censuras eclesiásticas, le debemos de condenar y condenamos en pena de suspensión de beneficio por tres años, dejándole la mitad de la renta para su sustento y pagar deudas, la cual le será entregada por nuestra mano para quitar diferencias, y asimismo le condenamos en las costas del proceso, cuya tasación Nos reservamos” (AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1699-1756*, t. I, Exp. nE 5, fs. 38r-39r).

⁶⁴ Confr. *Concilio de Trento*, sesión XIV, cap. 4. Recuértese que la doctrina de la contrición imperfecta, llamada atrición fue impugnada por algunos autores en los siglos XVII y XVIII, pero se convierte en doctrina común a partir de la posición de San Alfonso que la calificó como doctrina cierta.

dicho en la catequesis “*que ya se iba introduciendo la herejía en Córdoba a gran prisa y que el Señor Obispo la iba introduciendo con esto de la atrición, enseñando que no sirve la atrición sin amor de Dios; que en España ya estaba totalmente introducida y que en breve la vería introducida en estas tierras*” ⁶⁵.

El obispo establece los puntos del interrogatorio para instruir la sumaria:

- a) si es celoso y puntual en el cumplimiento de los ministerios de su empleo de párroco;
- b) si asiste con puntualidad a los enfermos;
- c) cuántos ayudantes tiene y en cuál distancia;
- d) si explica la doctrina cristiana todos los días de fiesta;
- e) y si hacen memoria de que explicando la doctrina cristiana en dos o tres domingos del año pasado, dijo haber sobre lo que entonces explicaba algunas herejías en Córdoba;
- f) digan, si hacen memoria, qué sujetos nombró dicho cura por sembradores de dicha herejía o herejías.

La sentencia resultará adversa al cura que es privado judicialmente de su beneficio parroquial. En el proceso no aparece claro el motivo que impele al obispo a no hacer ejecutiva la sentencia e iniciar recurso ante el rey antes de declarar vacante la parroquia ⁶⁶.

El 10 de octubre de 1796, el obispo Angel Mariano Moscoso inicia de oficio causa penal contra el Dr. Vicente Peñaloza, cura y vicario de

⁶⁵ AAC, Leg. 37 *Juicios criminales 1757-1788*, t. II, Exp. nE 10, fs. 13r.

⁶⁶ En la sentencia se lee: “Vista por Su Señoría Ilustrísima la sumaria antecedente, y viéndose estrechado, por una parte del notorio perjuicio que causa la mala conducta del cura del Río Segundo Dr. Don José Lino de León en su curato al servicio de Dios y a las piadosas intenciones de Su Majestad en desterrar las antiguas doctrinas de este país, e introducir las sanas y oportunas al bien de las almas; y por otra la imposibilidad en que se halla de promover esta causa por los motivos que alega en su carta informe a Su Majestad, dijo Su Señoría Ilustrísima que en atención a lo mandado por Su Majestad en la Recopiladas de estos Reinos, tit. 5^ª, lib. 1^ª, ley 38, declaraba todo lo que resulta de dicha sumaria, por causa suficiente para remover del curato del Río Segundo al dicho Dr. Dn. José Lino de León, y mandaba que de todo se diese cuenta a Su Majestad para que si Su alta comprensión lo juzgase por motivo bastante, fijar edictos para la oposición y pasar a la provisión del nuevo cura con arreglo a las leyes del Real Patronato” (*Ibidem*, fs. 14v-15r).

Calamuchita por negligencia en el cumplimiento de los deberes parroquiales. El cura había sido advertido por el obispo durante la visita pastoral a su curato. Entonces le impuso la obligación de poner al día los libros parroquiales de la sede, como los que llevaban sus tenientes, en el término de seis meses. Transcurridos siete meses, el obispo solicita se le remitan todos los registros parroquiales, y ante el incumplimiento del cura, su procesamiento.

Se concluye con sentencia afirmativa del 11 de noviembre de 1796, es decir que consta de la negligencia en llevar los registros parroquiales, la inobediencia al obispo y estar implicado en asuntos de arriendos de haciendas y pleitos. Se le suspende *ad nutum episcopi* en el beneficio y se nombra en su lugar cura excusador ⁶⁷.

En junio de 1818 el provisor Manuel Mariano de Paz, recibe la denuncia de Mariano Usandivaras, patrón de la iglesia, contra el maestro Cosme Damián Blanes, cura y vicario de Ischilín por incumplimiento de los deberes parroquiales y concubinato.

Mariano Usandivaras dice en su presentación que recibe continuos insultos y desaíres “*sin más motivo que ser Patrón de este templo de la advocación del Rosario, edificado y costeadado por mis abuelos paternos; tasado en dieciocho mil y más pesos; y habiéndose elegido dicho templo por parroquia con el consentimiento de ellos, se les nombró para Patronos, debiendo recaer siempre en sus sucesores*” ⁶⁸.

Al comenzar la sumaria, el provisor ordena al cura y vicario que se retire de la sede parroquial a otra capilla, y a los denunciantes que se alejen de la parroquia a distancia competente “*mientras se subsancia la información, para evitar el influjo que unos y otros puedan tener en los testificantes y que puedan éstos declarar con imparcial libertad. Concluida se les noticiará para que se restituyan a sus domicilios*” ⁶⁹.

La sentencia resultará favorable al cura: “*Vistos con la retractación testimoniada del Pedáneo de Ischilín, lo que en ella se expre-*

⁶⁷ AAC, Leg. 37 Juicios criminales 1795-1806, t. IV, Exp. nE 9, s/f.

⁶⁸ AAC, Leg. 37 Juicios criminales 1816-1822, t. VI, Exp. nE 10, fs. 1r.

⁶⁹ *Ibidem*, fs. 5r-7r.

sa con referencia a los testigos sugestionados, la deserción del juicio por parte de los acusadores, el desobedecimiento de éstos a las citaciones de esta Vicaría General y Gobierno Eclesiástico, con otras justas consideraciones: Sobreséase en su actual estado esta causa, haciendo justicia: se absuelve de la instancia al Pbro. Cura Mtro. Don Cosme Damián Blanes; se declara no haber perjudicado ésta su reputación y buen concepto; se le deja el derecho a salvo para repetir contra los acusadores costas, costos, daños y perjuicios, y lo acordado, dándole los testimonios que pida para los efectos que le convengan” ⁷⁰.

El juez pedáneo se había retractado ante el gobernador intendente, con estas palabras: “... *el fingimiento, astucia y maliciosa seducción de Don Mariano Usandivaras, me ha precipitado al exceso de tener que tachar la conducta así política, como moral del Cura de aquella Doctrina, Maestro Don Cosme Blanes; lo cual meditado con el acuerdo racional y justo me obliga a que en público y ante este Superior Magistrado haga retractación en forma, de manera que todos los informes que se han girado contra dicho Cura, los repunte y tenga V. Señoría por enteramente falsos ...*” ⁷¹.

Durante la visita pastoral que el obispo Orellana realizó a La Rioja en 1812, el indio Silpituela acusa criminalmente a su párroco, de trato ilícito con su mujer ⁷².

Los indios Vicente Silpituela y Teodora Casiba son los protagonistas principales de este drama. Ambos fueron partes de una simultánea acción procesal, en la que Vicente no sólo acciona criminalmente contra el cura, sino que exigió se finalizara el expediente con el que había solicitado la nulidad de su matrimonio. Se trata de dos juicios paralelos.

La acusación del indio Silpituela tiene ribetes novelescos.

Durante tres noches de luna, aunque con cielo nublado, y sin ser visto por nadie, ni oído tan siquiera por los perros, observa sigilosamente la casa del cura y concluye que el párroco y Teodora mantienen relaciones sacrílegas.

⁷⁰ *Ibidem*, s/f.

⁷¹ *Ibidem*, s/f.

⁷² AAC, Leg. 201 *Divorcios ... 1811-1814*, t. VIII, Exp. n° 6, fs. 30r.

En el fallo pronunciado en la ciudad de La Rioja el 10 de junio de 1813, el obispo declarará que el cura y vicario de Anguinán, es inocente de todos los crímenes que injustamente se habían propalado contra su honor como persona y su ministerio.

Que los testigos llamados de oficio, tanto clérigos como seglares, no aportan ningún elemento que permita imputar al cura delito alguno.

En cuanto al indio, sus afirmaciones pierden fuerza, si se tiene presente el resentimiento que alimenta contra el cura. Por un lado, le imputa injustamente haberlo separado de su mujer, separación que se debe únicamente a su delito.

Se contradice en su misma declaración, con la de su sobrino y con la de don Martín Antonio Andueza; son inverosímiles los relatos que narra, al menos en los términos que los presenta, acerca de su actividad de espion en la casa del cura.

La fuga del indio para no enfrentarse al careo con don Martín Antonio de Andueza, con quien, por haber sido su procurador y defensor en la causa matrimonial, tuvo confianza para manifestarle lo ocurrido para poder redactar la demanda de nulidad.

La penitencia que se impone al indio consiste en arrodillarse ante el cura y suplicarle humildemente perdón por las ofensas que le ha inferido⁷³. Se manda publicar la sentencia en todas las capillas y oratorios públicos del curato, en algún día de fiesta, antes y después de la misa.

La sentencia es un modelo de justicia y de equidad. La misericordiosa y benigna penitencia impuesta al indio Silptuela ponen de manifiesto el corazón de padre y pastor del obispo. Asimismo, el no mencionar siquiera a las familias de Chilecito que habían urdido el complot y empujado al

⁷³ Es importante recordar que en la Iglesia los delincuentes pueden ser castigados con penas medicinales, con penas vindicativas, con remedios penales y con penitencias (confr. X, 5.40.20; VIE, 5.2.1). Una de las características de la penitencia es que se ha de ajustar, no tanto a la gravedad del delito como al arrepentimiento del penitente, teniendo en cuenta las cualidades de las personas y las circunstancias de los delitos (confr. X, 5.38.7). Adviértase que si la transgresión del indio Silpituela hubiera sido oculta nunca se le podría haber impuesto una penitencia pública (confr. X, 4.13.2). Esta antigua normativa se conserva en buena parte hasta el día de hoy (confr. *Código de derecho canónico de 1917*, cc. 2212 y 2313 y *Código ... de 1983*, c. 1340).

indio a proponer la acusación, indican un alto grado de prudencia pastoral y de buen sentido en el gobierno. Esa misma prudencia lo lleva a silenciar el planteo de defensa de la inmunidad exigido por el cura.

VII. Conclusión

En una apretada síntesis hemos repasado dos mil trescientos setenta y cuatro procesos canónicos que se atesoran en el Archivo del Arzobispado de Córdoba. Todos son, por así decirlo, una fuente incuestionable, en muchos aspectos todavía virgen, de los esfuerzos de la justicia eclesiástica para espiritualizar y civilizar a los cristianos conquistadores y colonos que en muchos casos habían olvidado el contenido y la letra de las Bienaventuranzas.

La lectura de estos juicios permite entrever cómo la rica herencia medieval llegada al Tucumán, a través de las leyes de Castilla y del derecho canónico, seguía operando en su estructura canónico-civil.

Al mismo tiempo, los hombres de hoy, deudores de una cultura excesivamente mediática, apenas pueden vislumbrar el poderoso efecto de la justicia eclesiástica en aquella sociedad. Ellos comprendieron, como algunos barrantan hoy, que nada había permanecido más inalterable que el sistema legal de la Iglesia Romana.

Los canonistas habían cultivado asiduamente la necesidad de un verdadero respeto de la autoridad del Estado, así como la protección del oprimido, ideas fundamentales en la política moderna. Clérigos y laicos recalcitrantes son reconducidos paciente y firmemente a la obediencia. La vara de la justicia eclesiástica recuerda a los clérigos sus obligaciones de respeto y caridad hacia el indio oprimido y castiga a quienes delinquen, violando la normativa imperante.

El estudio de la propiedad deja traslucir la influencia del derecho canónico en la vida de los hombres de este tiempo, y la participación decisiva que tuvo la Iglesia en la práctica universal de testar, así como con las sucesiones *ab intestato*.

Cómo no recordar los generosos esfuerzos de los canonistas en la remodelación de aspectos fundamentales de la posesión. Se puede decir, sin temor a equivocarse, que la protección de la posesión y la adquisición por posesión prolongada fueron escritos nuevamente por los canonistas.

Basta traer a la memoria aquel antiguo aforisma “*Spoliatus ante omnia restituendus*”, con el que los canonistas protegieron la propiedad de la Iglesia frente a los señores feudales que, entre otras cosas, buscaban acusar a los obispos para apoderarse de sus bienes.

Tenemos la certeza de que la justicia eclesiástica alcanzó un merecido prestigio y fue respetada en todos los ámbitos. Desde 1681, fecha de la primera causa de divorcio, hasta 1888 en que se sanciona la Ley de Matrimonio Civil, casi no hay quejas contra el accionar de los jueces eclesiásticos.

Un buen ejemplo es la escasa manifestación de los recursos de fuerza. Este instituto de origen francés atacaba el poder judicial de la Iglesia y confundía el orden eclesiástico con el civil y, además, suponía que la Iglesia es inferior y está subordinada a la administración secular.

En este lapso de doscientos años sólo se interpusieron nueve recursos de fuerza, de los cuales, dos fueron denegados por la Real Audiencia de Charcas.

El escaso uso de este instituto legislado por la Corona desde el siglo XVI, es índice de cumplimiento exacto de las obligaciones inherentes a la administración de la justicia eclesiástica.

Viene a la memoria el consejo de S. Vicente de Paul a los obispos franceses del siglo XVII, que se quejaban por las frecuentes e injustas intromisiones del Parlamento en la justicia eclesiástica: “*Cuando tome una medida, no sobrepase el límite de su autoridad; rodee sus decisiones de todas las formalidades prescriptas por el derecho; reserve el puesto de provisor a eclesiásticos experimentados, de moralidad irreprochable, de una integridad que esté por encima de toda sospecha y de una segura ciencia jurídica*” ⁷⁴.

Estos antiguos jueces eclesiásticos del Tucumán aprendieron que administrar justicia es un deber de caridad pastoral, para el bien público de la Iglesia, para salvaguardar la libertades individuales y asegurar el bien del prójimo ⁷⁵. Estos sacerdotes jueces comprendieron que “*la*

⁷⁴ P. COSTE, *Monsieur Vincent*, t. II, París, 1931, pág. 429. El texto español me pertenece.

⁷⁵ Confr. A. JULLIEN, *Juges et avocats ... oc*, págs. 49-56.

*inteligencia del prudente busca la sabiduría”*⁷⁶, y en sus manos hábiles el derecho fue un finísimo instrumento que les permitió aplicar la ley moral a la realidad cotidiana. Desde la cátedra universitaria y la administración de la justicia fueron los sabios que se ganaron la confianza de su pueblo, y sus nombres sobrevivirán para siempre⁷⁷.

⁷⁶ *Proverbios*, c.15, v.14.

⁷⁷ Confr. *Eclesiástico*, c.37, v.26.

LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

por RICARDO HARO

SUMARIO: I. Nociones generales y la originaria doctrina negativa de la Corte Suprema. II. Análisis crítico de las razones que apoyan la argumentación negatoria de la Corte Suprema. III. La acción meramente declarativa en la jurisdicción federal. IV. Un precedente premonitorio para la aceptación judicial de la acción declarativa de inconstitucionalidad. V. Otros antecedentes favorables para los nuevos rumbos asumidos. VI. La acción declarativa de inconstitucionalidad: el surgimiento jurisprudencial. VII. La ratificación de la acción declarativa de inconstitucionalidad. VIII. La consolidación de la acción declarativa de inconstitucionalidad. IX. Los presupuestos de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

I. Nociones generales y la originaria doctrina negativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1. El control de constitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad

1. Quizás uno de los institutos por el que se vehiculiza el control de constitucionalidad en el orden federal, y que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.) y de los tribunales inferiores, ha logrado en los últimos tiempos un desarrollo inusitado, es el referido a la ***acción declarativa de inconstitucionalidad*** (en adelante ADI) como uno de las más novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto tribunal, en virtud del ejercicio de un *poder constituyente material* que le permite, como interés

prete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas. No en vano y tan acertadamente, Wilson sostenía que la Corte Suprema de los Estados Unidos, era una “*convención constituyente en permanente sesión*”.

El tema es de capital importancia, a poco que reparemos que toda declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica es un *acto de suma gravedad institucional*, a través del cual se manifiesta una de las formas más eminentes de la *dimensión política* del Poder Judicial, que en el sistema de control difuso, realizan todos los jueces que lo integran, cualquiera sea su jerarquía y fuero, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como intérprete final.

2. Pero avanzando en estas nociones previas, es preciso recordar que denominase *pretensión declarativa* a aquella que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. No obstante, no podemos ignorar que junto con toda *pretensión de condena o constitutiva* coexiste además, simultánea e indispensablemente, una *pretensión declarativa*, por cuanto la sentencia que satisface una pretensión de condena o una pretensión determinativa, contiene necesariamente una previa declaración acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate.

En este sentido, el recordado procesalista argentino Hugo Alsina conceptuaba que la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica ¹.

Ahora bien, cuando por esa pretensión declarativa se persigue la certeza del derecho y la incertidumbre está motivada asimismo por la inconstitucionalidad de una norma, entonces sí nos encontraremos frente a la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuya existencia fue negada por la C.S. durante más de un siglo, y recién a partir de 1985 se adquirió carta de ciudadanía en nuestro derecho procesal constitucional por obra de un cambio en la jurisprudencia del tribunal.

¹ Hugo ALSINA, *Derecho procesal*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1956, t. I, pág. 354.

2. Razones en que se basaba la originaria posición negatoria

3. Desde los orígenes del funcionamiento de los tribunales federales con la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, para el planteamiento de la “cuestión o caso constitucional”, denominada sinónimamente como “cuestión o caso federal”, nuestro sistema receptó la llamada “*vía incidental, indirecta o como excepción*” y la necesidad de que se plantease en un *caso o controversia judicial*.

a. Existencia de un caso o controversia judicial

4. En el caso “Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina”, se pretendía que se declarase la invalidez de diversas prescripciones de la ley 14.773 de nacionalización de hidrocarburos, por vulnerar disposiciones de la C.N.. El tribunal, el 13/3/59 se declaró incompetente para conocer en la referida inconstitucionalidad (Fallos: 243-176), recordando su antecedente *in re* “Hogg” del 1/12/58 (Fallos: 242-353), en el que sostuvo que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de un “caso” o “controversia judicial”* sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según expone el juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S.149).

Pero ahondando en el tema, agregó que tales “casos” o “causas” en los términos de los arts. 100 y 101 C.N. (hoy 116 y 117), son aquéllos que contempla el art. 2º de la ley 27 con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los *casos contenciosos*, lo que *excluye*, como lo señala la jurisprudencia (Fallos: 12-372; 24-248; 95-290; 107-179; 115-163; 156-318, entre otros), *las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad* de las normas o actos de los otros poderes, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un *litigio contencioso* para cuyo fallo se requiera la revisión del punto constitucional propuesto. Al finalizar dicho año, el 28/12/59, se pronunció en similar sentido, *in re* “SRL H.I.R.U.” (Fallos: 245-552), afirmando que la aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación no puede impedirse por medio de la promoción de un *juicio declarativo de inconstitucionalidad que no ha sido previsto en el orden nacional*, criterio que reiteró en Fallos: 249-221 del año 1961.

5. A los pocos meses, en el caso “Banco Hipotecario Nacional c/ Pcia. de Córdoba”, del 26/12/63 (Fallos: 256-104), el Tribunal agregó que “*la*

decisión por parte de los jueces de la Nación de cuestiones constitucionales, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional, toda vez que el principio de la coordinación y la separación de los poderes, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados».

Ratificando la precedente doctrina hasta la última década, recordamos el caso “Polino y otro” del 7/12/94 (Fallos: 317-341), en el que frente a una acción de amparo a fin de que se declare la nulidad del proceso legislativo de la ley 24.309 que autorizó al P.E. a convocar al pueblo para elegir convencionales para la reforma de la C.N., la C.S. sostuvo que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, *ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un “caso concreto” o controversia judicial en el que se persigue la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan.*

b. La ADI y la acción meramente declarativa

6. No obstante la incorporación en 1968 de la “acción meramente declarativa” en el art. 322 C.P.C.C.N., la C.S. continuó rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad que se pretendían ahora vehiculizar mediante esta nueva acción. Así, entre otros, en “SA SAFE Agropecuaria” del 18/7/73 (Fallos: 286-76), reiteró su tradicional doctrina negatoria, al señalar que la facultad que tiene la Corte de apreciar los límites de las atribuciones propias de los otros poderes del Estado, reconocida sólo implícitamente por la C.N. y con referencia a los casos que caigan bajo su jurisdicción, no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza por vía de aplicación del art. 322 C.P.C.C.N. que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones de derecho común (Idem en Fallos: 300-241, de 1977) ².

² No obstante que desde 1968 rigió esta acción, debieron pasar más de dos décadas para que recién en 1985, la C.S. admitiera a través de ella, la acción declarativa de inconstitucionalidad. Esta lamentable resistencia jurisprudencial, originó la presentación de proyectos de leyes reglamentándola en la amplitud de su temática y con acertada precisión, como es el caso del proyecto del diputado nacional Jorge R. Vanossi que la incorporaba al C.P.C.C.N. en un art. 322 bis con cinco incisos y diversas normas

3. Conclusiones de esta primera etapa jurisprudencial

7. 1) El control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requiere que *la existencia de un “caso” o “controversia judicial”*, es decir, de procedimientos litigiosos o controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos sea observado rigurosamente en los términos de los arts. 100 y 101 C.N. (hoy 116 y 117) y 2º de la ley 27.

2) La exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los “casos contenciosos”, *excluye* como lo señala la jurisprudencia, *las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad* de las normas o actos de los otros poderes.

3) La aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación, no puede impedirse por medio de la promoción de *un juicio declarativo de inconstitucionalidad*, dado que con arreglo a la ley 27, art. 2º, *no existe en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad*.

4) *El principio de la coordinación y la separación de los poderes*, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados.

5) *No es procedente por vía de aplicación del art. 322 C.P.C.C.N.*, el planteamiento de declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza.

6) Una acción declarativa de inconstitucionalidad *con base en una ley provincial*, no puede exceder el ámbito local, dentro del cual rigen las leyes de ese carácter.

II. Análisis crítico de las razones que apoyan la argumentación negatoria de la Corte Suprema

1. Lo “contencioso” en la Constitución de 1853/60

8. Nuestros constituyentes de 1853/60 en los arts. 100 y 101 (hoy 116 y 117) dispusieron que correspondía a la Corte Suprema y a los tribunales

complementarias para su correcta inserción en el orden jurídico federal y dentro de la sistemática del citado Código (*Obra legislativa - t. I, años 1983-1986*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1987, pág. 37 y ss.).

inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión tanto de “*causas*”, como de “*asuntos*” y de “*casos*”, según surgen de sus propios textos. Al poco tiempo, en 1862, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27 en cuyo art. 2º se dispuso que la justicia nacional “*nunca procede de oficio y sólo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*”.

En nuestra antigua opinión y como lo ha confirmado reiterada jurisprudencia y doctrina constitucional y procesal, dichas denominaciones han sido entendidas como sinónimas de “*proceso*”, “*litigio*”, “*pleito*”, “*juicio*”, “*contienda*”, todas ellas emparentadas por un presupuesto esencial: la existencia de una situación jurídica que afecte a cualquier sujeto procesal y que requiera ser dirimida judicialmente.

Siempre hemos considerado equivocada la interpretación tan estrictamente formal y parcial de la C.S. respecto a lo que debe entenderse por “causa” o “caso contencioso”, lo cual provocó una inveterada jurisprudencia, felizmente hoy superada, que descartaba las acciones declarativas por no tratarse de “causas”, como si realmente la función jurisdiccional sólo pudiese ejercerse en relación con las acciones de condena o reparatorias.

2. *El contencioso fáctico-jurídico y el contencioso jurídico*

a. *La función jurisdiccional y el caso contencioso*

9. Cuando los constituyentes usaron las denominaciones que hemos señalado, lo hicieron seguramente dentro de la comprensión de que desde el derecho procesal de aquella época se debía otorgarles. Y es preciso recalcar que el ejercicio de la jurisdicción por un tribunal de justicia, se manifiesta en una “*causa*” o “*caso contencioso*”, *no sólo para interpretar el derecho y aplicarlo ante circunstancias fácticas en que se controvierte o discute la reparación de un daño ya producido, sino también que se manifiesta en toda “causa” o “caso contencioso” en que sin haberse producido daño alguno, sea necesario interpretar el derecho, para poder así establecer cuál es la significación jurídica que procede ante casos de incertidumbre y razonable duda.*

Y ello se torna imprescindible, a poco que se repare que una errónea futura aplicación de un sentido de la norma en una situación dada y por

falta de certeza, torna predecible la eventual ocasión de daño y de las consiguientes acciones judiciales, todo lo cual implica no sólo un desgaste jurisdiccional, sino también de tiempo de vida humana de las partes afectadas que bien se hubiera podido evitar con el previo pronunciamiento judicial declarativo.

En estos casos el ejercicio de la función jurisdiccional tiende precisamente a otorgar certeza al derecho frente a situaciones que requieren de este modo, precisamente, garantizar el valor de *la seguridad jurídica* tan trascendental en la legitimación de su eminente objetivo preambular de *afianzar la justicia* en las relaciones jurídicas que se producen en el seno de la sociedad.

b. *Las funciones declarativas preventiva y reparadora*

10. Cuando existe un interés concreto, objetivo y perentorio de un justiciable en el ejercicio de su “derecho a la jurisdicción”, la naturaleza de la demanda deja de ser meramente consultiva o una impugnación inconstitucional de tipo genérica, hipotética o conjetural, circunstancias que a no dudarlo sí afectarían el principio de la división de los poderes ante un ejercicio exorbitado de la función jurisdiccional por parte de los tribunales. Por el contrario, cuando se enfrentan ante una causa en la que debe dilucidarse la interpretación y aplicación de una norma, ante una pretensión que se respalda en la inminencia de un daño y en la procuración de evitarlo, los tribunales ejercen en el marco constitucional un derecho y un deber de administrar justicia, con un claro sentido *preventivo*, sin que en modo alguno menoscaben las atribuciones de los otros poderes. Pues es función de los jueces, y esto debe ser tenido muy presente, interpretar la ley, esclarecer los derechos de las partes y finalmente, decidir los efectos en la relación jurídica litigiosa, ya sea que los tribunales hayan resuelto una “controversia” que se concreta a la sola interpretación del derecho en forma *declarativa y preventiva*, o por otra parte, los tribunales hayan interpretado el derecho y lo hayan aplicado a las consecuencias dañosas ya producidas, de una forma *declarativa y reparadora*.

Ello es tan así, que tanto la creación y desarrollo jurisprudencial y legal de la acción de amparo durante más de cuatro décadas, como en la actualidad de su recepción en el art. 43 de nuestra Ley Suprema por obra de la Convención Reformadora de 1994, inveteradamente se aceptó la acción de amparo contra “todo acto u omisión de autoridades públicas o

de particulares, que en forma actual o *inminente* lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, *el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma* en que se funde el acto u omisión lesiva”. Reparemos entonces cómo, ante la inminencia de un daño, se debe declarar la inconstitucionalidad de aquella norma cuya aplicación pueda producirlo ³.

3. Los parámetros de lo “contencioso” en la justicia federal

a. Acción declarativa y caso contencioso

11. Nosotros entendemos que siempre estaremos frente a una “declaración” de certeza de un derecho incierto, lógicamente en la medida que en un proceso se haya planteado legítimamente la necesidad del pronunciamiento por las partes contendientes, que demuestren un interés real, concreto y objetivo y el daño que la ausencia de dicho pronunciamiento podría causar en una relación jurídica. Estos presupuestos descartan categóricamente, las demandas de acciones declarativas de carácter simplemente consultivas, o que importen una indagación meramente especulativa, o una declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes, como lo ha sostenido correctamente, en las dos últimas décadas nuestra C.S..

De otro lado, deseamos poner de resalto con todo vigor, que nosotros partimos de la premisa de que, por principio, toda acción declarativa es una controversia entre partes ante disímiles interpretaciones sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica y de las normas que la regulan, y por lo tanto estamos frente a un *caso contencioso* en los términos del art. 2º de la ley 27. En consecuencia, lo reiteramos, no compartimos la interpretación que realiza la C.S., la cual, por su estrictez, se torna equivocada, frustrando así la actuación de la justicia federal en causas realmente “contenciosas” como las acciones declarativas.

³ Ver Giuseppe CHIOVENDA, *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, E.J.E.A., 1949, vol. I, pág. 131 y ss.; asimismo puede consultarse: Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 315; W. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 62; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, t. I, pág. 122.

Más aún, como lo hemos sostenido en anterior oportunidad ⁴, no creemos que sea prudente ni correcto en el espíritu y texto constitucional, constreñir como lo ha hecho la ley 27, de modo categórico y absoluto, la “controversia o contienda entre partes”, como necesidad *sine qua non* para la actuación de la justicia federal, pues es innegable que existen y han existido, si bien de modo estrictamente excepcional, ciertos casos “no contenciosos” en los que en razón de la materia y en virtud de la existencia de un bien jurídico de naturaleza federal a tutelar, ella sería procedente pues estaríamos frente a una “causa”, v.gr. las causas suscitadas para el otorgamiento de solicitudes de carta de ciudadanía y, en su momento, las excepciones al servicio militar.

b. La acción declarativa de certeza y la ADI

12. Finalmente, y desde la más pura interpretación constitucional y procesal, exponemos nuestra última reflexión que está dirigida a la afirmación categórica en el sentido de que si la acción meramente declarativa de certeza, reúne la condiciones de “causa judicial” y de “causa contenciosa”, en cuanto la controversia se basa en disímiles interpretaciones del derecho, no advertimos ningún obstáculo para que en el proceso incoado, si la declaración de certeza sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, exige ineludiblemente actuar el control de constitucionalidad sobre la normatividad en análisis, dicho control sea ejercido, no como una acción directa de inconstitucionalidad, sino como en todos los procesos en el derecho federal argentino, “enancado” o “subsumido” en otra acción, en este caso la “declarativa de certeza”, para cuya correcta resolución en dichas circunstancias deberá primeramente decidir sobre la validez constitucional de la norma en cuestión.

En conclusión y por las consideraciones que acabamos de realizar, es que no compartimos las razones que motivaron la original negatoria por parte de la C.S., pues en el marco de las pautas que hemos señalado, *la acción declarativa de inconstitucionalidad no viola las exigencias del “caso contencioso”, ni se expide en declaraciones directas, generales o abstractas de inconstitucionalidad y por lo tanto, en*

⁴ Ricardo HARO, *La competencia federal*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 83.

modo alguno allana el principio de la separación de los poderes, pues la mencionada acción es plenamente congruente con el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial de la Nación, en los términos que nuestra Ley Fundamental le ha otorgado.

Finalizando estas reflexiones, deseamos señalar que la casi unanimidad de los constitucionalistas y procesalistas forjadores de la doctrina nacional, están contestes con algunos matices, en la plena aceptación de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Dado que lamentablemente sus valiosas opiniones no pueden ser transcritas ni analizadas en este trabajo pues desbordan sus límites, nos permitimos remitir a la consulta en las obras y trabajos que mencionamos en las notas ⁵.

III. La acción meramente declarativa en la jurisdicción federal

1. Su recepción en el derecho procesal federal

13. En el derecho procesal federal argentino, la cuestión fue asumida a partir de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.) mediante de ley 17.454 y puesta en vigencia en 1968. El

⁵ Sobre el tema de la “acción meramente declarativa” y la “acción declarativa de inconstitucionalidad” existe abundante material doctrinario. Así, entre otras, puede consultarse en las siguientes obras: Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1993, t. II, págs. 507/510; Néstor Pedro SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I, págs. 96 a 103; Jorge Reinaldo VANOSSI, *Recurso extraordinario federal - Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 1984, págs. 309/347; Alberto B. BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992, págs. 193 a 207; Miguel Angel EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. III, pág. 320; Adolfo Gabino ZIULÚ, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. I, pág. 116. Asimismo, son de importante consulta los siguientes: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, ya sean anotados, concordados y/o comentados por: Lino Enrique PALACIO y Adolfo ALVARADO VELLOSO (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, t. VII-171); Carlos J. COLOMBO (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. III, págs. 77/90); Enrique M. FALCÓN (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, t. II, págs. 579/83); Augusto Mario MORELLO y otros (La Plata, Platense y Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, t. IV, págs. 181/87 y 191); Antonio José GIANGRASSO (Buenos Aires, Depalma, 1989, págs. 414/417); Santiago SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1959, t. I, pág. 326.

legislador la denominó “acción meramente declarativa”, receptándola en el derecho positivo a través del art. 322 del citado Código, cuyo texto en su parte pertinente, consideramos necesario transcribir textualmente: “*Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente*”.

Es importante recordar que en la Exposición de Motivos (*Anales de legislación argentina*, t. XXVII-C-2676) y en su parte pertinente (pág. 2701), se dijo: “Al consagrarse en el art. 322, la acción meramente declarativa, se ha acogido un postulado de la doctrina y de la legislación procesal modernas. Reemplaza al juicio de jactancia, abandonado ya por la actual legislación y *extiende la posibilidad de tutela a otros casos actualmente no amparados por aquella*” (la bastardilla es nuestra).

2. Requisitos para su procedencia

14. Es decir que, reseñando lo normado, podemos establecer que los *requisitos* para la procedencia de la acción meramente declarativa, son los siguientes:

1) *Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica.* La seguridad jurídica exige la certeza no sólo en el texto de las normas jurídicas, sino además en la interpretación que se haga de ella, todo lo cual no siempre es posible, dadas a menudo, la vastedad y complejidad de las realidades sociales a contemplar en el contenido jurídico del precepto.

2) *La posibilidad de que esa falta de certeza produzca un perjuicio o lesión actual al actor.* Este requisito descarta las demandas que sólo tienen por objetivo las meras cuestiones abstractas o conjeturables, dado que los tribunales de justicia sólo están facultados para decidir en conflictos dañosos producidos o inminentes en las relaciones jurídicas.

3) *La inexistencia de otro medio legal para poner término inmediatamente a la incertidumbre.* Ello es de tener muy presente, pues se trata de acciones excepcionales que el ordenamiento procesal prescribe

para lograr el objetivo de justicia que constituye su finalidad primordial, pero sólo en los casos en que los procedimientos ordinarios no fuesen idóneos para satisfacer oportunamente la lesión que origina la incertidumbre, incertidumbre que bueno es recordar, siempre existe en toda pretensión que se plantea ante los órganos jurisdiccionales.

En cuanto al *procedimiento*, la acción declarativa interpuesta, se tramitará como un juicio ordinario de acuerdo al principio general dispuesto por el art. 319 1^{er} párr., pero asimismo y a pedido del actor, podrá tramitarse por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, para lo cual la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 486 del citado Código.

IV. Un precedente premonitorio para la aceptación judicial de la acción declarativa de inconstitucionalidad

1. El caso “Hidronor c/ Pcia. de Neuquén”

15. Entre los antecedentes más destacados que influyeron doctrinariamente en la evolución hacia un concepto menos riguroso del concepto de “caso contencioso” y por ende, a la viabilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, es preciso recordar el visionario, enjundioso y extenso dictamen del entonces procurador general de la Nación, Dr. Eduardo H. Marquardt, del 17 de diciembre de 1971 *in re* “Hidronor c/ Pcia. de Neuquén”, expediente en el que no existió sentencia de la C.S. por circunstancias procesales posteriores que no la requirieron. Pero el aludido dictamen quedó como un precedente insoslayable de atender al momento de abordar la acción declarativa de inconstitucionalidad (L.L., t. 154-515).

La casuística del caso era ésta: la Provincia de Neuquén intimó a la S.A. Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica el pago de una suma de dinero en concepto de impuesto a los sellos por el contrato celebrado entre dicha sociedad y la empresa constructora del Chocón, Impregilo Sollazzo S.A., suma que la intimada se negó a pagar por considerar que con arreglo a las leyes nacionales 15.336 y 17.574 y al contrato de concesión, la Provincia carecía de facultades para imponer el gravamen exigido. Dada la situación de incertidumbre, la actora dedujo contra la Provincia de Neuquén, la acción declarativa prevista por el art. 322 C.P.C.C.N.

a fin de obtener que se declarase la invalidez constitucional de los impuestos mencionados en cuanto se aplicaban a Hidronor S.A..

2. *El dictamen del procurador general y sus conclusiones*

16. El procurador general realizó un profundo y amplio examen de la “acción meramente declarativa” en la doctrina procesal comparada (Calamandrei, Chiovenda, Borchard, Rosenberg, etcétera), de la “acción declarativa de inconstitucionalidad” en la legislación, jurisprudencia y doctrina norteamericana, y con la misma amplitud y profundidad, la evolución en la jurisprudencia de la C.S. y en la doctrina nacional, a la luz de los arts. 100 y 101 C.N. (hoy 116 y 117), para finalizar afirmando las siguientes conclusiones que reseñamos sobre las distintas facetas de la problemática examinada. Veamos sus conclusiones:

1) El sistema de control de constitucionalidad vigente en el orden nacional impide que se dicten sentencias que priven de valor *erga omnes* a las normas impugnadas, como asimismo obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturables e hipotéticos.

2) La acción de mera certeza, iniciada sobre la base de un interés sustancial, concreto y definido, con arreglo a las pautas ya señaladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y con efecto limitado a una declaración válida únicamente *inter partes*, constituye “causa” en los términos de la Ley Fundamental.

3) La acción declarativa reglada por el art. 322 C.P.C.C.N., se refiere tanto a las relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público.

4) La presunción de constitucionalidad de las leyes no se opone al empleo de aquella acción en orden a impugnaciones de este género, pues por su naturaleza sólo declarativa, durante el desarrollo de la causa la ley podrá ser igualmente ejecutada, no así después de resuelta su inconstitucionalidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que desde luego hace desaparecer la presunción.

5) Opinamos, en consecuencia, que tratándose en la especie de una acción declarativa sustentada en legítimo y concreto interés, que comprende sólo cuestiones de carácter federal y está dirigida contra una provincia, la demanda configura un “caso” o “causa” con arreglo a los arts.

100 y 101 C.N. y 2° de la ley 27, cuyo conocimiento con arreglo a dichas normas, cae bajo la competencia originaria y exclusiva de V.E.

V. Otros antecedentes favorables para los nuevos rumbos asumidos

17. Para el proceso de modificación de su vieja doctrina que la C.S. iniciaría a partir de 1985, en conveniente reseñar como antecedentes de la novedosa tesitura, las siguientes afirmaciones normativas y de la doctrina judicial.

1. La acción de amparo

18. A pesar de la expresa prohibición que establecía el inc. d *in fine* del art. 2° de la ley 16.986: “La acción de amparo no será admisible cuando:.. d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese.. la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas”, la C.S. con un criterio realmente constituyente reafirma el principio de la supremacía constitucional a partir del caso “Outon” del 29/3/67 (Fallos: 267-215), a sólo seis meses de su sanción. Afirmó, enfáticamente, que el principio que veda declaración de inconstitucionalidad, no puede considerarse de modo absoluto, estableciendo la posibilidad de que en sede de amparo se declare la inconstitucionalidad de la norma en que se apoyaba el acto u omisión violatorios, cuando aquélla fuese manifiesta.

Esta doctrina fue reiterada en 1990 en el conocido caso “Peralta” del 27/12/90 (Fallos: 313-1513), sosteniendo que en el orden federal existe la acción de inconstitucionalidad, la cual se canaliza a través de la acción declarativa de certeza de definitiva aplicación en el ámbito del derecho público, ya sea que los actos violatorios de la C.N. sean de carácter individual como de carácter general. Finalmente, esta tendencia ampliatoria y loable para un mayor control de la supremacía constitucional, culminó en la redacción expresa del art. 43 C.N. reformada en 1994, cuando al constitucionalizar la acción de amparo, ya sea ante lesión actual *o inminente*, señala que: “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos”.

2. La acción de habeas corpus

19. Cuya reglamentación, mediante la ley 23.098, dispone en su art. 6° la posibilidad de que los jueces declaren en caso concreto, *aun de oficio*, la inconstitucionalidad de la orden escrita cuando emanase de una autoridad que obrase en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional. Este instituto, como bien sabemos, ha alcanzado formalmente jerarquía constitucional, en su recepción explícita en el 4° párr. del art. 43 C.N..

3. La acción declarativa de certeza

20. Prescripta en el art. 322 C.P.C.C.N., y por la que se pretende “obtener una *sentencia meramente declarativa*, para hacer cesar un estado de *incertidumbre* sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”. Con base en esta disposición, la C.S. ha admitido -como lo veremos más adelante- que esta vía es idónea para lograr la inconstitucionalidad de una norma general.

4. El caso “Baeza”

21. Se vislumbra como una cierta aproximación a la configuración definitiva de la “acción declarativa de inconstitucionalidad”, las consideraciones que el Tribunal realizó en el caso “Recurso de hecho deducido por Aníbal Roque Baeza en “Baeza A.R. c/ Estado Nacional” del 28/8/84 (Fallos: 306-1125), a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del decreto 2272/84 por el cual el P.E. convocó a una consulta popular el arreglo de los límites con Chile en el Canal de Beagle. Llegada la causa a la C.S., no hizo lugar al recurso reiterando que la Corte y los tribunales nacionales ejercen sus funciones jurisdiccionales de los arts. 100 y 101 C.N. (hoy 116 y 117), sólo en las *causas de carácter contencioso* (art. 2° de la ley 27), o sea aquéllas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 156-318), lo

que excluye, como se pretende en autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 1-27 y 292; 12-372; 95-51; 115-163; 243-176 y 256-104). Además de la “controversia”, *la tutela específica de un derecho invocado, exige que medie un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla*. La Corte Suprema de los EE.UU. insiste en la necesidad de que *el interés invocado tenga suficiente inmediatez y realidad también en los supuestos de acciones de mera certeza* (312 U.S. 270).

En este párrafo está la apertura decidida a la admisión que vendrá, no obstante que corresponde a la disidencia del ministro Fayt, el adelanto profético de la futura jurisprudencia de la C.S., cuando con apoyo en el dictamen del procurador general en el caso “Hidronor”, afirmó que “no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de las acciones declarativas regladas por el art. 322 C.P.C.C.N., inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley (o un decreto) frente a los preceptos de la Carta Fundamental”.

VI. La acción declarativa de inconstitucionalidad: el surgimiento jurisprudencial

1. “Pcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”

a. Las circunstancias del caso

22. Nos parece que para la mejor comprensión de la doctrina que receptó la ADI en nuestra historia judicial, es necesario fijar el marco fáctico-jurídico que dio origen a la causa “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales - Acción de amparo”, fallada el 20/8/85 (Fallos: 307-1379). La Provincia en el ejercicio de las que entendía como facultades propias en materia tributaria, sancionó la ley 5464, creando el Departamento de Control de Combustibles, que de acuerdo al citado texto legal, tendría a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos, y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan las leyes nacionales 19.511 y 21.970, fijándose como retribución de esos servicios, una tasa del 5% sobre el precio de las naftas “super” y “común” y del 2,5% sobre el gasoil. Ante tales circunstancias, surgió la oposición de la Divisional

Salta de Yacimiento Petrolíferos Fiscales, comunicando telegráficamente a los expendedores de combustibles que debían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de sanciones previstas. Esto motivó la demanda de inconstitucionalidad por la provincia citada.

b. *Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema*

23. Entrando a la exposición de la doctrina sentada por la C.S.J.N. sobre la *acción declarativa de inconstitucionalidad*, podemos recapitularla de la siguiente forma:

1) Que al perseguir la provincia una declaración preventiva que impida que al poner en vigencia la ley provincial 5464, el Estado Nacional concrete las medidas sancionatorias anticipadas a los expendedores, se advierte que estamos frente a una *solicitud de declaración de certeza* porque *no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa*, sino que responde a un “caso” y busca precaver los efectos de un acto en ciernes y fijar las relaciones legales que vinculan las partes en conflicto.

2) Ello así, surge evidentemente que en el caso se trata de un *conflicto de competencia* sobre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial, atribuyéndose *ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal*, para cuya solución *no resulta compatible el régimen legal ni el procedimiento de la acción de amparo* regulado por la ley 16.986, ya que como lo explicitó, mucho años después, en 1996, en “*Pcia. de Santiago del Estero c/ Nación Argentina- Acción de amparo*” (F. 319-1968), *la acción declarativa es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora con una declaración de certeza*”.

3) En cambio, sí *parece adecuada la acción declarativa* que, como el amparo, tiene una *finalidad preventiva*, no requiere la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de certeza.

4) Para ello, *puede prescindirse válidamente del nomen juris utilizado* (acción de amparo), debiéndose atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa de certeza del art. 322 C.P.C.C.N. y su procedimiento sumario.

5) Dicha acción, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de

suministro de combustibles, toda vez que pretende *la definición por el Tribunal de una relación jurídica discutida o incierta*.

6) Esa indefinición indudablemente revela la existencia en la demandante, de un *interés real y concreto* susceptible de protección legal actual.

7) Se configuran de tal suerte, *las exigencias que la Corte Suprema de los Estados Unidos* consideró en algún caso: a) Actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) Que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) Que aquella actividad tenga concreción bastante.

8) Al acto cuestionado, se le atribuye *ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal*.

c. La conclusión doctrinaria a que arriba el fallo

24. En conclusión y de la reseña formulada, nos parece oportuno destacar las siguientes precisiones: La C.S. en una *jurisprudencia realmente constituyente*, logra dar vida a la acción declarativa de inconstitucionalidad reiteradamente negada por su jurisprudencia, y lo hace “enancándola” en la acción declarativa de certeza del art. 322 C.P.C.C.N., a la cual considera idónea para dar andamio a los casos en que en la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica, pueda requerir el control de constitucionalidad por estar en juego la posible inconstitucionalidad de un acto estatal federal. Y esta *acción declarativa de certeza* que en tales casos se erige en una *acción declarativa de inconstitucionalidad*, podrá plantearse en las pertinentes instancias del Poder Judicial de la Nación, ya sea que se trate de competencia federal “difusa” (art. 116 C.N.) o lo sea de competencia originaria y exclusiva de la C.S. (art. 117 C.N.).

VII. La ratificación de la acción declarativa de inconstitucionalidad

25. Esta doctrina judicial ha sido reiterada, y a veces con nuevos argumentos entre otros, en el siguiente caso:

1. El caso “Constantino, Lorenzo c/ Nación Argentina”

a. “Caso contencioso”

26. En “Constantino, Lorenzo c/ Nación Argentina” el 12/12/985 (Fallos: 307-2384), el actor demandó al Poder Ejecutivo Nacional por inconstitucionalidad de la ley 23.172 de aprobación del Tratado de Paz y Amistad firmado con la República de Chile, por entender que destruía la base territorial de la provincia de Santa Cruz. La C.S. consideró que no había causa de carácter contencioso y declaró la cuestión ajena a la jurisdicción federal. Reafirmando en sustancia la posición del caso “Provincia de Santiago del Estero” (F. 307-1379) ratificatoria de la del caso “Baeza” (F. 306-1125), sostuvo que el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por la C.N., se define de acuerdo con invariable interpretación -que el Congreso argentino y la jurisprudencia de este Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos- como el que *se ejercita en las causas de carácter contencioso* a las que se refiere el art. 2º de la ley 27, o sea, *aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas* (doctrina en F. 156-318; 243-176; 256-104; 306-1125, entre otros), requisito que debe ser observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes.

b. ¿Declaración general, abstracta y directa de inconstitucionalidad?

27. No se da una “causa” cuando se procura la *declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes* (F. 243-176 y 256-104). Por ello la Corte desde sus inicios (F. 1-27 y 292) negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo* (F. 12-372; 95-51; 115-163; 243-176; 256-104; 306-1125). Al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional federal, el Tribunal pone de relieve que ellos *no tienen como corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad.*

En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las *peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad*, que no pueden

revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud (Fallos: 306-1125) y *las acciones determinativas de derechos de base constitucional* cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo (Fallos: 306-1125 y 307-1379).

La admisión *de acciones directas de inconstitucionalidad*, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de “causa” o “caso” en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental (en similar sentido siguieron cronológicamente, las sentencias recaídas en 1986 en las causas “Klein, Guillermo Walter” y “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe” (Fallos: 308-1489 y 2569, respectivamente).

2. El caso “Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba”

a. Las circunstancias del caso

28. La posición innovadora del alto tribunal, fue explicitada con nuevos argumentos en 1987 en un breve fallo en el caso “Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba” (Fallos: 310-142), en el que la actora promovió la acción declarativa de inconstitucionalidad -aunque no la menciona expresamente ni cita el art. 322 C.P.C.C.N.- en contra de los impuestos sobre los ingresos brutos establecidos por la provincia de Córdoba en su Código Tributario. En su sentencia, la C.S. ratificando la doctrina de los precedentes citados: “Pcia. de Santiago del Estero”, “Lorenzo” y “Klein”, y con apoyo en el dictamen del procurador general, explicitó aún más la doctrina sobre la admisibilidad de la ADI con argumentaciones que podemos resumir en los siguientes presupuestos:

b. ¿Cuáles son los supuestos que configuran la procedencia de la ADI?

29. 1) De conformidad con la jurisprudencia del tribunal, *en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad* y, en su

caso, ella puede ser instaurada directamente ante la C.S. cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria.

2) La *acción meramente declarativa de inconstitucionalidad* está sujeta a los *requisitos de admisibilidad* que determina el art. 322 C.P.C.C.N., para la acción meramente declarativa y que ya señalásemos en el parágrafo III.2., siempre, claro está, que esos requisitos superen el mero ámbito de la incertidumbre legal, para introducirse en el ámbito o en el marco de la incertidumbre con base en una inconstitucionalidad, que legitime la interposición y la procedencia de la ADI.

3) Además, la acción intentada no puede tener un *carácter simplemente consultivo*, ni importar una *indagación meramente especulativa*;

4) Siempre debe responder a la *existencia de un caso* (doctrina en “Baeza” (Fallos: 306-1125), reiterando que *la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derecho de base constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de “causa”, pues el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye, pues, el control genérico o abstracto, o la acción popular, y por otra parte, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental.*

c. *La reflexión que nos suscita el fallo*

30. Es por demás evidente que si bien es cierto que la C.S. ratifica la existencia en el orden federal de una *acción declarativa de inconstitucionalidad*, también lo es que con todo vigor no la acepta en el común entendimiento de una acción directa o por vía de demanda reclamando la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma del orden jurídico que vulnere el principio de la supremacía constitucional, sino que la subsume, la “enanca”, la instrumentaliza y la hace transitar por los carriles de la *acción declarativa de certeza* que regula el art. 322 C.P.C.C.N., la cual podrá ser planteada ante los tribunales inferiores o en su caso, ante la C.S. cuando se trate de una causa de competencia originaria y exclusiva de ésta, en los términos del art. 117 C.N.. Precisamente es por lo señalado, que en el caso de autos, el Tribunal rechaza la acción declarativa de inconstitucionalidad por no haberse cumplimentado los requisitos del citado art. 322.

VIII. La consolidación de la acción declarativa de inconstitucionalidad

1. Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores

31. A partir de este conjunto de sólidos y fundados principios y presupuestos, la C.S. continuó desarrollando los distintos matices doctrinarios de la acción declarativa de inconstitucionalidad, entre otros, en las sentencias dictadas entre los años 1987 y 2000 que se registran en los siguientes tomos de la colección oficial de fallos de la C.S.: Fallos: 310-606; 310-977; 310-1794; 310-2812; 311-421; 312-1003; 314-1186; 315-1013; 308-2569; 314-1186; 316-2206; 316-2855; 317-1224; 320-1875; 322-678; 322-1135; 322-2799; 323-19; 323-1849; 323-2107.

2. Finalidad preventiva de la ADI, ausencia de daño y medidas cautelares

32. En 1997, en Fallos: 320-690, *in re* “A.G.U.E.E.R.A”, la C.S. sostuvo, reiterando anteriores casos, que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma, importa el ejercicio de una *acción directa de inconstitucionalidad* de aquéllas que explícitamente la C.S. ha admitido como medio idóneo, *ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional*, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional. Asimismo reiteró que “*la acción declarativa al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos*” (en idéntico sentido en los últimos años: Fallos: 322-1135 y 323-1849).

En 1995, en “Central Neuquén” (Fallos: 318-30) y “Litsa” (Fallos: 318-2374), el Tribunal trató las relaciones entre la acción declarativa de inconstitucionalidad y *las medidas cautelares*, señalando que procede cuando persigue precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, ya que si bien por vía de principio, medidas como la de *no innovar*, no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, atento la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (doctrina de Fallos, 250-154; 251-336; 307-1702; 314-695).

IX. Los presupuestos definatorios de la acción declarativa de inconstitucionalidad

33. A manera de síntesis que compendie el diseño vertebral de la acción declarativa de inconstitucionalidad, podemos señalar los siguientes presupuestos y perfiles que la tornan procedente:

1) De conformidad con la actual jurisprudencia del Tribunal, *en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad*, que se planteará antes lo tribunales inferiores o ante la C.S. en el caso de competencia originaria.

2) El control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de “casos contenciosos” “causas” o “controversia judicial”* sea observado rigurosamente en los términos de los arts. 116 y 117 y 2º de la ley 27.

3) Por ello la Corte desde sus inicios negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso.*

4) Tales causas contenciosas *son aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.* La Corte, al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional federal, pone de relieve que ellos *no tienen como corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad.*

5) Por la citada acción se formula *una solicitud de declaración de certeza porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa.*

6) Para ello *parece adecuada la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva,* no requiere la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de certeza.

7) *La acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el art. 322 C.P.C.N.* para la acción meramente declarativa, por lo cual son precisos los siguientes presupuestos:

a) Que exista un *estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta, y lesión al régimen constitucional federal* que afecta dicha relación jurídica discutida o incierta;

b) Que el accionante tenga *interés jurídico personal, real, concreto, suficiente cierto e inmediato*, en el sentido de que la falta de certeza teñida de inconstitucionalidad, le pueda producir un *daño, perjuicio o lesión actual o inminente*;

c) Que el demandante *no disponga de otro medio legal* para darle fin inmediato a la incertidumbre constitucional.

8) *La condición de ciudadano que esgrime un justiciable para deducir la acción, no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces*, por ser dicho carácter de una generalidad tal que no permite, en los casos solicitados, tener por configurado el interés concreto inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como “causa”, “caso”, o “controversia”.

9) Por su parte, *los legisladores carecen de legitimación procesal para actuar en procesos como el de autos*, pues esa calidad sólo los habilita para desempeñar las funciones en el órgano que integran y con el alcance asignado por la C.N..

LA SENTENCIA JUDICIAL. DIVERSAS CONCEPTUALIZACIONES DE ELLA *

por ARMANDO S. ANDRUET (H)

SUMARIO: Lo ideológico filosófico del juez en la sentencia. El silogismo sentencial. La sentencia y el test de la multicoherencia.

En el contexto de la argumentación jurídica, resulta innegable que no sólo argumentan los abogados, sino también los jueces. Lo grave es que algunos magistrados no han recalado todavía lo que en dicha función jurisdiccional significa argumentar. Hasta no hace mucho tiempo, se ha advertido una suerte de menosprecio por dicha gestión. Intentaremos efectuar algunas precisiones acerca del ámbito material en el cual la argumentación de la magistratura es realizada, esto es en el documento que se conoce como sentencia judicial.

Consideramos que la sentencia puede ser analizada desde una cuádruple perspectiva ¹, debiendo aclararse que no siendo nuestro trabajo de rigurosidad procesal, es posible que se advierta que la clasificación utilizada no se condice con los cuadros taxonómicos atendidos por dicha ciencia adjetiva a tal objeto material.

La sentencia puede ser motivo de estudio y análisis, como una voluntad del Estado que es allí plasmada y que resulta ser ejecutada por un funcionario público investido de autoridad suficiente para poder dictarla. Será vista como el instrumento que entifica en manera inmediata, palmaria e irrenunciable la relación existente entre el Estado, que mediante el Poder

* Conferencia pronunciada en el acto de su incorporación como académico de número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el 26 de junio de 2001.

¹ En la ocasión seguiremos con algunas modificaciones la obra de C. RODRÍGUEZ AGUILERA, *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974, *passim*.

Legislativo dicta normas, y otro de sus brazos, como es el Poder Judicial, que tiene el imperio de imponer su cumplimiento ². Dicha construcción también se advierte en orden a la misma dimensión política del derecho y por lo tanto, la función de esa misma índole que la magistratura como tal cumple ³. Tal aspecto es notorio en la cabeza de dicho Poder Judicial.

Apuntamos de manera enfática la importancia que la politicidad tiene para el derecho y casi la obligación moral que los jueces tienen de atender a ella: sólo así puede garantizar la magistratura, que tiene una real inserción en la vida ordinaria de la sociedad ⁴.

La politicidad del derecho y de la misma magistratura que al nombrado anima, se confunde con la propia conformación y adecuación al bien común, puesto que aquél funciona como un adecuado principio ⁵ y

² Es de señalar que tal consideración es propiamente advenida con la formulación del Estado moderno y que en virtud de ello, es un momento temporal posterior a la función legislativa y dependiente de ésta; sin embargo, en la realización existencial e histórica del Estado, la actividad judicial precedió a la legislativa y fue medio para llegar a ésta.

Hemos encontrado una buena caracterización desde dicha óptica, a propósito del hecho que un Tribunal de la Provincia de Córdoba quedó impedido de dictar resolución por falta de suministro de papel; en tal ocasión el Tribunal Superior de Justicia indicó: "(...) El acto de sentenciar exterioriza el momento culminante de la función pública que el orden jurídico ha reservado de manera exclusiva e indelegable en el Poder Judicial. (...) La sociedad en su conjunto reclama el efectivo cumplimiento del imperativo constitucional de afianzar la justicia" (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Acuerdo Extraordinario N° 6, Serie A, del 24/7/96).

³ Confr. las profusas conclusiones que a este respecto formula A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *El poder judicial hacia el siglo XXI*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 46 y ss. Nos hemos referido en la Regla 503 - Convivencia política de la siguiente manera: "*El magistrado no vive fuera del contexto político de la sociedad, en virtud de lo cual, deberá estar sumamente atento para que no interfieran sus propias opciones y proyectos políticos con su actividad judicial. A la vez, deberá utilizar ese mismo conocimiento de la realidad política del medio, para ubicar contextualmente toda decisión que dicte. La prohibición del magistrado de ejercer la política, lo es en cuanto ella es partidaria activa. No está impedido de declarar públicamente su preferencia ideológica*" ("Código de ética modelo para las magistraturas provinciales" en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 25 (2000), pág. 89).

⁴ Confr. E. DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1971, pág. 70; J. RUIZ PÉREZ, *Juez y sociedad*, Bogotá, Temis, 1987, pág. 154 y ss..

⁵ Al decir 'principios' estamos otorgando una consideración unívoca a lo que sostenemos. Pues por ello, y atento a la trascendencia práctica de la cuestión, queremos

por tanto criterio de discernimiento ante la desmesura del Ejecutivo y la correspondiente sanción por el Legislativo. O para decirlo en términos clásicos, la conformación intelectual y también práctica de la magistratura toda al bien común, es el criterio supremo en la política ⁶.

También puede ser enunciada la sentencia como expresión de una determinada actividad humana que resulta ser ejecutada. Lo que nos pone frente a la evidencia de que no existe acto o realización humana que no sea objeto de análisis cultural ⁷. Toda obra humana es culturalmente apetecible: todo lo que el juez resuelve, al juez como hombre también lo envuelve y por ello de alguna manera, lo compromete.

La sentencia por ello refleja siempre una determinada personalidad de quien la realiza; por ello existirán perfiles y cuestiones que como huella propia cada resolución posee. Tales matrices son reflejo de construcciones más profundas que ahondan en lo nuclear de la personalidad misma del magistrado ⁸. Por ello no existen estereotipos de resoluciones; cada juez compromete su integridad cuando resuelve.

abundar al menos en una explicitación a dicho respecto. Para tales fines, la comprensión que del 'principio' realiza DWORKIN nos parece ajustada a nuestro pensamiento en el tema. Así sostiene dicho autor que es "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" (R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, pág. 72). Se puede consultar también en dicha temática con provecho L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas - Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, *passim* y también VIGO, quien en su reciente libro vinculado con dicho tema, concluye proponiendo una lectura del derecho 'principalista', lo cual resulta ciertamente atractivo como tal (confr. R. VIGO y J. DELGADO BARRO, *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, *passim*).

⁶ Confr. A. QUINTAS, *Análisi del bene comune*, Roma, Bulzoni, 1979, *passim*; J. TODOLI, *El bien común*, Madrid, Instituto Luis Vives, 1951, *passim*.

⁷ Vide M. SCHELER, *El saber y la cultura*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1983; T. ELIOT, *Notas para la definición de cultura*, Buenos Aires, Emecé, 1949; G. STEINER, *En el castillo de Barba Azul - Aproximación a un nuevo concepto de cultura*, Barcelona, Gedisa, 1998.

⁸ Recuerda Otto BACHOF, de alguna manera aminorando los efectos de lo que nosotros acabamos de apuntar, que "el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general sabe eliminarlos, habiendo dedicado a ello toda su formación profesional" (*Jueces y constitución*, Madrid, Taurus, 1963, pág. 53).

Podemos también caracterizar la sentencia judicial como un documento escrito de naturaleza forense; que en rigor es la que de ordinario se comprende por tal. Mas que así sea, no implica que los otros aspectos desaparezcan. Pensar así resultaría tan incomprensible como sostener que quien sólo puede mirar una parte de la luna afirmara que el resto no velado es inexistente.

Entendemos característica en la nombrada comprensión la existencia de al menos los siguientes planos de análisis: ontológico, lógico, gramatical y lingüístico. El primero se refiere al ser y que en el caso, es identificable con los hechos acreditados en la causa; el siguiente se relaciona con la atención que hace el magistrado de las reglas que orientan el buen pensar; lo gramatical se ocupará de la manera en que se ha compuesto el discurso de la sentencia y finalmente, el lingüístico se refiere a la corrección en el decir discursivamente de lo que intelectivamente se entiende acertado. Además, cada uno de ellos tiene una valencia diferente en orden a su misma suficiencia o insuficiencia como tal.

Sin duda nuestro criterio no es pacífico; algunos autores sugieren a los jueces que hagan gala de una cierta 'austeridad literaria' por ser la mejor vestidura para un razonamiento convincente⁹. Dicha consideración es grave, porque oculta así, la misma capacidad reflexiva que el juez tiene, bajo un discurso fragmentario y proverbial. A la luz de lo dicho, destacamos que siendo la resolución judicial el documento en virtud del cual los justiciables reconocen cómo sus derechos y garantías son activados dentro del orden jurídico que ha sido vulnerado o violado; se exige como documento escrito que es, un mínimo de técnica y de exposición metodológica que permita luego que las partes puedan sobre él controlar con razonabilidad suficiente el iter del juzgador.

La sentencia no es una obra literaria, sino una obra intelectual de la razón volente del magistrado y mediante la cual se cierra el debate y se otorgan competencias respecto a derechos subjetivos discutidos por los ciudadanos; si no existe cuidado en dicho detalle, se facilita la tarea recursiva de los letrados, cuando quizás, con un mejor método expositivo, su satisfacción de justiciables hubiera sido adecuadamente colmada¹⁰.

⁹ Confr. C. RODRÍGUEZ AGUILERA, *El lenguaje jurídico*, México, Colofón, 1994, pág. 59.

¹⁰ Cámara de Apelaciones de Quinta Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sent. N° 84 del 3/8/98.

Finalmente, la sentencia se puede considerar como instrumento de realización de la justicia. De tal forma que en el mencionado documento y tal como comprendemos el derecho: como conducta recta, la dimensión axiológica y justa de ella no es una hipótesis de trabajo intelectual. Estamos convencidos de que las resoluciones judiciales tienen que tender - aunque de hecho no siempre ello es posible- a que la convivencia social sea realizablemente justa ¹¹.

Lo ideológico filosófico del juez en la sentencia

Al no poder prescindirse de la realización de lo justo en las sentencias, y aun cuando ello quiera ser considerado como un prejuicio ¹², la sentencia será también resultado de influencias impuestas al magistrado desde su propia configuración ideológica que lo nutre y de la que difícilmente se puede desprender. Rechazamos, por ser una *contradictio in adjectu*, los ensayos que afirman la existencia de una sentencia químicamente pura, sin dichas penetraciones ideológicas.

Los aspectos ideológicos habitan en cada una de nuestras naturalezas, sin perjuicio de que no se pueda afirmar con precisión cuándo y cómo se han conformado; podemos estar seguros de que existen y como sombra que son, aparecerán tanto como haya un artefacto -natural o artificial- que ilumine un espacio. Es decir, que el hecho de que no siempre se muestre la sombra no implica afirmar que no existe. En las sentencias judiciales acontece lo mismo: a veces la temática en cuestión genera mayor luminosidad y así la sombra ideológica se hace más visible; en otros casos ella no se evidencia.

A mayor complejidad del caso, mayor posibilidad para tal desarrollo, en función de que el sistema normativo se hace menos constringente para

¹¹ Lo hemos puntualizado en la Regla 304 - Buscar lo Justo, bajo el siguiente texto: “*La justicia no es abstracta en cada caso, es una preocupación ontológica a la magistratura reconocerla y así declararla. Lo justo judicial es lo que, acorde a derecho resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro*” (“Código de ética modelo para las magistraturas provinciales”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 25, 2000, pág. 86).

¹² Vide C. THOMASIU, *De los prejuicios y otros escritos*, Madrid, Universidad Complutense, 1994.

el juzgador, y al encontrar éste mayor libertad y también discrecionalidad -no arbitrariedad- desarrolla su propia expansión ideológica. Ello será más evidente en la medida en que exista una mayor juridización de ámbitos en principio no previsibles de ser atendidos por la magistratura ¹³.

A la mayor 'gravedad' que se le pueda dar a un caso, encontraremos mayor implicancia ideológica. Así es como en el escalón menos comprometido en componente ideológico se ubican los llamados 'casos sencillos', que tienen una matriz común y que resultan de trámite abreviado, rápido y cartular y que no tienen contraparte; luego los 'casos corrientes', para los cuales existe ya una jurisprudencia pacífica por el Tribunal en su respuesta, no comprometiendo con ella su propia cosmovisión ni generando modificación en el sistema.

Luego los 'casos difíciles', para los que no existe un criterio anterior que pueda referenciar la conducta del magistrado y por lo tanto, la respuesta lograda bien puede ser considerada, desde una nada jurídico-judicial tanto para el magistrado como para los propios litigantes, teniendo entonces ellos ante la solución, una expectativa incierta. Finalmente son 'casos extremos' aquellos donde se suma a lo anterior, que la definición obtenida no sólo colinda con lo anterior como cuestión previa, sino que además, al tiempo de seleccionar la respuesta jurídica correspondiente, el magistrado advierte que no lo puede hacer sin tener que definir su misma personalidad ante el mismo asunto. Es decir, queda visceralmente implicado con la respuesta y es el resultado de un proceso no exteriorizado.

Debemos advertir alguna diferencia entre dos aspectos señalados y que en principio pueden ser de fácil interdefinición y confusión. Por una parte, la sentencia como actividad humana podrá expresar con mayor o

¹³ Con inusitada claridad en un complejo asunto sometido a decisión de la Cámara Federal de Córdoba *in re* "Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación - Amparo" y que como tal, intentaba impedir la comercialización de un medicamento presuntamente abortivo, el vocal preopinante Dr. Luis R. RUEDA marcó dicho aspecto. Al efecto se sostiene: "No se me escapa, por cierto, que en el Estado de derecho habrá otros espacios para la discusión de cuestiones de esta naturaleza, como así también la circunstancia -no desprovista de cierta gravedad- de que con el actual diseño jurídico de nuestras instituciones se permita judicializar, en este caso por vía del recurso de amparo, problemas que en su especificidad científica debieran plantearse y resolverse en otras instancias del quehacer estatal" (Sent. N° 67 del 23/3/00).

menor vigencia e incluso con ausencia, los perfiles de tipo idiosincráticos de los magistrados que la generaron; mal que pese, ellos pueden ser reconocidos intelectivamente por el propio magistrado, y en virtud de lo cual poner en marcha algún tipo de mecanismo -intelectual o práctico- para lograr filtrarlos hasta anularlos. Tales deficiencias en su propia compostura psicológica son superables ¹⁴.

En cambio, las influencias ideológicas o provenientes de las cosmovisiones adquiridas por la propia especulación teórica, para evitar una perspectiva teológica y que sería igualmente válida, no son dispensables o superables. No existe procedimiento alguno, conviniendo claro está en una militancia judicial coherente, que pueda erradicarlas. En definitiva, constituyen la misma naturaleza del magistrado, lo cual se agrava en orden a que el juez no puede someter a una suerte de análisis ideológico su resolución, antes de que sea conocida por las partes ¹⁵.

Culminado este desarrollo anatómico de la sentencia, daremos las razones de cómo se explican los diversos estratos que constituyen en su conjunto la “unidad gramatical, lógica y jurídica” que es la sentencia judicial. Además ponderaremos sólidas razones para sostener la afirmación de que la sentencia judicial no es mero silogismo. Aseveración de infeliz generación y sesgante de la compleja realización que ella es y donde el magistrado compromete, no sólo sapiencia jurídica sino que ventila -y estará en el auditorio reconocerlo- sus propios perfiles idiosincráticos como también su basal estructura ideológica filosófica; todo lo cual es dinamizado

¹⁴ Quizás una buena parte de razón se nos pueda dar en este orden de cuestiones, después de completarse una lectura del libro ya citado de PIATTELLI PALMARINI, donde se formula en una escala todavía anterior a la que ahora hemos puntualizado de un conjunto de ilusiones cognitivas que nombra como los siete pecados capitales y que como tales, gran parte de nosotros -magistrados incluidos- acostumbramos cometer; ellas son: exceso de confianza, pensamiento mágico, opinión *a posteriori*, anclaje, fácil representatividad, daltonismo para las probabilidades, manipulabilidad de las creencias a través de guiones (confr. *Los túneles de la mente*, Barcelona, Crítica, 1995, pág. 117 y ss.).

¹⁵ Se han referido en particular al problema del derecho y lo ideológico, desde esta perspectiva del lenguaje, N. FÓSCOLO, M. SCHILARDI, *Materialidad y poder del discurso*, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1996, pág. 59. En tal lugar han sostenido esa posibilidad en razón de ser los códigos sentenciales individuales y por otra parte, advirtiendo que la ley misma siempre tiene una penetración o presencia ideológica que permite ser actualizada al tiempo de su interpretación y aplicación.

de ordinario por formaciones discursivas propias¹⁶ y como tal, próximas a la lógica no formal¹⁷.

No nos resulta posible afirmar la existencia del documento sentencial judicial, sin a la vez advertir que se han dado cita allí la totalidad de las dimensiones nombradas. No existe sentencia sin documento donde se realice un análisis de los hechos y de la prueba con adecuada suficiencia lógica, lingüística y gramatical, y sin descuidar tampoco la preocupación valorativa que reposa en una plataforma siempre ideológica propiciada desde una determinada cosmovisión del sentenciante. Además, y como no es una actividad mecánica sino propiamente humana, quien la dicta, no podrá desentenderse en principio de sus propios y adquiridos perfiles idiosincráticos.

El silogismo sentencial

Señalaremos ahora la diferencia no menor que se tiene que realizar cuando se nombra a la actividad jurisdiccional como la de un “silogismo judicial”¹⁸ sin más; con otra denominación que refleja con mayor fidelidad

¹⁶ Entendemos por ‘formaciones discursivas’ y alejados de cualquier marco teórico del marxismo althusseriano, que fuera quien mayor aplicación le diera, como “*todo sistema de reglas que fundamenta la unidad de un conjunto de enunciados socio-históricamente circunscriptos; al hablar de formación discursiva se plantea que para una sociedad, una ubicación, un momento definido, sólo una parte de lo que se puede decir (lo decible) es accesible, y que lo decible forma un sistema y delimita una identidad*” (D. MAINGUENEUAU, *Términos claves del análisis del discurso*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1999, pág. 52).

¹⁷ Se ha dicho que “*el razonamiento utilizado (por los jueces) puede ser de naturaleza menos formal que el silogismo, y ponen en juego relaciones que tienen que ver más con las convenciones oratorias que con la lógica*” (O. DUCROT, *Decir y no decir - Principios de semántica lingüística*, Barcelona, Anagrama, 1972, pág. 12).

¹⁸ Un análisis sumamente crítico de dicha construcción y que finalmente propone una inferencia lógica diferente a la del silogismo para referirse a la decisión judicial, puede ser consultada con todo detalle en el ensayo de V. ITURRALDE, “Sobre el silogismo judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* N° VIII, 1991, Madrid, págs. 239-272. De cualquier manera se puede indicar que dentro de la escuela procesalista clásica insignes autores se han referido a ella de esa manera, entre otros: F. CHIOVENDA, *Ensayos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1949, t. III, pág. 197; V. ROCCO, *Derecho procesal civil*, México, 1939, pág. 279; L. PRIETO CASTRO, *Exposición del derecho procesal civil de España*, Zaragoza, 1944, t. I, pág. 305; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación*,

la actividad ejecutada por los magistrados ¹⁹ y que nombramos como ‘razonamiento silogístico judicial de naturaleza práctico prudencial’ ²⁰. Se puede decir inmediatamente, que el rostro de la sentencia judicial es silogístico y su espíritu es prudencial o no formal ²¹.

El nombrado ‘silogismo judicial forense’, nos parece que merece alguna consideración un poco mayor a la que rigurosamente se le brinda. Afirmar que la premisa mayor es la norma y la menor los hechos y que el *modus ponens* lo preside, desde una perspectiva lógica no es ninguna incorrección, pero sin duda es una apreciación insuficiente. La norma contenida en la premisa mayor no es toda la premisa mayor, como tampoco los hechos que conforman la menor, no son excluyentemente toda la premisa menor. Además corresponde puntualizar, que al no ser la decisión judicial que se tome mera subsunción lógica sino una conclusión ponderada, es posible la existencia de la fractura lógica en el discurso y que la conclusión no responda *prima facie* a un riguroso encadenamiento anterior, sino a otro deslizado en último momento ²².

Madrid, Reus, 1947, pág. 199; P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, pág. 371.

¹⁹ Una consideración si se quiere intermedia entre la formal rigurosa y la práctica prudencial que hemos sostenido nosotros, aunque en nuestro parecer con severas dificultades para poder ser fiscalizada por los justiciables, es la que resulta ser conceptualizada como: “*El resultado a que llega el juez es el fruto, no de un juicio lógico objetivo realizado a base de materiales recogidos en el proceso, sino de una convicción psicológica que no está, o no debe estar, sometida, en cuanto a su formación, a reglas fijadas a priori, y en la que entran, o pueden entrar, en lo que a la valoración de los hechos se refiere, no sólo razonamientos puros, sino simples impresiones, creencias e incluso típicos actos de voluntad*” (C. RODRÍGUEZ AGUILERA, *El lenguaje jurídico*, México, Colofón, 1994, pág. 54).

²⁰ Lo hemos nombrado de tal manera al resolver el recurso de casación que fuera interpuesto *in re* “San Pedro Apóstol S.A.- Apelación en contra de resolución N° 137 del director del Registro General de la Propiedad” (Cámara de Apelaciones de Quinta Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba).

²¹ MAC CORMICK con precaución ha sostenido “*que el razonamiento jurídico puede ser presentado bajo una forma deductiva perfecta utilizando el modus ponens*”. “*Le raisonnement juridique*” en *Archives de philosophie du droit*, París, PUF, 1988, pág. 101.

²² Recuerda en este sentido Karl LARENZ que “*toda la reciente metodología jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente ‘preprogramadas’ en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez siempre ha de emitir (también) juicios de valor y que a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento*” (*Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 496).

Afirmamos que la consideración utilizada de ordinario de la sentencia como mero silogismo y como puro proceder lógico formal²³, es una mostración empañada de la actividad de la magistratura²⁴. Dicho razonamiento silogístico, que no puede ser ignorado, sólo permite explicar parcialmente el problema de la decisión judicial²⁵. Porque si bien la subsunción es una operación lógica, antes de eso, cuando de establecer o reconocer derechos se trata, ella se vigoriza y potencia como la manera prudencial de obtener juicios singulares a partir de normas generales.

Nombrar dicho ejercicio como silogístico-demostrativo es darle una categorización estrecha; porque como razonamiento dialéctico que es el judicial, tiene en su matriz mucho más que métodos de indagación deductivos e inductivos. Si atendemos dicho razonamiento en una visión amplificada, advertimos componentes metalógicos que atraviesan la dimensión del magistrado desde lo axiológico a lo ideológico y que como tales, no son pasibles de ser atrapados en aquel otro silogismo demostrativo, puesto que su análisis a la luz de esa perspectiva permite visualizar una ruptura de un desarrollo lógico riguroso²⁶; que en algunos casos serán ellas más evidentes y por lo tanto su justificación -externa- podrá ser más o menos compleja.

El hecho cierto de que la lógica tenga gran utilidad para el derecho es indiscutible, pero reducir el derecho sólo a la lógica es decapitarlo.

²³ Confr. J. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 200. Se ha definido también al razonamiento jurídico como aquel mediante el cual la autoridad jurídica competente razona o argumenta la decisión, basada en el derecho, que ha tomado. Es el instrumento mediante el cual se halla primero la norma jurídica y luego se aplica, se reconstruye en su materialidad el hecho juzgado y a continuación se clasifica según los parámetros de la normativa (A. LÓPEZ EIRE, *Actualidad de la retórica*, Salamanca, Hespérides, 1995, pág. 100).

²⁴ Existen muchos libros que denotan la severidad y diversidad de cuestiones y definiciones en las que la magistratura debe brindar adecuada reflexión y respuesta. Sostener que tan compleja tarea es sólo fruto de un silogismo judicial es no mirar la realidad jurídico-política en su conjunto, por un lado, y por otro, infravalorar la actividad intelectual de los jueces. Una lectura recomendada a tales efectos es la de R. ASÍS ROIG, *Jueces y normas - La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

²⁵ Confr. F. EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 67 y ss..

²⁶ La importancia que contemporáneamente se les brinda a los aportes que desde la hermenéutica jurídica se realizan o a la mera interpretación constitucional que la totalidad de los magistrados deben realizar, son aportes que ensanchan cualquier posición que quiera sostener la construcción del razonamiento jurídico actual, al modo demostrativo tal como

La sentencia y el test de la multicoherencia

Por último, queremos destacar algún aspecto vinculado a la fiscalización que de las resoluciones judiciales se pueda hacer. Para ello, utilizaremos una vía ampliada a la que de ordinario conocemos.

Reflexionamos indicando que la sentencia es el resultado de una gestión dinámica que cumplen los magistrados, que los abogados posibilitan mediante la introducción de los hechos exteriores a ser juzgados. Agregamos ahora que toda resolución judicial debería ser sometida a un 'test de la multi-coherencia' y sólo si lo supera exitosamente, podría merecer la calificación de 'sentencia judicial', debiendo aclararse que no ocultamos detrás de la nota de 'coherencia', ningún atributo o confección que pueda ser ligeramente considerada de extraordinaria. La *ratio* de la coherencia es la comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada, conforme a los criterios colectivos vigentes en una sociedad históricamente determinada.

La más inmediata y sensible de dichas coherencias para los abogados litigantes, es la realización de la existencia de la cosa juzgada, la cual, como es sabido, tiene íntima vinculación con la firmeza y no recurribilidad del pronunciamiento. Siendo así, se debe advertir que la recurribilidad que de las resoluciones se efectúa, lo es sobre la base de alguna disconformidad con ella, y que primariamente fuera absorbida por los vicios *in iudicando e in procedendo*; a los cuales luego, la sana lógica jurídica agregó los errores *in cogitando*, para nuclear en tal tópico lo vinculado con la manera de razonar del juez y la demostración que él realiza de la forma en que razona, como también de los elementos y materiales que componen su pensamiento mismo. La razonabilidad es algo más que la mera motivación, pero a la vez, la primera no agota a la coherencia de la resolución judicial.

Es de creer también, que la proyección constitucional y democrática del Estado de derecho otorgará cada vez más importancia y exigencia a

otora fuera cultivado. Al respecto confr. A. OSUNA FERNÁNDEZ LARGO, *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995; F. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; M. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997; J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.

cómo se produce la narración de los hechos por los jueces. La narratividad de lo fáctico está fuera de cualquier duda, la base material sobre la cual se emplaza luego el razonamiento no factual sino judicial. Si el relato fáctico no es controlable, el control que se ejerza por los otros caminos -esto es, por vía de errores *in procedendo*, *in iudicando* e *in cogitando*-, estará sobre la epidermis del verdadero problema, que como tal quedará ignorado, opacado o modificado por dicha falla en la narratividad misma.

La narración adecuadamente efectuada tiene la posibilidad -y allí es donde radica la importancia- de colocar a litigantes y auditorio frente a la misma realidad ontológica que justifica el mismo proceso judicial. No se trata de mera novelación del entorno procesal discutido ²⁷; porque el objeto factual que es atendido en la narración -cuando ella es acertada- llegará a ser semejante, parecido o al menos no disímil para quien ha sido sujeto narrador -juez-, de para quienes asumen el carácter de narratarios inmediatos -partes y abogados allí involucrados- y narratarios mediatos, como serían todos aquellos que conforman una instancia ideal, no por su necesaria inexistencia en la realidad histórica y temporal, sino por la ausencia en el *hic et nunc* al caso.

Acorde con lo dicho, proponemos un test de la multi-coherencia, que toda resolución debiera superar exitosamente para ser tal. Así, debe superar dicho pronunciamiento las siguientes dimensiones: 1) la coherencia en la narración de los hechos, 2) la coherencia en el derecho que es aplicado, en cuanto sea sustancial o procesal; 3) la coherencia en la respuesta judicial que es dispuesta en el caso concreto, 4) la coherencia que se debe advertir entre la sentencia y los contornos sociales en los cuales ella se introduce con efectos mediatos o incluso en algunos casos, remotos, 5) la coherencia en la motivación de la misma resolución.

²⁷ Desde esta perspectiva puede ser muy ilustrativa la lectura de la obra de M. GÁLVEZ, *El novelista y las novelas*, Buenos Aires, Dictio, 1980. De cualquier manera no es ocioso recordarles a los jueces la misma recomendación que con total criterio a abogados y filósofos del derecho se les ha efectuado: “*Por mi parte, alentaría tanto a los abogados como a los filósofos del derecho a devorar tanta literatura con escenas jurídicas como puedan. Es, ciertamente, una fuente maravillosa de intuiciones y hallazgos*” (B. VAN ROERMUND, *Derecho, relato y realidad*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 15).

Adviértase que la propuesta del ‘test de la multi-coherencia’ se encuentra encabalgada en una construcción anterior y que se reconoce bajo el rango de que existe sentencia judicial cuando la decisión jurídica allí contenida, es razonable²⁸. Mas una sentencia es razonable porque los litigantes involucrados en dicha resolución en primer lugar y la sociedad civil secundariamente, se satisfacen con ella, y además porque se le agrega la existencia de la completitud de la coherencia sentencial en los aspectos plurales que se han nombrado y no se agota una de sus importantes facetas, como es la razonabilidad.

Por último, destacamos que lo dicho así se impone, porque resulta una búsqueda de la sociedad política contemporánea que el magistrado cumpla con independencia e imparcialidad la excelsa gestión que se le ha encomendado; mas también se le está imponiendo que no lo haga desde fuera de la realidad sino desde ella misma. No involucrándose en modo particular con el asunto; pero no perdiendo tampoco los contornos axiológicos, valorativos, históricos, políticos y sociales que como tal existen siempre, y cuyo adecuado cumplimiento coloca a la misma resolución en un estado de realidad y no de atemporalidad que como resultado práctico puede ser semejante a una iniquidad de la solución judicial obtenida²⁹.

²⁸ “Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si, y sólo si, 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso” (M. ATIENZA, “Sobre lo razonable en el derecho” en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 22, 1988, pág. 108).

²⁹ Nos hemos referido a ella, en nuestro ya citado Código en oportunidad de efectuar el Comentario al la Regla 309 - Sentido Jurídico, de la siguiente manera: “1.- El sentido común jurídico impone al magistrado, en lo vinculado con su actividad jurisdiccional, que preste debida atención al caso, como a las consecuencias que del mismo se derivan. Además de ello, prescribe el uso de una lógica natural que como tal, haga que su pensamiento resulte asequible en principio a cualquier ciudadano. 2.- En razón que el magistrado no vive fuera de la sociedad sino que está inserto en ella como un ciudadano más, aunque con mayores compromisos públicos que los restantes, pues que debe sopesar y siempre acorde a dicho sentido común jurídico, la oportunidad y conveniencia de cumplir o dejar de hacerlo a determinadas actuaciones públicas, sea en orden del lugar donde se realizan, de las personas que participan o de los temas que se consideran en tal ámbito” (“Código de ética modelo para las magistraturas provinciales” en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 25, 2000, pág. 103).

LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO SOCIETARIO

por MIGUEL C. ARAYA

SUMARIO: Introducción. Antecedentes. Las variantes en el sistema continental europeo. La evolución en el siglo XX. Las tensiones entre norma y realidad. La sociedad anónima abierta. La sociedad anónima cerrada. Sistema societario argentino. Conclusiones.

I. Introducción

El propósito de este estudio es analizar las profundas transformaciones que se han operado en los finales del siglo XX en el derecho societario comparado, que sólo han sido acogidas parcialmente en nuestro país.

Las transformaciones, obvio es señalarlo, vienen impulsadas por los significativos cambios socio-económicos que con ritmo acelerado se han impuesto, fundamentalmente en el mundo desarrollado.

Esos cambios, en una extrema simplificación, pueden ser evocados a través de estos dos conceptos: *globalización*, en el campo económico, y *revolución digital*, en el área de las técnicas de comunicación.

Si bien estos fenómenos se han desenvuelto paralelamente, en el momento en que se produce la convergencia de ambos ingresamos en un nuevo tiempo: la sociedad postindustrial o postcapitalista ¹.

¹ Guido ALPA, “*New economy e liberere professioni: il diritto privato e l’attività forense nell’era della rivoluzione digitale*” en *Contratto e impresa*, año XVI, N° 3, set-dic. 2000, pág. 1177, Peter DRUCKER, *La sociedad poscapitalista*, Sudamericana.

Lógicamente el ámbito del derecho societario no podía estar excluido de los efectos de estos cambios. La avalancha de reformas ocurridas a partir de los '90 y más aún, las propuestas de reformas pendientes de debate, son claro ejemplo de que el derecho societario se halla inmerso en un proceso de transformación.

A ese análisis dedicaremos nuestro trabajo, aclarando que siendo la sociedad anónima el tipo más importante en nuestra materia, las consideraciones que siguen se referirán fundamentalmente a ella, con el agregado de la sociedad de responsabilidad limitada, que es su complemento, en muchos sistemas como el argentino. Los restantes tipos societarios, de escasa utilización en el mundo de los negocios, prácticamente no han sufrido variantes.

II. Antecedentes

Las compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII constituyen los antecedentes más relevantes de la actual sociedad anónima.

En 1602 se crea la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y en 1612 la Compañía Inglesa de las Indias Orientales².

En efecto, estas compañías tenían una estrecha semejanza con la actual sociedad anónima. La participación de los accionistas estaba representada por acciones y los socios limitaban su responsabilidad a esa participación de capital. La distribución de dividendos se efectuaba usualmente cada dos años, y finalizada la vigencia de la sociedad, los socios se repartían el aporte más las ganancias del emprendimiento.

Las compañías coloniales, como es sabido, tenían en común el hecho de que su origen estaba vinculado a un acto del soberano: el *octroi*. En la mayoría de los casos ese poder público formaba parte como principal accionista.

En el acto de otorgamiento de la concesión, las compañías eran investidas del monopolio del comercio para ciertas regiones o eximidas de algunas cargas.

² Santiago HIERRO ANIBALDO, "La doctrina del derecho mercantil y el origen de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, N° 229, 1998, pág. 1159 y ss. y Gaudencio Esteban VELASCO, "El poder de decisión en la sociedad anónima", pág. 43.

Las exigencias de capital que requería la expansión colonial eran cuantiosas, el riesgo, elevado y la duración, prolongada. La respuesta fue la creación por el poder político de estas compañías, que a través del acto de concesión imponían la unidad del aporte de capital de muchos socios, durante un largo tiempo, sin admitir la extinción del vínculo por muerte, ni el retiro de los socios.

En el siglo XIX, bajo el estímulo de las reformas políticas y económicas, se produce su privatización, pasando a ser considerado un tipo societario más, conjuntamente a los clásicos (colectiva, comandita). El Código de Comercio de Francia (1807) es la primera expresión de este proceso, al incluir entre sus normas la regulación de la sociedad anónima, aunque con restricciones en cuanto a su constitución, ya que la sometía al sistema de la autorización gubernamental.

De ese código pasa al de España (1829), Portugal (1830), Brasil (1850) y, por supuesto, a nuestro Código de Comercio (1859/1862)³.

Se fijan en esos cuerpos normativos las características esenciales que definen el tipo:

- 1) La representación de los aportes de los socios en acciones de libre transmisibilidad.
- 2) La total separación patrimonial entre sociedad y socios, que importa el reconocimiento del principio de responsabilidad limitada en beneficio de éstos.

La evolución se completa más tarde, con el pleno desarrollo de las ideas liberales, con la consagración del sistema normativo en el proceso constitutivo, que es hoy el vigente en nuestro país (art. 167 L.S.C.).

Hacia fines del siglo XIX, la atracción del tipo legal de la sociedad anónima, comienza a interesar a los medianos comerciantes, que se hallaban privados del beneficio de la limitación de la responsabilidad, ya que el régimen sumariamente descrito, atento su vinculación con grandes emprendimientos, resultaba excesivamente complejo y rígido.

³ Julio OTAEGUI precisa las variantes operadas en el sistema de autorización, en relación con estos códigos, en un estudio que tiene un vivo interés, especialmente para nuestro Código (ver "La sociedad desde la ley 15 hasta el Proyecto de 1998 sobre Código Civil unificado con el Código de Comercio" en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, t. IV, pág. 83, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).

La respuesta a ese requerimiento fue, en el derecho europeo continental, la ley de sociedad de responsabilidad limitada del 20 de abril de 1892 (GmbH), que incorporó un tipo intermedio entre la sociedad de capital por excelencia, la anónima y la sociedad colectiva, agregando a la limitación de responsabilidad tintes personalistas.

La propuesta alemana tuvo pronta expansión. En nuestra legislación fue incorporado el nuevo tipo en el año 1932, a través de la sanción de la ley 11.645.

Esa estructura, que conoce un doble tipo societario con responsabilidad limitada de los socios, con las variantes que más abajo veremos, constituye el sistema societario característico en el derecho continental europeo. La evolución en el derecho anglosajón ha sido distinta ⁴.

III. Las variantes en el sistema continental europeo

Angel Rojo, en un difundido estudio ⁵, ha explicado con sólidos fundamentos que en el derecho continental europeo el tipo de sociedad anónima responde a dos diferentes modelos: la concepción clásica de sociedad anónima, característica del modelo francés, y el modelo germánico.

En efecto, si bien las notas esenciales del tipo sociedad anónima son las originarias (representación del capital en acciones y responsabilidad limitada de los accionistas), el contenido de su regulación varía según sea el modelo en estudio.

En el modelo francés, el tipo legal se configura tomando en consideración la gran empresa, pero dada la flexibilidad de su contenido, no excluye la posibilidad de su uso por la pequeña y mediana empresa. Por ello, Francia (e Italia y España, esta última antes de la reforma del año 1995), la sociedad anónima no es sinónimo de gran empresa ⁶.

⁴ Las necesidades de la pequeña empresa fueron atendidas de un modo diverso, ya que se optó por flexibilizar las reglas que regulaban la sociedad anónima, distinguiéndose entre *private company* y *public company* (Inglaterra) y *close corporation* y *public corporation* (EE.UU). (Janet DINE, *Company Law*, Macmillan Press Ltd., pág. 10 y ss.).

⁵ “La sociedad anónima como problema” en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, pág. 1.

⁶ Angel Rojo, ob. cit., pág. 6.

Se define este modelo afirmando que la sociedad anónima es el tipo legal prevalente, ya que además de la forma empresaria tenida en cuenta por el legislador (la gran empresa), el tipo legal alberga a otras (en este caso, la pequeña y mediana empresa).

Este es el modelo seguido en Argentina. En 1972, al legislarse sobre la sociedad anónima, el legislador tomó como realidad empresarial a la gran empresa ⁷.

Sin embargo, ya en 1972, pero acentuadamente en la reforma del año 1983 (ley 22.903), el tipo de sociedad anónima argentina, dada la flexibilidad de su normativa, pasa a ser de masiva utilización, y como consecuencia la sociedad de responsabilidad limitada pasa a ocupar un rol menor.

Como fundamento de lo dicho, recordemos que la sociedad anónima en nuestro país puede constituirse con un capital ínfimo (\$ 12.000) (art. 186 L.S.C.), del cual sólo es obligatorio integrar un 25 % del aporte dinerario (art. 187 L.S.C.), que el directorio puede ser unipersonal (art. 255 L.S.C.), que se puede prescindir del órgano de fiscalización privada (art. 284 2º párr., L.S.C.).

En cambio, el tipo de sociedad anónima en las leyes alemanas de 1937 y 1965 es la estructura predispuesta para la gran empresa, sociedad abierta de grandes dimensiones, con un accionariado numeroso, que recurre para su financiamiento al ahorro público a través del mercado de capitales, donde rige con toda claridad el principio de organicismo a cargo de terceros ⁸.

En este modelo se reserva el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada a la pequeña y mediana empresa, que cobra, en consecuencia, una real importancia, al punto tal que, como es sabido, es el tipo societario más difundido en Alemania ⁹.

El tipo legal de anónima, aquí, es excluyente, ya que sólo admite su utilización por la forma empresarial que se tuvo en cuenta al establecer su contenido: la gran empresa.

⁷ Basta recordar la preocupación del legislador por el régimen de constitución por suscripción pública incluido en los arts. 168/182 L.S.C.

⁸ Angel ROJO, ob. cit., pág. 5.

⁹ José María GONDRA ROMERO, "La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del derecho de sociedades" en *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, pág. 43 y ss..

IV. La evolución en el siglo XX

En el siglo XX, el avance de la sociedad anónima ha sido arrollador, al punto tal de acorralar a los restantes tipos societarios comerciales a una utilización casi marginal.

Ese avance se ha orientado en un doble sentido:

Por un lado hacia la “magnificación”, o sea entendiendo la sociedad anónima como el tipo jurídico concebido para la gran empresa, con un accionariado numeroso y cambiante, sociedad que se financia a través del ahorro público en los mercados bursátiles.

Por otro lado, el avance se ha orientado hacia su “reducción”, o sea la adopción del tipo de anónima por parte de empresas de mediano tamaño (PYMES), inclusive algunas de ellas artesanales, constituidas por escasos socios y caracterizadas por rasgos personalistas ¹⁰.

Es cierto que estos fenómenos tienen distinta significación en cada uno de los dos modelos que conoce la regulación de la sociedad anónima en el derecho continental europeo: el francés y el germánico.

Pero en ambos no deja de aparecer ni la “magnificación” ni la “reducción” del tipo legal, en su adecuación a la estructura tanto de la gran empresa como de la mediana empresa.

En efecto, en el modelo francés, donde la sociedad anónima cumple un rol prevalente, si bien el tipo se configura tomando como base la gran empresa, la normativa contiene la suficiente flexibilidad como para posibilitar su utilización por la pequeña y mediana empresa.

Aquí, por definición, se ha operado la “reducción”, pero también la “magnificación”, a través de la cada vez más estrecha vinculación entre el derecho societario con el derecho bursátil, cuyo resultado es el subtipo ¹¹ de la sociedad anónima bursátil o cotizante, que acude a los mercados de capital como fuente esencial de su financiamiento ¹².

¹⁰ Enrique GUADARRAMA LÓPEZ, *La sociedad anónima. Análisis de los subtipos societarios*, México, Porrúa, pág. 47 y ss..

¹¹ La caracterización de la sociedad anónima bursátil como subtipo de la sociedad anónima o tipo específico de sociedad es un tema en debate, aún no concluido. Volveremos más abajo sobre ello.

¹² Ya Francia en su régimen del año 1966 distinguía la sociedad que acude al ahorro

El modelo germánico, como se ha dicho, se exhibe como ejemplo de “magnificación”, atento que la rigidez de su normativa y la fijación de un capital social mínimo importante, hacen del tipo legal de anónima sólo la forma de la gran empresa. El modelo se complementa con la reserva de la sociedad de responsabilidad limitada para la pequeña y mediana empresa.

Pero recientemente se ha sancionado la “ley para las pequeñas sociedades anónimas para la desregulación del derecho de sociedades por acciones”, (1994) que rompe la caracterización excluyente del modelo germánico, al admitir también el tipo societario para la mediana empresa. Se ha operado también la “reducción”¹³.

Los dos modelos del derecho continental europeo, si bien mantienen diferencias que permiten todavía distinguirlos, han tenido que adecuar el tipo societario de anónima (y como consecuencia, de limitada), al proceso de integración y armonización comunitaria y esa adecuación ha generado un acercamiento entre ambos¹⁴.

V. Las tensiones entre norma y realidad

En el derecho moderno, la ley ha eliminado el ejercicio de la autonomía de la voluntad para la creación de tipos societarios y, por el contrario, de manera expresa o tácita, ha consagrado el principio de *numerus clausus*¹⁵.

Los tipos de sociedades -dice Gaudencio Esteban Velasco- “*son formas de organización de la actividad social y es una cuestión política jurídica de cada ordenamiento decidir los modelos*

público. Más recientemente, Italia (Ley 216 del año 1974 y Ley Draghi (d. lgs. 24 febbraio, 1998, N° 58) han incorporado con toda claridad esta distinción.

¹³ R. Cristina ESCRIBANO GAMIR, “Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de sociedades por acciones”, RdS N° 3, 1994, pág. 451.

¹⁴ En este sentido, ver Gaudencio Esteban VELASCO en “La nueva sociedad por acciones simplificada del derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y contractualización del derecho de sociedades de capital” en RdS N° 3, año 1994, pág. 433, punto 2.

¹⁵ Ver sobre este tema Luis Fernández DE LA GÁNDARA, La atipicidad en derecho de sociedades, pág. 78 y ss., y Paolo SPADA, “La tipicità delle società”, pág. 6 y ss.. Una crítica aguda sobre esta manera de legislar en el derecho societario argentino es formulada

organizativos disponibles, tomando en cuenta los distintos y heterogéneos aspectos de la empresa que pueden ser relevantes"¹⁶.

Nuestra ley acoge expresamente ese principio, en el art. 17, en estos términos:

“Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley”.

Pero el legislador cuando elige los tipos y fija su contenido imperativo, no disponible para las partes, tiene en cuenta una estructura empresarial determinada por lo general, la que es prevalente en ese momento histórico en su país, y consagra el tipo legal en función de esa realidad empresarial.

Cuando esa realidad se modifica substancialmente, como sucede hoy, se produce la tensión entre norma y realidad, entre tipo legal y forma empresarial, y cuando esa tensión es insostenible, se impone la necesidad de la reforma.

La normativa sobre sociedad anónima, como hemos visto, ha acreditado una gran plasticidad en su desarrollo histórico, al punto tal de acoger dos fenómenos tan distintos como su magnificación y su reducción. Sin embargo, la avalancha de reformas operadas a partir de los años '90 y los procesos de reformas andantes¹⁷ acreditan que esa plasticidad se ha cristalizado, y que se requiere un avance más.

Las líneas básicas en la evolución normativa más reciente en el derecho continental europeo, son fundamentalmente, dos: el reforzamiento de la disciplina jurídica de las sociedades cotizantes y su diferenciación del régimen general de las sociedades anónimas y por el otro, la simplificación y flexibilización de la sociedad anónima respecto a las empresas medianas y pequeñas que no recurren para su financiamiento al ahorro público¹⁸.

Ives Guyon califica a estas tendencias como contradictorias, ya que aparece de un lado la proliferación de reglamentaciones cada vez más impe-

por Sergio LE PERA en “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”, L.L. 1980-A, pág. 745.

¹⁶ “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de la regulación”, RdS N° 2, 1994, pág. 138.

¹⁷ Tomo esta expresión de Girón TENA, en “Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España” La Ley, España, N° 2145, pág. 923.

¹⁸ Nuria FERNÁNDEZ PÉREZ, “La protección jurídica del accionista inversor”, RdS, Monografías, pág. 132 y ss..

rativas, aplicables a las sociedades que recurren al ahorro público y por otro lado, una aspiración a un mayor grado de libertad en favor de los socios para regular la organización y funcionamiento de las personas jurídicas ¹⁹.

VI. La sociedad anónima abierta

El hecho económico que genera el cúmulo de propuestas de reforma en esta área, es la relevancia singular que ha adquirido en los finales del siglo XX el mercado de capitales, como fuente de financiación de las empresas.

En los países anglosajones y en especial en EE.UU., por diversos factores, las grandes sociedades anónimas obtienen su financiación a través del mercado, lo cual, al margen de otorgarle una extraordinaria significación, ha tenido como efecto distribuir su capital entre un número enorme de inversores. Este fenómeno se ha acelerado con la significación que han cobrado los inversores institucionales ²⁰.

Si bien este desarrollo es de menor entidad en Europa continental, adonde tradicionalmente las grandes empresas se han financiado a través de los bancos ²¹, no hay dudas de que allí también la inversión institucional ha experimentado un crecimiento espectacular ²².

El hecho de acudir para su financiamiento al mercado de capitales, importa determinadas consecuencias en la estructura jurídica de la sociedad anónima, para los accionistas-inversores e incluso en la regulación de los instrumentos que sirven de vehículo para captar los fondos de financiación.

La perspectiva del mercado de capitales -señala Gaudencio Esteban Velasco-, “*constituye un nuevo paradigma que complementa al tradicional societario*”. Y es verdad, ya que afecta no sólo al

¹⁹ Ives GUYON, “*Les sociétés*”, pág. 7, L.G.D.J..

²⁰ Philippe BISSARA manifiesta que este último aspecto es relativamente reciente, en “*Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l’entreprise*” en *Revue des sociétés* N° 1, janvier-mars 1998, pág. 8.

²¹ Mark J. ROE, “*Some differences in Corporate Structure in Germany, Japan and the United States*” en *Yale Law Journal*, June 1993, 102, Yale L.J., 1927.

²² Ver Antonio RONCERO SÁNCHEZ, “*Inversores institucionales*” en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 673 y ss..

ámbito externo de la sociedad, sino que influye decisivamente en su sistema orgánico ²³.

En ese orden de ideas, la dispersión accionaria, imprescindible como instrumento para la acumulación de capitales, ha generado la neta separación entre la propiedad del capital y la gestión del capital de la sociedad anónima bursátil ²⁴.

El problema es ciertamente complejo, y además, cabe distinguir la diversa intensidad del fenómeno, según la significación que tiene el mercado de capitales como fuente de financiación en el mundo anglosajón en relación con los países integrantes de la Europa continental.

Pero no hay dudas de que un capitalismo maduro se caracteriza hoy por la disociación entre propiedad y gestión ²⁵.

Tomando el modelo anglosajón de financiación de empresas, puede decirse que la dispersión del accionariado (y su concentración en los inversores institucionales), ha generado un traslado del poder de decisión en la sociedad anónima, del órgano tradicional de gobierno (la asamblea) hacia el órgano de administración (el directorio).

Se produce, en consecuencia, un desajuste en el modelo legal, que asigna el gobierno a los accionistas, con el modelo empírico, adonde el poder de decisión recae en el directorio y en verdad, ni siquiera en dicho órgano, sino en aquellos ejecutivos (directores o no) que están al frente de la gestión.

Inicialmente, este desajuste manifestado por la ausencia de los accionistas en las asambleas, se denunciaba como una suerte de apatía de éstos, una expresión de conformidad con la gestión de los ejecutivos, manifestada en la escasa participación.

²³ En “Sociedad Anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, RdS N° 2, 1994, pág. 140. La sociedad anónima se “abre” al mercado, según una gráfica expresión de Héctor ALEGRÍA expuesta en su conferencia sobre “La normativa societaria en la oferta pública” en “El futuro del derecho societario”, Jornadas Preparatorias en U.A.D.E., 24/4/01, Bs. As..

²⁴ El fenómeno en EE.UU. ya fue puesto de manifiesto en 1932, por BEARLEMEANS, en la clásica obra *The modern corporation and private property*, New York. Más recientemente por J. K. GALBRAITH en *El nuevo Estado industrial*.

²⁵ Phillippe BISSARA, ob. cit., pág. 7, Informe Olivencia, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 708.

Hoy se asume que en la gran sociedad anónima, el accionista clásico ha pasado a ser sólo un inversor y que en consecuencia, los supuestos propietarios de la sociedad anónima no realizan ningún tipo de control sobre los ejecutivos que gestionan. Es más, no tienen ningún interés en realizarlo ²⁶.

Su participación societaria, hoy mediatizada a través de los inversores institucionales, ha venido a clarificar el fenómeno ²⁷.

“Es que el legislador decimonónico -dice Gaudencio Esteban Velasco- parte de la idea de que el conjunto de accionistas-propietarios reunidos en asamblea general constituye la fuente de todo el poder en la sociedad anónima, que puede ejercer directamente en toda su extensión con escasas limitaciones legales (representación) o bien delegar en otros órganos en la medida en que sea conveniente por razones prácticas” ²⁸.

Este esquema funcional ha sido avasallado en la forma empresarial de la gran sociedad anónima y ello genera indudables conflictos, que pueden sintetizarse en el riesgo que existe en que los ejecutivos orienten las decisiones societarias en beneficio propio, antes que en el interés social.

Por lo demás, no puede menos que reconocerse que hoy la gestión requiere alta profesionalización y rapidez en la toma de decisiones, lo que sin dudas ha acentuado el fenómeno.

Pero todo ello revela una tensión fuerte, una clara disociación entre el “modelo legal” y el “modelo real” ²⁹.

Tradicionalmente las exigencias del mercado de capitales, en cuanto a regulación y transparencia, han sido atendidas por el dictado de normas específicas, de segundo nivel, emanadas de los organismos de control del mercado de capitales ³⁰.

²⁶ Se habla de una “apatía racional” de estos accionistas. Luis VELASCO SAN PEDRO en “El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el “Informe Olivencia”, R.D.C.O. 189/192, pág. 401.

²⁷ También la aparición de las acciones sin voto viene a ratificar este aserto.

²⁸ Gaudencio Esteban VELASCO en *El poder de decisión en la sociedad anónima*, pág. 521.

²⁹ Gaudencio Esteban VELASCO, “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo” en *El gobierno de sociedades cotizadas*, pág. 145.

³⁰ En nuestro caso la Comisión Nacional de Valores, creada en 1968 como entidad

Este proceso ha generado la aparición de una nueva fuente de derecho de sociedades, en este caso de las cotizantes, y por lo tanto ya el derecho societario no es sólo el derecho de categoría consagrado por la legislación específica, sino que además está influenciado por las leyes que regulan los mercados de valores y las normas reglamentarias dictadas por los organismos de control (e inclusive entidades autorreguladas) de inferior jerarquía, que inciden sobre la estructura interna de la sociedad anónima³¹.

Existe en consecuencia y desde hace tiempo, en esta estructura societaria singular, que es la sociedad cotizante, un régimen base, que es la sociedad anónima, al que se suman normas de distinta jerarquía que afectan el orden interno de estas sociedades (ver art. 7º ley 17.811).

Y ello porque la disciplina de las sociedades cotizantes debe atender a la protección de intereses que van más allá de lo privado, que afectan intereses públicos, en la medida en que las sociedades anónimas cotizantes constituyen una pieza central del mercado de capitales.

Su estatuto jurídico, por ello, no sólo se integra por normas societarias, sino por normas bursátiles, que regulan su actuación en el mercado. Y esas normas, reiteramos, afectan su estructura orgánica.

Hoy, los movimientos de reformas del derecho societario, en este ámbito de la sociedad anónima abierta, van más allá. Se ha generado una poderosa corriente de opinión, iniciada en EE.UU., y continuada en Europa, que bajo la denominación amplia de “*Corporate Governance*” (y sus traducción más difundida, “Gobierno de las sociedades cotizadas”), afronta la relación entre el mercado de capitales y el derecho societario en términos renovados.

Luis Velasco San Pedro asigna a los siguientes factores el resurgimiento de la preocupación por los conflictos originados por esta relación: 1) Crisis económica en algunas grandes sociedades cotizantes en Bolsa; 2) Los procesos de privatización de empresas públicas, cumplidos entre los '80 y los '90; y 3) La globalización de la economía³².

autárquica, mediante la sanción de la ley 17.811. Es sabido que estos organismos tienen su inspiración en la *Security and Exchange Commission* de EE.UU. en 1933.

³¹ Héctor ALEGRÍA, conferencia sobre “La normativa societaria en la oferta pública” en “El futuro del derecho societario”, Jornadas Preparatorias, U.A.D.E., 24/04/01.

³² Luis VELASCO SAN PEDRO, “El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el Informe Olivencia”, R.D.C.O. Nº 189/192, pág. 40.

El propósito esencial que alienta esta corriente de opinión es generar un nuevo modelo de dirección y control en las sociedades cotizantes.

Como antes se ha señalado, el desarrollo de las grandes sociedades anónimas cotizantes, su internacionalización y significación indudable en la economía mundial, han revelado con toda crudeza la disociación entre la propiedad del capital accionario y el ejercicio del poder dentro de esa clase de sociedades ³³.

Ante esa evidencia, el movimiento de reforma generado por el llamado “Gobierno de las sociedades cotizadas o gobierno corporativo” apunta fundamentalmente a la estructura de la administración de la sociedad anónima, y lo pone como aspecto central a reformar ³⁴.

En efecto, se ha asumido con toda claridad que los graves desequilibrios de poder existentes entre los administradores (ejecutivos) y los accionistas inversores representan, como antes se ha dicho, una potencial fuente de abuso de poder, que los mecanismos de control previstos en la sociedad anónima clásica no pueden prevenir.

El origen del movimiento del “*Corporate Governance*” es EE.UU., como ya se ha señalado, bajo el aliento de prestigiosas asociaciones de abogados estadounidenses, la *American Bar Association* (ABA) y el *American Law Institute* (ALI).

Estos esfuerzos dieron sus frutos en un estudio fundamental: “*Principles of Corporate Governance. Analysis and Recommendations*”, publicado en 1994 por el *American Law Institute* ³⁵.

Sin embargo, el texto que ha tenido mayor influencia en este movimiento, al menos en Europa, ha sido el documento británico conocido como “Informe Cadbury”, publicado en 1992, elaborado por el comité designado por el “*Financial Reporting Council*” ³⁶.

³³ Ver por ejemplo, las expresiones del Informe Olivencia, sobre el “Consejo de administración en el gobierno de las sociedades cotizadas”, pág. 712, punto II; 1.

³⁴ Gaudencio Esteban VELASCO en “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo” en “El gobierno de sociedades cotizadas”, pág. 138.

³⁵ Ver entre otros Alberto ALONSO UREBA, “El gobierno de las grandes empresas” en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 116. En la misma obra puede consultarse el texto de estos principios en idioma castellano, pág. 861 y ss..

³⁶ Luis SAN PEDRO VELASCO, ob. cit., en R.D.C.O., pág. 398. El informe Cadbury

A este texto británico le ha seguido una verdadera avalancha de diversos informes, que esencialmente tienen el mismo propósito: en Canadá, el Informe Dey -año 1994-, en Francia el Informe Vienot de 1995 (y luego, 1999), en España el Informe del Círculo de Empresarios (1996) y luego el Informe de la comisión especial para el estudio del Código Ético de los Consejos de Administración de Sociedades, difundido como Informe Olivencia (1998), y en Italia el Informe de la Asociación Disiano Preite (1996)³⁷.

Luis Velasco San Pedro ha destacado dos aspectos comunes de estos informes: en cuanto al fondo de la cuestión, centran su análisis en el consejo de administración y la auditoría; en cuanto a su metodología, establecen recomendaciones para las sociedades anónimas cotizadas, cuyo grado de cumplimiento será valorado por el mercado y no impuesto por la ley³⁸.

En relación al primer aspecto puntualizado por Velasco San Pedro, destacamos que las propuestas alientan el propósito de generar un mayor control sobre quienes hoy tienen el poder “real” de decisión en las sociedades anónimas cotizantes: los ejecutivos que gestionan día a día la empresa.

Es imposible reseñar los diversos temas que proponen cada uno de los informes antes enumerados, por lo que pasamos a describir -brevemente- las ideas que, al respecto, refleja uno de ellos: el Informe Olivencia de España, que tiene la virtud, para nosotros, de diagnosticar sobre un fenómeno empresarial que presenta algunas similitudes con el nuestro.

En ese sentido las propuestas del Informe Olivencia son las siguientes:

1) En cuanto a las funciones del consejo de administración (nuestro directorio), se asume que el consejo no es el órgano idóneo para llevar a cabo la administración de las empresas que superen una cierta dimensión

puede ser consultado, en idioma castellano, en la obra *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 767. Sobre dicho informe, ver también Mónica COLOMBERA, “*Le regole di corporate governance nel Regno Unito: il Cadbury Committee e il Greenbury Committee*.” *Rivista delle Società*, 1996, pág. 441.

³⁷ Se citan aquí los esenciales, ya que la lista es más amplia. La mayor parte de estos informes puede consultarse en idioma castellano en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, a partir de la página 707 y ss..

³⁸ Luis VELASCO SAN PEDRO, ob. cit. en R.D.C.O., pág. 399. Este último aspecto significa, sin dudas, un notorio cambio en las bases del derecho societario continental europeo, en la medida en que pasa a ser el mercado (y no la legislación) el mecanismo de control de la actuación de las sociedades.

y en consecuencia se propone que dicho órgano se configure como un instrumento de supervisión y control, dirigido a compatibilizar los planes de quienes gestionan la sociedad (ejecutivos), con los intereses de quienes aportan los recursos financieros (accionistas inversores).

2) Desde el punto de vista de la integración del consejo de administración, y como consecuencia de lo antes expuesto, se introduce una distinción entre los directores ejecutivos -encargados de la gestión- y los directores externos, quienes deberán ser la mayoría en el directorio.

3) En la categoría de directores externos, se destacan los consejeros (directores) independientes, quienes acceden a su cargo en razón de sus altas calidades profesionales y como representantes de los intereses generales de los accionistas inversores

4) La creación de comisiones en el consejo de administración, llamadas comisiones delegadas, que corresponde a asignación de funciones específicas, fundamentalmente de control.

El Informe Olivencia incluye comisiones de información y control contable; de selección de consejeros y altos directivos; determinación y revisión de la política de remuneraciones; y evaluación del sistema de gobierno y de la observancia de sus reglas ³⁹.

En relación con el aspecto metodológico, el Informe Olivencia opta por continuar la línea señalada en las propuestas de origen anglosajón, que alienta que estos principios sean acogidos voluntariamente por las sociedades cotizantes, que deben elaborar códigos de conducta y adecuar sus estatutos a las recomendaciones, difiriendo en última instancia al mercado la valoración de esos cambios ⁴⁰.

³⁹ Informe Olivencia en “El gobierno de la sociedad cotizada”, pág. 719. La síntesis de dicho informe ha sido tomada de Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido” en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 66. Sobre el contenido en dicho Informe ver, además: Gaudencio Esteban VELASCO, “La renovación de la estructura de la administración”, pág. 137, y Carmen ALONSO LEDESMA en “El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”, pág. 615, ambos en “El gobierno de las sociedades cotizadas” y Luis VELASCO SAN PEDRO, en ob. cit., R.D.C.O., pág. 412.

⁴⁰ El tema, en realidad, forma parte de un debate más profundo, que surge de la escuela del “Análisis económico del derecho”. Una postura favorable a esa escuela puede consultarse en Cándido PAZ ARES: “Como entendemos y hacemos el derecho de sociedades”,

El mercado, en esta corriente de opinión, opera en consecuencia como una instancia de control de los directivos de las empresas cotizantes y basta, por lo tanto, requerir a esta clase de sociedades la adecuación de sus estatutos, sin más estímulo que la sanción que significará en la valoración de sus acciones para las sociedades que no lo hagan ⁴¹.

Si bien en la realidad anglosajona se reconoce la efectividad del sistema de autorregulación, la originalidad del Informe Olivencia radica en su propuesta de aplicación en el área continental europea. Italia y Alemania, como se ha dicho, han mantenido la regla tradicional que importa consagrar estas reformas a partir de la modificación de su legislación.

Al amparo del Informe Olivencia, las sociedades más relevantes del mercado bursátil han ordenado sus reglamentos (Telefónica, Repsol, BBV, entre otras).

Sin embargo, el proceso de cambio orientado por el Informe Olivencia, tal como toda obra humana, hoy refleja en España un resultado que ofrece *“tanto luces como sombras”* ⁴².

VII. La sociedad anónima cerrada

Diferentes son las ideas que reflejan las diversas reformas y propuestas de reformas, en lo que se relaciona con las sociedades anónimas cerradas ⁴³.

en *Tratando de la sociedad limitada*, pág. 159, y en contra José María GONDRA en “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?” en *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, pág. 1545 y ss..

⁴¹ Informe Olivencia, punto 12: “Adopción y publicidad de las reglas de gobierno”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 736. Cabe señalar que distinta es la metodología que han seguido, con similares propósitos, la reforma en Italia (1996) “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziari, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996*” (decreto legislativo N° 51 del 24/2/98 y en Alemania, en la denominada *KonTra Gesetz* (1998).

⁴² Hago más las expresiones de Luis VELASCO SAN PEDRO, ob. cit., en R.D.C.O., pág. 405 y ss..

⁴³ Cabe recordar nuevamente la opinión de Ives GUYON, que califica esta situación como “contradictoria”.

Aquí el reclamo es “simplificación y flexibilización” del régimen de aquellas sociedades anónimas que no recurren en su financiación al ahorro público.

Si la corriente del “*Corporate Governance*” se destaca por sus propuestas de innovación en el ámbito de las sociedades cotizantes, en el terreno de las sociedades anónimas cerradas son para destacar las reformas introducidas a la legislación francesa en las “Sociedades por acciones simplificadas” (años 1994/1999) y a la legislación alemana sobre “Pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de sociedades por acciones” (año 1994). A ellas cabe sumar el Proyecto Mirone, en Italia, que tiene hoy instancia legislativa ⁴⁴.

Todas ellas tienen un hilo conductor común: generar un mayor espacio de libertad contractual, necesario para adaptar las empresas a los cambios económicos que se producen en forma vertiginosa en el mundo actual. Por supuesto que cada una de estas reformas no deja de atender a las particularidades de cada país ⁴⁵.

El reclamo de desregulación es muy claro: reducción del ámbito del derecho imperativo y por consiguiente aumento del protagonismo de la autonomía de la voluntad, para adecuar los estatutos societarios a las particularidades de cada empresa ⁴⁶.

Es que la legislación societaria vigente en Europa (y agregamos, en Argentina) ha sido sancionada en momentos históricos favorables a la intervención del Estado en materia económica. Así, la libertad contractual en la conformación estatutaria está restringida, sobre todo en la ley de Alemania del 6 de setiembre de 1965 y en Francia en la ley del 24 de julio de 1966.

⁴⁴ El proyecto Mirone puede consultarse en *Rivista delle Società*, gennaio-febbraio 2000, Nº 1, pág. 14.

⁴⁵ Este reclamo de mayor libertad estatutaria aparece claramente, por ejemplo, en el Informe Marini sobre la “Modernización del derecho de sociedades comerciales”, Francia 1996, al afirmarse que “... la armadura legislativa ha conducido a un desfase entre el derecho y la práctica de enojosas consecuencias. Desemboca, en efecto, en una desvalorización de la ley. Esta tiende a reducirse a un formalismo vacío de sentido, inútil y costoso”. Ver Jean PAILLUSSEAU, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales”, en L.L. 1997-E, pág. 1419.

⁴⁶ Ver José Miguel EMBID IRUJO, “Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Anales*, 1998, pág. 153.

Las ideas prevalentes hoy en la ciencia económica, como sabemos, son otras, y a la par de esas ideas viene el reclamo de una mayor libertad contractual en la materia ⁴⁷.

La experiencia legislativa más importante en esta orientación es la incorporación de un nuevo tipo societario, en Francia, denominado “Sociedades por acciones simplificada” (S.A.S.), instituido por la ley 94-1 del 3 de enero de 1994, luego reformada por la ley 99-586 del 12 de julio de 1999.

Cabe destacar, inicialmente, que esta reforma, que ha sido calificada como una verdadera “revolución cultural” ⁴⁸ introduce un nuevo tipo societario en el derecho francés, ampliando de esta manera el catálogo de estructuras jurídicas destinadas a la organización de empresas, como una clase más de sociedades por acciones, a la par de la anónima y la comandita por acciones ⁴⁹.

Señalamos en este sentido, que si bien son de aplicación supletoria las reglas relativas a la sociedad anónima que no sean incompatibles con el nuevo tipo, la expresa prohibición de aplicación de aquellos artículos relativos a los órganos de la sociedad anónima (arts. 89 a 177-1, dispuesto en el art. 262-1 de la ley 94-1), ratifica que estamos ante un tipo específico.

Coincide la doctrina que la razón esencial de la creación de la sociedad por acciones simplificada fue flexibilizar el derecho francés para hacerlo atractivo como derecho elegible por los operadores económicos europeos para fundar empresas comunes (filiales o *holding*), que en esa instancia histórica (año 1994) se derivaban a otros países (Holanda, Gran Bretaña, Luxemburgo) ⁵⁰.

⁴⁷ Vuelvo a recordar, aquí, que el sistema de derecho societario está elaborado en torno del principio de tipicidad, que reduce, por definición, las posibilidades de ejercicio de la autonomía de la voluntad. Con un sentido más abarcativo, analiza el tema Efraín Hugo RICHARD en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico de derecho privado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, págs. 13 y ss..

⁴⁸ Jean STOUFFLET, “*Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*” en *Revue des Sociétés* N° 2, avr-juli 2000, pág. 241.

⁴⁹ Gaudencio Esteban VELASCO en RdS N° 3, 1994, pág. 435.

⁵⁰ No podemos menos que recordar aquí, por su similitud, el llamado efecto Delaware, en el derecho societario estadounidense.

Por esa razón, en su redacción originaria, las S.A.S. sólo podían constituirse por personas jurídicas, titulares de un capital social de al menos Fr. 1.500.000, no por personas físicas. Esta limitación ha sido luego eliminada (art. 262-1, ley 99-586), con el agregado de que se permite inclusive su constitución por una sola persona, para que este tipo jurídico sirva al desarrollo de los grupos de empresas (art. 262-1).

El mayor atractivo de esta figura, en palabras de Gaudencio Esteban Velasco, lo constituye la facilidad otorgada a los accionistas para organizar la dirección y gobierno de las S.A.S., lo que significa la enorme posibilidad de sustituir la organización legal por otra de base contractual ⁵¹.

En efecto, la ley dispone que los estatutos fijarán las condiciones bajo las cuales la sociedad será administrada, con la única restricción de la representación frente a terceros, que se establece en forma imperativa a través de su presidente, cargo a designar en las condiciones previstas por los accionistas (art. 262-6).

En materia de decisiones sociales, cabe destacar dos ideas: en primer lugar, la ley admite que los accionistas puedan organizar en su estatuto libremente las formas y condiciones bajo las cuales expresarán la voluntad social, con lo que es posible eliminar la reunión en asamblea (art. 262-10).

En segundo lugar, se dispone, sin embargo, que ciertas decisiones significativas para los accionistas deben ser adoptadas en forma colectiva por ellos (aumento, amortización o reducción de capital, fusión, escisión, disolución, nombramiento de comisarios de cuentas, aprobación de cuentas anuales y distribución de beneficios -art. 262-10 - 2º párr.).

Con las salvedades referidas, la distribución de competencias entre los órganos sociales es facultad de los accionistas, que se reflejará en la conformación de los estatutos.

De acuerdo con este sistema de organización societaria, en caso de silencio de los estatutos, el presidente dispone de los más amplios poderes para decidir sobre los asuntos de la sociedad, dejando de lado,

⁵¹ Gaudencio Esteban VELASCO en “La nueva sociedad por acciones simplificada del derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y contractualización del derecho de sociedades de capital”, RdS N° 3, pág. 438.

obviamente, los supuestos especiales antes enunciados, que caen bajo la competencia de los accionistas ⁵².

Como se advierte, las posibilidades de conformación de la estructura orgánica de las S.A.S. son amplísimas.

Cabe, además, incorporar en las S.A.S. cláusulas de neto corte personalista, que son habituales en la constitución de aquellas sociedades que sirven como instrumento de colaboración empresaria.

En este sentido el régimen francés consagra la validez entre partes y frente a terceros, de ciertos pactos entre accionistas, muy usuales en la práctica.

Nos referimos a la cláusula de enajenabilidad por un lapso de diez años (art. 262-14), la exigencia de previa conformidad de la sociedad para legitimar la transmisión de acciones (art. 262-15), la posibilidad de exclusión de accionistas (art. 262-17), imponiendo en este caso la supresión de los derechos políticos mientras no proceda a transmitir sus acciones.

Estas reglas de la S.A.S. revelan una clara especificidad de la condición de accionista de este tipo, en relación al derecho común de las sociedades anónimas ⁵³.

La reforma alemana de 1996 tiene el propósito específico de hacer más atractiva la forma jurídica de la sociedad anónima para las medianas empresas ⁵⁴.

⁵² Gaudencio Esteban VELASCO, ob. cit., RdS Nº 3, pág. 440.

⁵³ Gaudencio Esteban VELASCO, ob. cit., RdS Nº 3, pág. 438. Sobre este aspecto de la ley, ver también Philippe DELEBECQUE, "*Sociétés por actions simplifiée et pactes d'actionnaires*" en *Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU, pág. 61.

⁵⁴ Además incorpora reformas que tienen a desregular el derecho de sociedades por acciones en general, que obviamente no serán objeto de comentario, en este capítulo. Sobre las reformas a las sociedades anónimas cerradas, ver R. Cristina ESCRIBANO GAMIR, "Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derechos de sociedades por acciones" en RdS Nº 3, 1994, pág. 350; Peter HOMMELHOFF, "*Les petites sociétés anonymes dans le système juridique allemand*" en *Revue des Sociétés* Nº 2, avril-juin 1996, pág. 245; y Pablo LARRINAGA, "La ley para las pequeñas sociedades anónimas alemanas", R.D.B.B., t. 54, pág. 505.

Las innovaciones fundamentales a este respecto son: autorización para la constitución de la sociedad anónima por un solo accionista (art. 2º AktG) (que significa, agrego, una adecuación a las 12ª Directiva 89/667 C.E.E.), mayores facilidades para la convocatoria a junta general, permitiéndose que dicha convocatoria se realice a través de carta certificada, supresión de las formalidades para el desarrollo de la junta general y simplificación de las formas notariales para la protocolización de los acuerdos adoptados en la junta general (arts. 121 y 124 AktG), eliminación del régimen imperativo, para este subtipo societario, en cuanto a la disposición de sus reservas (art. 58 AktG).

Los resultados de esta reforma, sin embargo, han sido considerados insuficientes por autorizada doctrina ⁵⁵.

Finalmente tenemos la propuesta italiana, recogida en el Proyecto Mirone ⁵⁶.

El Proyecto Mirone viene a integrar las modificaciones realizadas en Italia al derecho societario, que se iniciaran con la llamada reforma Draghi (d. lgs. 24 febbraio, 1998, N° 58), que, como se ha señalado, se orientó a perfeccionar la disciplina del mercado bursátil, con el objeto de alentar el ahorro del público hacia la financiación empresarial.

En este caso, el Proyecto Mirone, que abarca tanto la sociedad anónima como la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad cooperativa, apunta a otros objetivos: básicamente a simplificar la disciplina societaria, ampliando la autonomía estatutaria (punto 2, incisos c, d) y adecuar la regulación de los modelos societarios a las exigencias de las empresas (punto 2, incisos e, f). Además propone una disciplina específica para los grupos societarios (punto 2, inciso h).

Claro que, comprendiendo también la estructura de la sociedad anónima que recurre al financiamiento del público, la propuesta Mirone distingue entre:

⁵⁵ Ver HOMMELHOFF, ob. cit., pág. 247.

⁵⁶ El proyecto Mirone puede consultarse en *Rivista delle società*, gennaio-febbraio, 2000, N° 1, pág. 14. Ver, además, sobre el proyecto, el comentario de Paolo MONTALENTI, "La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone" en *Guirisprudenza commerciale*, 27.3, mayo-junio 2000, pág. 378/1.

- La sociedad de responsabilidad limitada, forma jurídica predispuesta para la pequeña y mediana empresa cerrada, para la que reclama una amplia autonomía estatutaria.

- La sociedad anónima, como modelo predispuesto para las empresas de grandes dimensiones, que se financian en el mercado de capitales, para la cual aconseja la incorporación de un régimen imperativo, inspirado en las prácticas del buen gobierno (*corporate governance*).

Esta propuesta no importa, sin embargo, la consagración de un modelo rígido, de dos tipos inflexibles, sino modelos prevalentes para las sociedades cerradas y abiertas, pero sin establecer de modo obligatorio la elección de los tipos, ya que mantiene también la sociedad anónima cerrada como oferta para aquellas empresas que la adopten como primer escalón hacia una futura financiación bursátil ⁵⁷.

VIII. Sistema societario argentino

En la República Argentina, el sistema societario está fundamentalmente estructurado en la ley de sociedades comerciales (año 1972, ley 19.550) que fuera objeto de sucesivas reformas parciales, la más significativa a través de la sanción de la ley 22.903 en 1983 ⁵⁸.

La ley argentina, fiel al sistema continental europeo en su variante francesa, consagra a la sociedad anónima, como tipo prevalente, o sea que es el tipo societario utilizado tanto para la gran empresa como por las empresas medianas y grandes. En este esquema, la sociedad de responsabilidad limitada cumple una función complementaria.

Es cierto que la regulación argentina está pensada para la sociedad anónima como estructura jurídica de la empresa de gran magnitud, pero la inexistencia de los criterios tradicionales que diferencian la sociedad abierta de la cerrada en nuestra legislación (capital mínimo y número de socios),

⁵⁷ Ver Proyecto Mirone, *Rivista delle Società*, en especial puntos 3 y 5, pág. 31. También ver Paolo MONTALENTI, ob. cit, en *G. Comm.* pág. 396/I.

⁵⁸ Sobre el sistema societario argentino, ver entre otros, Juan M. FARINA, *Tratado de sociedades comerciales*, Efraín H. RICHARD - Orlando M. MUIÑO, *Derecho societario*, y Ricardo NISSEN, *Ley de sociedades comerciales*.

así como la flexibilidad que adquirió la regulación luego de la reforma de 1983, ha alentado la utilización del tipo de anónima, como forma prevalente en la realidad económica argentina.

La ley incorpora una poco feliz distinción entre sociedades anónimas sujetas a la fiscalización estatal permanente (art. 299 L.S.C.) y sociedades sujetas a la fiscalización estatal limitada (art. 300 L.S.C.), que lejos está de generar precisión en el sistema.

Este criterio del legislador desconoció la diferenciación que se insinuara a partir de la sanción de la ley de oferta pública de títulos valores (Nº 17.811) en especial, por la actuación de la Comisión Nacional de Valores.

Pero el transcurso del tiempo ha generado una diferencia entre las sociedades abiertas y cerradas, que desborda las reglas distintivas de la ley de sociedades comerciales (arts. 299 y 300 L.S.C.), y que surge del citado régimen de oferta pública. Este criterio es más razonable, ya que acude al parámetro en boga, que es el llamamiento al ahorro público mediante la oferta de títulos valores (art. 16 ley 17.811 LOPTV).

La evolución se acentúa claramente con la sanción, dispuesta al momento de escribir estas líneas, del decreto Nº 677/2001 “Régimen de transparencia de la oferta pública” (BO. 28/5/01) que tiene como propósito básico el de “crear confianza y seguridad necesarias para abaratar el costo del capital y aumentar el financiamiento de las empresas” (considerando, párrafo 5º, decreto 677/2001) ⁵⁹.

Este decreto delegado, distingue -claramente ahora- entre las sociedades anónimas abiertas, que efectúan oferta pública de sus “valores negociables” ⁶⁰.

La normativa básica de ambas clases de sociedades anónimas seguirá regulada en la ley de sociedades comerciales, pero a ella se suma esta ley

⁵⁹ Más allá del contenido del régimen recién sancionado, que no será objeto de análisis en este estudio, cabe aplaudir que se haya optado por incluir algunas propuestas de la corriente llamada “*corporate governance*” por la vía de la reforma legal y no por la vía de la autorregulación, propia del derecho anglosajón. Sobre este debate, ver especialmente Alberto ALONSO UREBA, en “El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)” en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pág. 109.

⁶⁰ Esta noción, en el decreto, sustituye a la tradicional de “títulos valores” y las sociedades anónimas cerradas, que están excluidas de la posibilidad de financiamiento en el mercado de capitales.

específica que regula el mercado de capitales, que como antes se ha dicho, avanza sobre la estructura interna de la sociedad anónima abierta ⁶¹.

Coincidimos con la distinción entre sociedad anónima abierta y cerrada, que se concreta en este decreto mencionado, a partir del criterio, que como se ha visto, prevalece en el derecho comparado, que es el financiamiento a través del mercado de capitales, con la consagración de la sociedad anónima bursátil, como un subtipo de anónima, que reclama, en consecuencia, disposiciones normativas específicas ⁶².

Lógicamente esta regulación, integrada tanto por normas bursátiles como societarias, atento el interés esencial en juego, que en el primero de los casos es la protección del mercado y de los inversores y el adecuado derecho de información, reclama una disciplina más rigurosa, casi administrativizada ⁶³.

En el campo de la sociedad anónima cerrada, como se ha visto, las inquietudes son distintas.

Aquí la orientación del derecho comparado es un reclamo de “simplificación y flexibilización” ⁶⁴.

Es que la rigidez de nuestro sistema societario de 1972 había merecido críticas severas, pero las sucesivas reformas parciales, en especial del año 1983, fueron adecuando su texto a los reclamos de los agentes económicos, dotándola de una mayor flexibilidad, que hoy luce ⁶⁵.

Carlos Odriozola, en ese sentido, ha señalado que nuestra ley permite elaborar un estatuto complejo, con clases o categorías de acciones, comisión

⁶¹ No debe olvidarse, además, la normativa que con igual objeto dicta la Comisión Nacional de Valores.

⁶² La discusión sobre la calificación de la sociedad anónima bursátil como subtipo de la anónima o como un nuevo tipo societario no tiene aún una opinión definitiva en el derecho comparado. Ver sobre este aspecto a Enrique GUADARRAMA LÓPEZ, ob. cit., pág. 150.

⁶³ Ver entre otros Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, pág. 47 del artículo sobre tipología.

⁶⁴ En esta orientación se elaboró el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales, originado en la resolución del Ministerio de Justicia N° 465/91, en el que participamos, juntamente con E. ALBERTI, H. FARGOSI, S. LE PERA, H. MAIRAL, A. PIAGGI y E. H. RICHARD. Ver su texto en la publicación de editorial Astrea, 1993.

⁶⁵ Ver entre otros Sergio LE PERA en *Joint venture y sociedad*, en especial a partir de la pág. 202 y ss..

de vigilancia, directorio, comité ejecutivo, comisión fiscalizadora, auditoría externa y mayorías especiales, y por otro lado, se admite la constitución de una sociedad anónima con dos accionistas, un directorio unipersonal y sin órgano de fiscalización ⁶⁶.

A ello cabe agregar la significativa innovación que se introdujo en 1983, con la regulación de los contratos de colaboración empresaria, a través de la consagración de dos figuras típicas, la Agrupación de Colaboración (ACE) y la Unión Transitoria de Empresas (UTE), y la aceptación casi unánime por la doctrina de que tales figuras en modo alguno restringen la libertad para concertar otros negocios de participación ⁶⁷.

Algunas autorizadas opiniones reclaman, sin embargo, un avance más profundo en ese camino ⁶⁸.

La clara diferenciación entre sociedades anónimas que se perfila ahora en nuestra legislación ⁶⁹, estimula, nos parece, a avanzar en favor de una mayor autonomía estatutaria en la anónima cerrada, abordando temas como el control estatal de los aportes en especie, la publicidad de las convocatorias a asamblea, el régimen de dividendos anticipados, la eliminación de la fiscalización estatal limitada, los convenios de sindicación de acciones, entre otros.

⁶⁶ Carlos ODRIUZOLA, en conferencia “La problemática del accionista inversor”, en “El futuro del derecho societario”, Jornadas Preparatorias, U.A.D.E., 24/4/01.

⁶⁷ En este sentido, ver especialmente Efraín Hugo RICHARD en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico de derecho privado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 45 y ss..

⁶⁸ Héctor MAIRAL, en “El derecho entre la economía y la política” califica a la ley de sociedades comerciales como “*rígida y anticuada*”. Afirma más abajo que la ley, al crear “*tipos societarios rígidos y al establecer estrictos límites al uso simultáneo de tipos diversos, restringió una de las pocas alternativas de que los empresarios disponen para atracción de inversores y de esta manera frenó la innovación*”. Información Empresaria, N° 278, julio de 2000, pág. 4.

⁶⁹ Esta diferenciación venía siendo reclamada, desde hace muchos años, por autorizada doctrina. Ver la ponencia de los Dres. J. BACQUE, E. JELONCHE, E y J. MACCHI, en “Hacia un tipo legal de la sociedad anónima abierta” en las Jornadas de Derecho Societario organizadas por la Asociación de Abogados, noviembre de 1978, publicada en Derecho Empresario, N° 69, Buenos Aires, pág. 193.

IX. Conclusiones

Del análisis de las profundas transformaciones que se vienen incorporando en el derecho societario comparado, matizada por las referencias al derecho nacional, cabe a nuestro juicio formular algunas conclusiones, que lógicamente tienen el carácter de provisorias, ante la aceleración de los procesos de cambios sociales y económicos que hoy vivimos.

Pareciera claro que el derecho societario va camino de distinguir, con todo rigor, entre la sociedad abierta y la sociedad cerrada, reconociendo como elemento diferenciador la financiación a través del mercado de capitales.

Esta sociedad anónima abierta, bursátil, es el fruto de la relevancia que ha adquirido el mercado de capitales, como fuente de financiación empresaria, ya tradicional en el mundo anglosajón y ahora creciente en la economía europea. Ello ha originado la cada vez más estrecha relación entre el derecho del mercado de valores y el derecho societario.

Las modificaciones que se producen en la estructura de la sociedad anónima bursátil en relación con el modelo legal (y a su aplicación jurisprudencial) son substanciales y por ello es atinada la propuesta de establecer para aquellas una normativa específica, y esa noción tiñe todo el derecho societario actual ⁷⁰.

En efecto, la mutación del accionista a inversor, que conlleva incluso la posibilidad de emitir acciones sin voto, las reglas más flexibles en materia de capital social, que permiten la emisión de sus acciones bajo la par, soluciones propias en el derecho de suscripción preferente y en la adquisición de sus propias acciones, el órgano de fiscalización imperativo y más complejo, y sobre todo la obligatoriedad de brindar la información relevante, como fórmula para garantizar la transparencia de la gestión y el desarrollo del mercado de capitales, son más que simples cambios.

⁷⁰ H. ALEGRÍA señala tres posibilidades al respecto: una ley especial que sea exclusivamente de sociedades que hacen oferta pública, una ley con normas específicas que complemente a la ley de sociedades comerciales, que debe, en ese caso, ser tomada como base, y una regulación propia, incluida en la ley de sociedades comerciales. Se inclina por el segundo camino "El futuro del derecho societario", Jornadas Preparatorias, U.A.D.E., 24/4/01.

Es cierto que los datos estructurales del tipo se mantienen vigentes (capital representado en acciones de libre transmisibilidad y responsabilidad limitada), y por ello mismo sobrevive la denominación de sociedad anónima, pero las significativas diferencias apuntadas abonan la tendencia en vigor.

Es oportuno recordar en esta instancia que la concepción tradicional sobre el derecho de sociedades descansa sobre la idea de que la sociedad es una persona jurídica independiente y autónoma de sus miembros, y de allí nace la noción de interés social.

En este esquema, el interés social coincide con el común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad ⁷¹.

Hoy, en la sociedad anónima bursátil, esa noción se modifica también y se afirma que el interés de la sociedad es la “*creación de mayor valor para el accionista*” ⁷².

Un autor de la talla de Pailleseau llega a afirmar, por ello, que “*la reconcepción del derecho de sociedades comerciales conduce a la eliminación de la noción de interés social, tal como se lo conoce actualmente*” ⁷³.

Por debajo del “*umbral del mercado de capitales*” ⁷⁴ la tendencia del derecho comparado es la aceptación de un fuerte incremento del derecho dispositivo en las sociedades cerradas, tanto anónimas como de responsabilidad limitada ⁷⁵.

⁷¹ Rafael MANÓVIL, en *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, pág. 571.

⁷² Ver por ejemplo Informe Olivencia, pág. 713, punto 1.3: “Creación de valor para el accionista”. El decreto 677/2001 hace expresa referencia a este principio en sus considerandos.

⁷³ Jean PAILLESEAU en L.L. 1997-E, pág. 1414. Sobre este tema tan atrayente, ver especialmente las reflexiones más recientes de Pier Giusto JAEGER, el recordado autor de “*L’interesse sociale*” en “*L’interesse sociale revisitato (quarant’anni dopo)*” en *Giurisprudenza commerciale*, 27.6, nov./dec. 2000.

⁷⁴ La expresión pertenece a Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA en “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista sociedad anónima - sociedad de responsabilidad limitada”, RdS, 1994, Número Extraordinario, pág. 47.

⁷⁵ Sobre el tipo de la S.R.L. ver especialmente la ley 2/1995, del 23 de marzo de sociedad de responsabilidad limitada en España. Han comentado esta reforma autores varios en *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado y en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, S.L.. Sobre la libertad de

No se percibe con igual claridad en este ámbito cuál es la propuesta prevalente relativa a la reordenación de los tipos societarios. En otras palabras, despejada la duda de la sociedad anónima abierta, en favor de su reconocimiento como subtipo específico ⁷⁶, las legislaciones europeas siguen sin resolver si deben mantener una sociedad anónima cerrada, como paso previo a la sociedad bursátil (ésta es la propuesta del Proyecto Mirone y del Informe Marini) o si en cambio debe reservarse para las medianas y pequeñas empresas el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada (modelo alemán, aun después de la reforma de 1994 y orientación de la reforma española, luego de las reformas de 1989/1995) ⁷⁷.

La mayor difusión del tipo de sociedad de responsabilidad limitada depende, como se ha señalado, de la solución que se le asigne a esta cuestión tipológica ⁷⁸.

Sí es clara, repetimos, la tendencia hacia la flexibilización, que se manifiesta fundamentalmente en la normativa del régimen de aportes no dinerarios, en la adopción de decisiones sociales, en la transferencia de las participaciones societarias, en la validez de los convenios de accionistas, inclusive en su oponibilidad hacia terceros ⁷⁹.

Como reflexiones finales, cabe resaltar que es necesaria una renovación de nuestro derecho societario, ya que éste fue dictado en momentos en que existía un Estado caracterizado por su intervención en la economía, y con fuerte participación de las empresas públicas en la

configuración estatutaria en el derecho español, ver José Miguel EMBID IRUJO, "Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital", en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998, pág. 145.

⁷⁶ Cabe recordar que algunos autores, optan, incluso, por calificarlo como tipo específico. Sobre la significación de esta distinción ver Héctor ALEGRÍA, "Los llamados subtipos societarios en la ley de sociedades comerciales. Algunos aspectos de su problemática", en L.L. 1978-D, pág. 1221 y María Celia MARSILI, "Régimen de tipos y subtipos. El caso de la ley 24.467" (en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa).

⁷⁷ Recordar, por lo demás, que el sistema anglosajón tiene sus propias respuestas. Ver E. GAUDARRAMA LÓPEZ, ob. cit., pág. 107.

⁷⁸ Sobre este debate, ver "¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?" También GAUDARRAMA LÓPEZ, ob. cit, pág. 154.

⁷⁹ Estos temas han sido considerados en el Proyecto Mirone.

producción y prestación de servicios. Las reglas de la economía globalizada y de la revolución digital, prevalentes hoy en el mundo, imponen, en consecuencia, una adecuación del régimen societario.

Esa renovación debe partir del reconocimiento de que en materia de sociedades anónimas, como lo ha hecho el derecho comparado, corresponde dictar normas específicas para la sociedad anónima abierta, que vinculen el mercado de valores con el derecho de sociedades. Este es el camino del reciente decreto 677/2001.

En materia de sociedades cerradas (sociedad anónima y responsabilidad limitada), nos parece necesario profundizar el camino abierto en 1983 hacia la flexibilización de su régimen.

Finalmente, todo intento de reforma ⁸⁰ debe tener como objetivo esencial la empresa, ya que la sociedad es una técnica de organización de la empresa (exposición de motivos, ley 19.550). Por lo tanto, las propuestas deben siempre partir del reconocimiento de que nuestra realidad empresarial se destaca por una red numerosa de medianas y pequeñas empresas, y un número muy limitado de sociedades anónimas abiertas (hoy sólo 88 sociedades cotizan sus acciones en el mercado de valores). En consecuencia, la reforma debe apuntar a generar, en lo que corresponde al ámbito societario, una normativa fundamentalmente dispositiva que aliente la competitividad de nuestras empresas y facilite su financiación, temas que son a nuestro juicio, los más urgentes en nuestra economía, hoy.

La tarea, como se advierte, es compleja y difícil, pero su importancia no es menor. El Informe Cadbury, elaborado para Gran Bretaña, comienza con las siguientes palabras: “La economía del país depende de la dirección y la eficiencia de sus sociedades. Por ello, la efectividad con que los consejos de administración desempeñen sus obligaciones determinará la situación competitiva de Gran Bretaña”

En ese orden de ideas, el presente estudio pretende ser sólo un estímulo para renovar nuestro sistema societario, al servicio de empresas más competitivas y eficientes en la Argentina.

⁸⁰ La sanción del decreto 677/2001 impone ahora más que nunca, una actualización de nuestro sistema societario.

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (la formación del contrato bajo la Convención ONU, 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías) *

por PEDRO F. SILVA-RUIZ **

SUMARIO: El tema. 1. Perspectiva general del tema. 2. En general: la Convención. La Convención. La formación del contrato bajo la Convención. Derecho comparado. a. Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (Unidroit). b. El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía. c. Los principios del derecho contractual europeo. Conclusiones.

Agradecimiento

Mis primeras palabras son de agradecimiento a esta docta casa -la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)- por el honor que me hace al recibirme como académico correspondiente.

Este agradecimiento se extiende concretamente a los señores académicos numerarios que accedieron a la designación. En particular, destaco a los señores profesores doctores D. Eduardo Ignacio Fanzolato Cazón y D. Luis Moisset de Espanés, maestros del derecho civil, quienes movieron a sus compañeros a mi designación. A ellos dos, amigos desde hace mucho tiempo, y a los otros académicos, reitero nuevamente mis más expresivas gracias por el reconocimiento que han hecho.

* Conferencia pronunciada con motivo de su incorporación como académico correspondiente, el 18 de setiembre de 2001.

** Catedrático de Derecho (Civil, Notarial, Comparado), Universidad de Puerto Rico (c) PFSR, 2002.

El tema

El tema es la compraventa internacional de mercaderías, bajo un régimen concreto: el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, efectuada en Viena el 11 de abril de 1980 (*Convención*) (CISG). Aún hay que limitarlo más ya que se trata de un instrumento de 101 artículos, muchos de ellos de extensión considerable.

En concreto, trataremos la formación del contrato, que comprende la Parte II, arts. 14 a 24, particularmente los arts. 14 y 19.

Mas antes de estudiar propiamente la formación del contrato, es imprescindible, a nuestro juicio, ofrecer una perspectiva general del tema y, además, de la *Convención*.

1. Perspectiva general del tema

*“La compraventa, tradicionalmente identificada con el concepto de comercio, continúa siendo el instrumento jurídico y económico más idóneo y frecuente para las circulación de los bienes desde sus productores a sus consumidores, generalmente a través de intermediarios, en un circuito que no conoce fronteras. Los intercambios comerciales de exportación e importación, del territorio de un Estado al de otro, se articulan en la economía moderna normalmente a través del viejo contrato de compraventa, en cuya causa está el cambio de cosa por dinero. El comercio no puede identificarse con la compraventa, pero no se comprende sin ésta. Vendedores y compradores son protagonistas principales del tráfico mercantil internacional”*¹.

No hay duda de que toda la actividad económica se está globalizando o, quizás, mejor sería decir, para así evitar reacciones adversas, “internacionalizándose”. Manifestaciones de este proceso pueden encon-

¹ John S. HONNOLD, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales* (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Madrid, España, Edersa, s/fecha, pág. 17 (Es la versión española de la obra del mismo autor, *Uniform law for international sales*, Holanda, Kluwer, 1982).

trarse en el aumento dramático del comercio internacional de bienes y servicios y la inversión extranjera. Esta economía global-internacional necesita de una infraestructura legal, moderna y uniforme, que llene las ausencias, complete la laguna de un derecho internacional comercial o derecho comercial internacional (según el énfasis o preferencia de cada cual, atendiendo a criterios diversos), con el propósito de superar la aplicación de un derecho nacional doméstico. La *Convención* se inserta en esa trayectoria ².

2. En general: la Convención

Convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Conferencia de Plenipotenciarios se reunió en Viena, Austria, del 10 de marzo al 11 de abril de 1980. En algunas ocasiones se obtuvieron compromisos satisfactorios; en oportunidades a través de textos ambiguos se logró continuar con los trabajos y a veces, el equilibrio se obtuvo mediante fórmulas complicadas. Son significativas las palabras del profesor Gyula Eorsi, de Hungría, presidente de la Conferencia, cuando, al referirse a los trabajos, manifestó: “Si el acuerdo obtenido nos satisface, decimos que es seguro, por el contrario, si no satisface, imputamos rigidez (al acuerdo). Si nos gusta, es flexible; por el contrario, si nos disgusta es vago. También ocurre que

² John D. HONNOLD y Curtis R. REITZ, *Sales transactions: domestic and international law (cases, problems and materiales)*, 2ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2001, pág. 11 y ss.. Véase, además, Klaus Peter BERGER, *Transnational commercial law in the age of globalization*, Centro di Studie Ricerche di Diritto Comparato Staniero, publicación N° 42, Roma, Italia, 2001, pág. 29. Además, Claudia R. BRIZZIO, “Regulación del contrato en la economía globalizada”, *Revista de Doctrina* N° 3, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, 2001, págs. 11-31, 81-92. La bibliografía sobre la Convención de 1980 es muy amplia. Por todos: 1) *La compraventa internacional de mercaderías (comentario de la Convención de Viena)*, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, coordinador (es una obra colectiva), 1ª ed., Madrid, España, Civitas, 1998, 762 págs.; 2) A. GARRO y A. ZUPPI, *La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Argentina, La Rocca; 3) Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I, págs. 416-447; 4) Pedro F. SILVA-RUIZ, “La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en el *Libro Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, III*, Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, págs. 2883-2893 (sobre el art. 7º de la Convención).

si algo nos satisface -refiriéndose a un acuerdo o la redacción de una propuesta -le llamamos ‘objetiva’ y si nos disgusta, entonces es ‘subjetiva’”³.

La *Convención* de 1980 da una importancia menor al *rigor commercialis* que dos convenciones previas: una establecía un derecho uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías (LUCI) y la otra un derecho uniforme sobre la formación de contratos para las compraventas internacionales de mercaderías (ULF), que entraron en vigor en 1972⁴. Se atribuye aquel carácter a que se integraron a los grupos de trabajo -que culminaron con la *Convención*- países representativos de todas las regiones del mundo, de todas las familias jurídicas y de todos los intereses económicos⁵.

La Convención

Conviene, con el propósito de ubicar el tema, significar algunos pormenores sobre la *Convención*.

Dice Honnold que “*el tema dominante de la Convención es el papel del contrato celebrado por las partes -un tema cuyo significado es más profundo de lo que puede parecer a simple vista-. En algunos países las normas proteccionistas inspiradas por las condiciones de los consumidores no están cuidadosamente delimitadas y pueden amenazar la seguridad de los acuerdos comerciales fundamentales que son característicos del comercio internacional. Para evitar cualquier tipo de colisión con esta legislación proteccionista, las compras de los consumidores quedan excluidas de la Convención... La Convención no se sobrepone al derecho interno que proscribe determinadas transacciones e invalida los contratos*

³ Véase, Gonzalo PARRA ARANGUREN, *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, págs. 66-67. La cita de Eorsi es una traducción libre nuestra.

⁴ Fue en abril de 1964 que se reunió en La Haya, Holanda, la Conferencia Diplomática que culminó con las convenciones indicadas. La gran mayoría de los países que se adhirieron a aquellas convenciones fueron europeos.

⁵ PARRA ARANGUREN, *supra* nota 3, pág. 67.

prohibidos; aparte de este estrecho campo, la Convención da una firme protección a los acuerdos contractuales hechos por las partes. Más aún, las partes pueden excluir la Convención y los términos de sus contratantes prevalecerán sobre cualquier disposición contraria del derecho uniforme” ⁶.

Algunas características relevantes de la *Convención* se indican a continuación.

Ésta se aplica únicamente a las *compraventas internacionales*. La compraventa tiene que ser internacional. El art. 1º del Capítulo 1 (ámbito de aplicación) de la Parte I (ámbito de aplicación y disposiciones generales) ordena: “1º. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante” ⁷.

Hay que consignar expresamente que “*las normas internas sobre las compraventas de mercaderías aplicables en la mayor parte del mundo parten de las ideas legales que fueron desarrolladas hace más de un siglo*” ⁸. Los cambios profundos operados durante el siglo pasado (siglo XX) habían servido de impulso para una revisión de las ideas básicas legales aplicables a este contrato (el de mercaderías). La *Convención* debe enriquecer la *revisión del derecho interno*.

Volviendo a las transacciones que están sujetas a la *Convención*, el instrumento se aplica a las compraventas internacionales de mercaderías. El criterio básico para determinar el carácter internacional es que el com-

⁶ John D. HONNOLD, *supra* nota 1, págs. 69-70. El art. 4º de la Convención ordena que ésta no concierne “(a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso”. A su vez, el art. 6º manda que “las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

⁷ Los Estados Unidos de América hicieron reserva del inc. b al ratificar la Convención, por lo cual no lo aplica o no está vigente para este país. Véase, además, Pedro F. SILVA-RUIZ, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, N° 50, enero-junio 1989, págs. 89-97 (y anexo).

⁸ John D. HONNOLD, *supra* nota 1, pág. 80.

prador y el vendedor tengan su *establecimiento* (o, en su caso, su residencia habitual) en estados diferentes. *Establecimiento*⁹ es el lugar regular, permanente donde una parte lleva a cabo sus negocios normalmente. Pero “si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración”¹⁰. Es también necesario, como ya indicáramos, que exista una relación entre la transacción internacional y uno o más estados contratantes.

Ni la nacionalidad de las partes o la clasificación de los contratos o sujetos, en civiles o mercantiles, es relevante (son irrelevantes) para la determinación de si aplica o no la *Convención* a una compraventa¹¹.

No define la *Convención* lo que se entiende por mercaderías¹². Excluye, sin embargo, seis categorías específicas. Las primeras tres (a-c) del art. 2º están basadas en la naturaleza de la transacción; las otras tres exclusiones (d-f) descansan en la naturaleza de las mercaderías. Así, dispone el art. 2º: “... La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad”¹³.

La *Convención* regula exclusivamente dos materias: 1) la formación del contrato de compraventa y 2) los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador que emanen del contrato. Otros aspectos no son regulados por la *Convención*, sino por la ley nacional. La *Convención* concretamente especifica que no se aplicará a: 1) cuestiones refe-

⁹ Art. 10.b de la Convención. En inglés: “*place of business*”.

¹⁰ Art. 10.a de la Convención.

¹¹ Art. 1. 3 de la Convención.

¹² En inglés, “*goods*”.

¹³ Art. 2º a-f de la Convención. Véase, además, el art. 3º para otras exclusiones.

rentes a la validez del contrato (art. 4º a); 2) “los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas” (art. 4º b), y 3) “la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas o una persona por las mercaderías” (art. 5º). Esta última exclusión deja fuera la responsabilidad del fabricante ¹⁴.

La *Convención* es una regulación de carácter dispositivo: los contratantes pueden *excluir* su *aplicación* o establecer *excepciones* a cualquiera de sus disposiciones, y hasta *modificar* sus efectos ¹⁵.

La formación del contrato bajo la Convención

La *Convención* regula de manera muy completa la formación del contrato de compraventa de mercaderías en los arts. 14 a 24.

Por el contrario, el vigente Código Civil de Puerto Rico (CCPR), al igual que el español, dedica un artículo al asunto. Reza el art. 1214 CCPR: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta” ¹⁶.

El art. 14 de la Convención ordena:

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Resulta que se distingue la oferta propiamente dicha de la propuesta de contratar. Estas últimas son declaraciones que lo único que manifiestan

¹⁴ Los llamados “*product liability*”.

¹⁵ Art. 6º de la Convención.

¹⁶ 31 LPRA 3401. Art. 1262 Código Civil español.

tan es una intención de, más adelante, formar un contrato, dibujado inicialmente, por lo que tan sólo inicia el proceso, que eventualmente, llevará a la formación de ese acuerdo vinculante.

La propuesta o declaración del proponente, ha de incorporar su intención de quedar vinculado de ser aceptada y, además, ha de ser suficientemente precisa. Así, de haber una aceptación, el contrato queda constituido. El proponente de la oferta quedó obligado, esto es, vinculado contractualmente, sin más declaración.

Esa voluntad, o intención de quedar obligado, y si se encuentra suficientemente expresada, por ser precisa, es un asunto de interpretación. Hay que recurrir a las reglas de interpretación de los contratos ya formados y, por consiguiente, vinculantes, pues hay carencia de otras (reglas) ¹⁷.

De las dos posibilidades de interpretación -subjetiva: se fija en la voluntad real del declarante; u objetiva: la que, con el propósito de proteger la confianza suscitada, se centra en el sentido que los destinatarios de la declaración puedan encontrar en ella- la *Convención* introduce la regla de la buena fe en su art. 7º. 1 (interpretación de la *Convención*). Diez-Picazo manifiesta: “(A) *mi juicio, por regla general, no hay serias razones para desviarse del principio de interpretación subjetiva o según voluntad. Sólo debe inclinarnos a favor de la interpretación objetiva si el destinatario de la declaración de oferta, al interpretarla ha modificado razonablemente su propia situación jurídica o económica. En este sentido, me parece que militan en favor de la interpretación objetiva muy serias razones en aquellos casos en que se hubiera producido una aceptación tácita, o en los que el destinatario de la oferta hubiese comenzado a ejecutar actos preparatorios de la ejecución o del cumplimiento del contrato, pero no en los demás*” ¹⁸.

¹⁷ Véase, art. 7º.1 de la Convención. Puede verse, además, Pedro F. SILVA -RUIZ, “La interpretación del contrato (Informe del derecho puertorriqueño)”, en *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, vol. 3, págs. 87-100.

¹⁸ LUIS DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “La formación del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, España, t. XLVIII, fascículo I, enero-marzo 1995, pág. 7.

Sobre el requisito de que la oferta sea “suficientemente precisa”, es conocido que se requiere una declaración completa del oferente. Por lo menos, el carácter completo de la oferta se postula de los elementos esenciales del negocio ¹⁹.

Mas el art. 14 de la *Convención* lo que requiere es una oferta suficientemente precisa (vs. completa, conforme a la doctrina tradicional) y dice que lo es aquélla que “indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”. Díez-Picazo ve tres posibilidades:

“a) En la propuesta existe una determinación expresa de las mercaderías, de la cantidad que ha de servirse y del precio, que debe comprender la especie monetaria en que haya de ser pagado... no se plantea problema especial, pues en ella existe la previsión de un contrato de compraventa con determinación suficiente de elementos esenciales.

b) La declaración de voluntad de la propuesta designa e identifica las mercaderías, pero la cantidad y el precio resultan sólo de manera tácita. Por regla general, esta designación simplemente tácita es admisible y no priva a la declaración del carácter de oferta.

La determinación implícita o tácita de la cantidad puede resultar de acuerdos marcos preexistentes... Puede resultar también de los usos individuales y de las prácticas existentes entre las partes....

Más complicado resulta el problema de la determinación implícita del precio... *.

¹⁹ El art. 1213 CCPR, 31 LPRA 3391, equivalente al art. 1261 del Código español, trata de los elementos esenciales del contrato: consentimiento (oferta-aceptación); objeto cierto (las obligaciones) y la causa de la obligación (¿también del contrato?). Existen, además, elementos naturales y accidentales del contrato: “*Los elementos naturales son los que, por considerarse que corresponden a los intereses de las partes, la ley estima que forman parte del mismo si los contratantes no los han excluido (por ejemplo, la garantía en la compraventa..., o la gratuidad en el mandato...).* Los **elementos accidentales** son los que la ley no incluye supletoriamente, y que por ello no hace falta que las partes los dejen excluidos, pero que las mismas pueden introducir en el contrato para mejor alcanzar los fines que se han propuesto (así, la condición, al término y el modo)”, José PUIG BRUTAU, *Doctrina general del contrato*, 2ª ed. II-I de los Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona, Bosch, 1978, pág. 41 (lo destacado nos pertenece).

* No estudiamos en esta ocasión el tema de los precios implícitos (nota añadida al texto).

c) Es posible que en la propuesta, sin plena determinación del objeto contractual, se encuentren señalados criterios de determinación. Este es un supuesto bien conocido en la tradición de las codificaciones europeas y en nuestro Código Civil se encuentra admitido por el art. 1273, con carácter general para todos los contratos. En materia de contrato de compraventa los arts. 1447 y 1448 admiten también los criterios de “determinabilidad”; determinación del precio por referencia al de otra cosa cierta; admisión de su señalamiento al arbitrio de un tercero; fijación del precio por remisión a cotización en bolsa o mercado. Naturalmente, la existencia en la oferta de criterios de determinabilidad hace que la oferta sea suficientemente definida”²⁰.

En cuanto a los requisitos para que la oferta sea válida -capacidad y voluntad libre del oferente- aplican las reglas generales de los contratos. Si el contrato se formó, la falta de capacidad y los vicios de la voluntad (por ejemplo, el error) conllevan su anulabilidad.

El inc. 2 del art. 14 que comentamos dispone que las propuestas (u ofertas) dirigidas a personas indeterminadas no son propiamente ofertas, sino simplemente invitaciones a hacer (proponer) ofertas (simples invitaciones *ad offerendum*), a menos que se indique claramente lo contrario. En suma, que no se consideran ofertas de contrato. Lo que se persigue es proteger a los proponentes ya que como las personas a quie-

²⁰ DIEZ-PICAZO, *supra* nota 18, págs. 8-9. El art. 1273 C.C. español es el art. 1225 CCPR, 31 LPRA 3423, que dice: “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

El art. 1447 C.C. español es el art. 1336 CCPR, 31 LPRA 3743, que reza: “Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiera, o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato”.

Y el art. 1448 C.C. español, que es el art. 1337 CCPR, 31 LPRA 3744, ordena: “También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señala el que la cosa vendida tuviere en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto”.

nes se hacen las propuestas son indeterminadas, podría luego argumentarse que su propuesta (su comunicación proponiendo) no era una oferta.

Dejando de lado otras consideraciones sobre la oferta, tratadas en los arts. 15, 16 y 17 de la *Convención*, pasemos a estudiar la aceptación. Ordena, en parte, el art. 18 de la *Convención*: “1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento *llegue* al oferente” (énfasis nuestro).

Recordemos que la *Convención* se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes, cuando éstos sean (estados) contratantes. Así que las partes están distantes o contratan por correspondencia, por lo que el momento de la formación del contrato ha de referirse a la aceptación. Para la contratación entre ausentes, existen cuatro posiciones que son conocidas: teorías de la admisión, manifestación o declaración, de la cognición o conocimiento, de la expedición o remisión y de la recepción (en otras palabras, desde que contesta aceptando la oferta; desde que la expide o remite al oferente; desde que éste la recibe y desde que conoció la aceptación).

Conocido es que el Código Civil de Puerto Rico adopta la tesis de la cognición para la formación del contrato. Así que el contrato se perfeccionará al enterarse el oferente del contenido de la carta de aceptación, ya que sólo así llega a su conocimiento el que su propuesta fue aceptada ²¹.

Pero en el Código de Comercio se sigue la teoría de la expedición.

La *Convención* adopta la teoría de la recepción, por el oferente, de la aceptación. En su art. 18, inc. 2, la *Convención* indica que “la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente”. Ese “llegue” es recibir, aunque el oferente no haya llegado efectivamente/realmente a conocerla. El inc. 3 menciona la expedición de las mercaderías o el pago del precio como actos que constituyen aceptación tácita (esto es, sin comunicación al oferente, se

²¹ Véase el segundo párrafo del art. 1214 CCPR, 31 LPRR 3401; art. 1262 C.C. español. *Supra* nota 16 y texto. El Código de Comercio sigue la teoría de la expedición.

ejecuta cualquiera de los dos actos mencionados, ya que, por ejemplo, se siguen a las prácticas por las partes, o la propuesta oferta así lo permite).

Pasemos a considerar el art. 19 de la *Convención*, que dispone:

“Art. 19.- 1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta, constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular *, al precio, al pago, a la calidad y a la cantidad de las mercaderías, al lugar y a la fecha de entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

El apartado 1 del art. 19 es la regla tradicional: la aceptación debe asentir todos los elementos de la oferta sin cambio o variación alguna (ninguna variación). Cualquier modificación o alteración en la pretendida aceptación, se considerará un rechazo de la oferta; se convertiría en contraoferta. Es lo que se considera como el principio de la total coincidencia de la aceptación con la oferta, que los anglosajones denominan “*mirror - image rule*”. Pero para la *Convención* la discusión sobre si la contraoferta es o no una revocación de la oferta primitiva, se resuelve indicando que dicha oferta primitiva quedará extinguida en el momento en que la contraoferta (que es la aceptación alterada) llegue al oferente. Desde ese momento, el contraoferente no puede retractarse y aceptar la oferta inicial.

La frase, en el apartado 1, “la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación” plantea interrogantes, pues el vocablo “pretende” puede: 1) querer aclarar que la “respuesta” no es una aceptación ya que no reúne los requisitos que se exigen para ello; o 2) dejar constancia de

* En el texto en inglés: “*among other things*”, que se traduce al español: “entre otras cosas”, que tiene un significado diferente a la frase “en particular”, del texto oficial. Ambos textos, en español e inglés, son igualmente auténticos.

que la intención o elemento subjetivo es considerado muy importante en el proceso de formación del contrato.

¿Qué del término “respuesta”? No sólo es el escrito o las contestaciones orales, sino que, a nuestro juicio, todo acto del destinatario que indique o pretenda indicar su asentimiento.

El apartado 2 del art. 19 es una excepción al principio general del primer apartado. Además, contiene una contraexcepción a la excepción. Como se indicó anteriormente, el principio general es que si se modifica de alguna manera la oferta -por la pretendida aceptación- existiría una contraoferta. La excepción: si la modificación no altera sustancialmente la oferta y el oferente no objeta (o lo hace tardíamente sin justificación), vale como aceptación. Y, la contraexcepción: si el oferente objeta, sin demora injustificada, no se forma el contrato.

En resumen: si la aceptación no coincide con la oferta, para que ésta perfeccione el contrato debe superar dos obstáculos: no modificar sustancialmente la oferta y, además, no ser objetada por el oferente.

Este apartado 2 podría examinarse desde, también, dos vertientes: la del silencio del oferente y la de su objeción, tarea que no acometemos en este escrito.

El apartado 3 del referido art. 19, “*pretende aclarar cuando una alteración es sustancial, mas no define lo que se entiende por tal, sino que incluye, a título de ejemplo, un listado de aspectos en los cuales cualquier modificación es sustancial. Estos cubren la mayoría de los elementos del contrato, por lo que muchos casos quedarán probablemente incluidos en la regla tradicional de parágrafo [apartado] 1 (uno). A todos los fines, se evita la formación de un contrato sin el consentimiento total de ambas partes*”²².

De lo que el citado autor concluye: “*Esto hace que el art. 19, a pesar de las apariencias, esté anclado en la más tradicional doctrina contractual, pues requiere un total acuerdo de las partes, aun de aquellos elementos no negociados realmente por ellas*”²³.

²² Salvador DURANY PICH, “Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto”, *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, España, julio-septiembre 1992, t. 45, fascículo 3, pág. 1011 y ss., a la pág. 1088.

²³ *Ibíd.*

Farnsworth ha llamado a este artículo (el 19) como uno “*extraordinariamente tradicional*”²⁴.

En resumen: que el apartado 3 del art. 19 vacía de contenido el apartado 2 (la lista de modificaciones que considera que “alteran sustancialmente los elementos de la oferta” abarca las usadas en la mayor parte de los formularios;...), dejándolo reducido a modificaciones insustanciales (ej.: errores tipográficos)²⁵.

Por consiguiente, lo que parecería a primera vista -que el apartado 2 introduce una modificación importante a la regla tradicional, pues permitiría considerar perfeccionados contratos en los que no se de una coincidencia total entre la oferta y la aceptación-, lo malogra el apartado 3 (del mismo art. 19).

A manera de resumen, coincidimos con la opinión de Durany sobre el art. 19 de la *Convención*: “(L)os principales logros de este artículo son su facilidad de aplicación y su certeza. El primero, porque introduce como criterio de perfección la sustantividad (alteración sustancial o no sustancial de la oferta). El segundo, porque el párrafo [párrafo] (3), a pesar de parecernos que vacía de contenido al párrafo [párrafo] 2, favorece de alguna manera la seguridad jurídica (aunque sea mediante una cierta rigidez)”²⁶.

En cuanto a las críticas a dicho art. 19, “reflejan una realidad de fondo: el intento de reformar el derecho de contratos tradicional en el terreno de su formación, y su neutralización. Y en este forcejeo han quedado cabos sueltos. La **principal crítica** hace referencia a la distinción entre términos que alteran sustancialmente los elementos de la oferta y los que no. Sobre todo, qué otros términos no recogidos en el párrafo [párrafo] 3 pueden considerarse que alteran sustancialmente el contrato. Se ha sugerido el caso de aquellas cláusulas que prevén que las negociaciones previas no modificarán o suplirán los acuerdos escritos del contrato. O el de las cláusulas de no modificación oral, por lo que se veta la posibilidad de novar un contrato mediante un acuerdo verbal posterior... Una **cuarta crítica**

²⁴ *Ibíd*, nota 160 de las de pie de página.

²⁵ *Ibíd*, pág. 1091.

²⁶ *Ibíd*, pág. 1093. Citas omitidas.

*se basa en la falta de solución concreta al supuesto de las modificaciones en formularios o cláusulas impresas (“battle of forms”), aunque comprende la dificultad de llegar a un acuerdo ante la falta de unanimidad respecto a la mejor solución a aplicar”*²⁷.

Derecho comparado

Un examen de derecho comparado puede arrojar alguna luz a las limitaciones del art. 19 de la *Convención*. Claro está, la *Convención* está vigente entre los países que la han ratificado, las propuestas que estudiamos son sólo eso; no están vigentes en ningún país.

a. Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (Unidroit),

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), agencia especializada de las Naciones Unidas para promover la unificación del derecho, publicó, en mayo de 1994, (sus) los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales (Principios)*.

En la Introducción del Consejo de Dirección de Unidroit se indica que “(E)l objetivo de los Principios de Unidroit es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independiente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados. A la vez, este objetivo se refleja en su presentación formal y en la política general que los inspira”. Y continúa: “En lo que concierne a su presentación formal, los Principios de Unidroit tratan de evitar el uso de una terminología propia de un sistema jurídico determinado. El carácter internacional de los Principios está igualmente subrayado por el hecho de que los comentarios que acompañan cada disposición se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los derechos nacionales para explicar el origen y el motivo de la solución acogida. Solamente cuando la regla ha sido tomada más o

²⁷ *Ibíd.*, págs. 1093-94. Se omiten citas. Itálicas en el original.

menos literalmente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías (CISG), universalmente aceptada, viene mencionada la fuente”²⁸.

Las diferencias principales entre los *Principios* y la *Convención* son tres.

Primero: los *Principios* no fueron concebidos como derecho nacional-doméstico para aplicarse a contratos internacionales. Tan sólo proveen-facilitan principios neutrales que pueden aceptarse como guía a abogados y personas de negocios de diferentes sistemas jurídicos.

Segundo: proveen una serie de principios aplicables a todo tipo de contratos. Por el contrario, la *Convención* aplica solamente a la venta comercial de bienes/mercaderías (*goods*), supliendo un número de reglas específicas para el contrato de compraventa internacional de mercaderías (mercancías).

Tercero: los *Principios* comprenden las negociaciones contractuales, la responsabilidad precontractual por la conducta durante la fase de las negociaciones, mientras que la *Convención* trata de la formación del contrato, regulando la oferta y la aceptación²⁹.

En cuanto al tema que nos ocupa en concreto, la formación del contrato, el Capítulo 2, también art. 2º, contiene 22 disposiciones. En particular, por ser de interés para este trabajo, hay que destacar la siguiente:

Art. 2º, 22 (*Contradicción entre formularios*). Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado a base de lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que unas de las partes hubiera indicado claramente con antelación, o que luego de formalmente celebrado y

²⁸ Unidroit, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, edición de Unidroit, Roma, Italia, 1995, de la “Introducción”, pág. VIII. Sobre los Principios, véase Michael Jeachim BONELL, editor, *A new approach to international commercial contracts: the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, que son los informes nacionales presentados en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (U.K, 1998), Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1999, 444 páginas.

²⁹ Larry A. DiMATTEO; *The law of international contracting*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2000, pág. 191.

sin demora así lo comuniquen a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligados por dicho contrato³⁰.

El Comentario comprende 3 situaciones, y las últimas dos dicen:

“1. Partes que utilizan cláusulas estándar que difieren entre sí...

“2. “Intercambio de formularios” y las reglas generales sobre oferta y aceptación.

Si las reglas generales sobre oferta y aceptación fueran aplicadas, no existiría contrato ya que la supuesta aceptación del destinatario estaría sujeta a la excepción provista en el art. 2.11 (2). En este caso, esta supuesta aceptación equivale a una contraoferta, o si las dos partes han comenzado a cumplir con sus obligaciones, sin refutarse mutuamente sus cláusulas estándar, podría considerarse que el contrato se ha celebrado conforme a las cláusulas del que las envió por última vez, o a las que se hizo referencia por última vez (el “último disparo”).

“3. La doctrina del “knock-out”

“La doctrina del “último disparo” puede resultar apropiada si las partes claramente indican que la adopción de sus cláusulas estándar es una condición esencial para la celebración del contrato. En cambio, si las partes, como es bastante frecuente en la práctica, hacen referencia a sus cláusulas estándar de manera relativamente mecánica, como cuando intercambian órdenes de pedido y acuses de recibo impresos que incluyen sus respectivas cláusulas estándar al reverso, no hay razón para permitir que las partes posteriormente

³⁰ Unidroit, Principios..., *supra* nota 28, 8 p.65. El art. 2.19 (2) reza: “(1) ... (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte”. En el Comentario se explica: “2. Noción de cláusulas “estándar”. Por cláusulas estándar se entienden aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizando y repetido sin ser negociadas con la otra parte (inciso 2). Lo que es decisivo no es su presentación formal (v.gr. si se incorporan a un documento independiente o si forman parte del contrato mismo, utilizadas en formularios impresos o simplemente en la computadora, etc.), ni quién las ha elaborado... ni su extensión... Lo que sí es decisivo es que hayan sido predisuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra. Este último requisito se refiere solamente a las cláusulas estándar que la otra parte debe aceptar como un todo, por lo que no incluye a los otros elementos del mismo contrato que pueden negociarse”.

Que el contrato quede concluido o celebrado con base en lo acordado y a cualquier cláusula estándar que sean sustancialmente comunes es lo que los norteamericanos llaman “*knock-out rule*”.

cuestionen la existencia del contrato o, si han comenzado a cumplir con sus obligaciones, para permitir que insistan en la aplicación de las cláusulas que fueron enviadas, o a las que se hizo referencia en último lugar.

“Es por esta razón, no obstante las reglas generales sobre oferta y aceptación, este artículo expresa que si las partes llegan a un acuerdo excepto con respecto a sus cláusulas estándar, el contrato se considera celebrado conforme a aquellos términos que han sido acordados y conforme a cualquier cláusula que sea sustancialmente común para ambas partes (doctrina “knock-out”). Ejemplo...

“Una parte siempre puede impedir la aplicación de la doctrina “knock out” si lo indica claramente y con anticipación, o si informa a la otra parte con posterioridad, sin demora injustificada, que no desea quedar obligada por un contrato que no se ha celebrado conforme a sus propias cláusulas estándar. No es posible anticipar de manera absoluta qué debe considerarse en la práctica por indicar “claramente” que no tiene el propósito de quedar obligada. Empero, generalmente no será suficiente incluir este tipo de cláusula dentro de las mismas cláusulas estándar, puesto que lo que se necesita es una manifestación específica de la parte a quien atañe su oferta o aceptación. Ejemplos...”³¹.

b. El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía

La Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (Italia) trabaja afanosamente en un anteproyecto de Código Europeo de Contratos³².

El ejemplar que manejo -74 páginas impresas, transcritas en computadora, con márgenes uniformes- consta de 173 artículos. El Título Segundo versa sobre la formación del contrato. Lo integran dos secciones, a saber: los tratos precontractuales (arts. 6º a 10) y la conclusión del contrato (arts. 11 a 24, que es la Segunda Sección).

³¹ Unidroit, Principios..., *supra* nota 28, págs. 65-66.

³² Agradezco al profesor Dr. D. José Luis de los Mozos, de Valladolid, España, el haberme facilitado, en enero 2002, un ejemplar, en lengua española, del Anteproyecto. La versión data de 1999. Como el Anteproyecto ha seguido puliéndose, existe la posibilidad de que la versión disponible en español sufra modificaciones para atemperarlas a las versiones en otros idiomas.

A su vez, el Título Tercero trata sobre el contenido del contrato, y lo integran los arts. 25 a 33 y el Título Cuarto versa sobre la forma del contrato y se extiende desde el art. 34 al 38.

El art. 38 regula el contrato concluido por medio de fórmulas tipo o de formularios y estipula:

1. En los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas tipo o formularios, previamente impresos o en todo caso preparados para reglamentar de modo uniforme relaciones contractuales determinadas, las cláusulas añadidas a la fórmula tipo o al formulario previamente preparado, prevalecen sobre las que son contenidas en la fórmula tipo o en el formulario en la medida en que son incompatibles con estas últimas, incluso cuando no hayan sido borradas.

2. Deben además ser observadas las disposiciones previstas en el art. 30, párrafo cuarto.

Dicho art. 30 trata sobre el contenido lícito y no abusivo del contrato. El párrafo cuarto se refiere a las condiciones generales del contrato previstas en el art. 33.

c. Los principios del derecho contractual europeo

Los principios contractuales europeos son el producto del trabajo realizado por la Comisión de Derecho Contractual, bajo la presidencia del profesor Ole Lando, de la Copenhagen Business School, e integrado por juristas europeos. Hay que recordar que en 1989 el Parlamento Europeo aprobó una resolución requiriendo que se comenzaran los trabajos preparatorios para la redacción de un Código Europeo de Derecho Privado³³.

El art. 2:209 sobre Condiciones Generales Conflictivas, dispone:

1) Si las partes han logrado acuerdo, excepto que la oferta y la aceptación se refieran a condiciones contractuales generales conflictivas, el contrato, no obstante, queda concluido. Las condiciones generales forman parte del contrato en cuanto sean comunes en sustancia.

³³ *Principles of European Contract Law* (Parts I and II), prepared by The Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugen Beale, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2000, 561 páginas; el Prefacio y la Introducción.

2) Sin embargo, el contrato no queda concluido si una parte:

a) ha indicado con antelación, explícitamente, y no mediante condiciones generales, que no tiene la intención de quedar vinculada por el contrato, en base al párrafo (1); o

b) sin demora, informa a la otra parte que no tiene la intención de quedar vinculado por dicho contrato.

3) Condiciones generales del contrato son términos que han sido formulados con antelación para un número indefinido de contratos de determinada clase/naturaleza, y que no han sido negociados individualmente entre las partes ³⁴.

El comentario explica lo que se ha denominado la “guerra de los formularios” (“*battle of forms*”). En una traducción libre, dice: “La producción estándar*, de hoy día, de productos/bienes y servicios ha estado acompañada por la conclusión estándar de contratos mediante la utilización de ordenes pre-impresas de oferta y compra. El formulario tiene espacios en blanco/sin rellenar para completar con la descripción de los bienes y servicios, cantidad, precio, tiempo de la entrega, así como el cumplimiento de lo acordado. Todos los otros términos contractuales están ya impresos de antemano. Cada parte tiende a utilizar las condiciones que le favorezcan. Los formularios preparados por el oferente, o por asociaciones comerciales que lo representan, pueden por ejemplo, tener cláusulas de

³⁴ Traducción nuestra. El texto en inglés es el siguiente:

“Article 2: 209: Conflicting General Conditions

“1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

“2) However, no contract is formed if one party:

a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

“3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties”.

*Regular, normal

limitación de responsabilidad para un cumplimiento defectuoso, imponiendo al cliente la obligación de notificar su reclamación en un corto período de tiempo. El formulario preparado por el cliente/comprador, por el contrario, hace responsable al proveedor/vendedor por diferentes contingencias, entre ellas el cumplimiento defectuoso, y además le da tiempo amplio para interponer reclamaciones.

“Una regla especial para esta “guerra de formularios” (*“battle of forms”*) ha de establecerse para solucionar las discrepancias que pudieran surgir ya que cada parte contractual sostendrá/alegará que el contrato se celebró o perfeccionó de conformidad a los términos y condiciones de su formulario. Ninguna de las partes acepta las condiciones generales de la otra, pero ambas quieren contratar. El propósito de esta regla es mantener el contrato, proveyendo, a su vez, de una solución para esta “guerra de formularios”³⁵.

Entonces, ¿hay contrato entre las partes? Sí lo hay -en esta situación en que hay “guerra de formularios”-, pues hay oferta y una (supuesta, alegada) aceptación, a menos que el oferente-vendedor objete, sin tardanza injustificada (*undue delay*) la aceptación (modificada por el formulario del aceptante). “En las compraventas bajo el CISG (la *Convención*), cuando los términos de una supuesta/alegada modificación no altera materialmente (sustancialmente) los términos de la oferta, la aceptación perfeccionará al contrato, a menos que el oferente objete sin demora/tardanza injustificada, véase art. 19 (2). Si los términos de la alegada aceptación modifican materialmente (sustancialmente) los términos de la oferta, hay una contraoferta, y, por consiguiente no hay contrato hasta que el oferente acepte la contraoferta (convirtiéndose en aceptante), bien notificándolo o cumpliendo el contrato (por su conducta). Véase los arts. 19 (1) y 18 (1)...”³⁶.

¿Cuáles serían los términos contractuales? “El artículo 2:209 está en conformidad con los Principios de Unidroit, art. 2.22 (*“knock out principle”*)”³⁷.

³⁵ *Principles of European Contract Law*, supra nota 33, pág. 181 (traducción nuestra).

³⁶ *Ibíd.*, pág. 184.

³⁷ *Ibíd.*

Mas no hay regla fija. “En España [por ejemplo], los autores tienden a favorecer las reglas clásicas de oferta y aceptación, y sobre la interpretación de contratos”³⁸.

Conclusiones

Las conclusiones que pueden formularse en torno de los arts. 14 y 19 de la *Convención* han quedado expuestas en su discusión.

Además de éstas, ya que en Puerto Rico nos empeñamos en revisar y reformar el ya centenario Código Civil, aprovechamos la ocasión para también formular las otras conclusiones y recomendaciones:

1. En el Código Civil de Puerto Rico, el art. 1214 trata de las cuestiones sobre las que versan los arts. 14-24 de la *Convención*.

2. En la revisión de dicho cuerpo estos arts. 14-24 deben servir de modelo para ampliar la materia tratada: la formación del contrato.

3. Hay que hacer algunos retoques a dichos arts. 14-24, pero aun así es una regulación mucho más completa que la existente.

4. El norte que debe guiar nuestro esfuerzo de revisión es el de adecuar la tradicional doctrina de contratos a las necesidades imperantes de la contratación modernas. Por lo que se hace imprescindible tratar el problema que plantean los contratos en formularios o con cláusulas impresas (“*battle of forms*”). Para este aspecto conviene estudiar y reflexionar las propuestas significadas bajo el tema “derecho comparado”, pues no es regulado por la *Convención*.

5. Debe superarse el requisito, hoy claramente anticuado, que exige una perfecta identidad entre la oferta y la aceptación para que se forme el contrato.

³⁸ *Ibíd.*, pág. 15.

LA DEMOCRACIA Y EL LUGAR DE LA LEY *

por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

SUMARIO: Salutación. I. La democracia como destino actual. II. Los fundamentos teóricos de la democracia. Locke y su idea institucional: poder legislativo originado en el consentimiento y ordenado a preservar bienes y libertades. Rousseau y la nueva idea de la ley. Generalidad de la voluntad y del objeto y libertad como consecuencia. Su influencia en la Revolución Francesa, *punctum saliens* de su modelo respecto al modelo americano. III. La expresión técnica de la Declaración de Derechos de 1789. La construcción de la ley como exigencia de la libertad. El mantenimiento de esta concepción. La aportación napoleónica. Movilización legislativa y regulación social sistemática. La sustitución del abigarrado y estratificado sistema jurídico prerrevolucionario por una sola *lex universalis*: la operación inédita del vaciado total del derecho vigente. La peculiaridad de la Revolución Francesa sobre la americana, que mantuvo el *common law*, y su extensión a toda Europa. La indisolubilidad entre democracia y ley. La legalización de la justicia, en particular: motivación de las sentencias en la ley, sumisión a la ley garantizada por un recurso de casación, prohibición de la interpretación judicial. La base de la “libertad de los modernos”: predictibilidad, certeza y libertad. La obra codificadora. IV. La transposición del sistema revolucionario-napoleónico a la Restauración y a los Estados absolutistas del siglo XIX y la formación de los regímenes dualistas. El cambio de función del juez, su independización y su limitación a la aplicación mecánica de la ley. La reducción del derecho a la ley y el dogma del positivismo legalista. V. La superación del positivismo no lleva a la libre creación judicial del derecho, a la interpretación ilimitada de la norma, al uso alternativo del derecho. La ley insustituible por ser expresión del principio democrático. La democracia europea no admite otro sistema de regulación, ni por poderes absolutos ni por jueces pretendidamente redentores. Las exigencias de la igualdad para una interpretación uniforme. Objetividad y certeza del derecho, predictibilidad y seguridad de las normas, como exigencias de una sociedad libre. El juez, ni órgano ciego ni señor del derecho. VI. El problema de la crisis actual de la ley. Esta crisis no permite remitir al juez los problemas del ajuste social. Por diferencia de los países de *common law*, nuestra sociedades no pueden prescindir de la ley para su ordenación social y remitir ésta a los jueces. La crisis de la ley no destrona a ésta de su papel central. La alternativa real

* Discurso pronunciado por el Dr. Eduardo García de Enterría en el acto de su incorporación, el 26 de septiembre de 2001.

a esta función no sería la de sustituir a la ley por el juez, sino la de una tecnocracia, finalmente autocrática. La crisis de la ley realza el papel del juez por el uso depurado y técnico de los principios generales del derecho, que no son una alternativa a la ley, sino una técnica de asegurar su efectividad. VII. La democracia actual y la partidocracia. El abuso del argumento representativo. La representación política sólo predicable de la voluntad general expresada en la ley. El proceso electoral no habilita poderes absolutos o eximidos del imperio de la ley. El mantenimiento de la sociedad abierta y el principio individualista. La proscripción de unos "actos políticos" inmunes al poder judicial. La relación esencial entre la democracia y la ley.

Salutación

Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Sres. académicos, señoras y señores:

En mi primera visita a Córdoba, que tuvo lugar hace ya más de 15 años, esta Academia Nacional de Derecho me hizo el gran honor de nombrarme académico correspondiente. El magnífico jurista y gran caballero que es don Pedro José Frías presidía entonces esta institución, que está ligada a lo más profundo y verdadero de la historia jurídica argentina. Debo excusarme por haber ido demorando mi toma de posesión de esa condición de miembro asociado de esta Academia Nacional. Ahora lo hago, comenzando por expresar mi gratitud más honda por haber querido asociarme a esta casa y a la gloriosa historia en que se apoya. Córdoba fue la primera Universidad argentina. Esa precedencia en el tiempo ha cuajado en la solidez y brillantez del derecho que aquí se viene estudiando y trabajando durante ya casi cuatro siglos. Esta Academia Nacional es la crema de esa tradición gloriosa. Tantos nombres ilustres le han dado su carácter, su actividad ha expandido tal luz, que bien comprenderéis que me sienta, por una parte amedrentado por el formidable honor que me habéis hecho; por otra parte, lleno de gratitud a los colegas por haberme así destacado. Seré siempre consciente de que bajo la Cruz del Sur tendré, a partir de ahora uno de mis hogares intelectuales, y en mi ánimo será siempre vivo el agradecimiento por este generoso acogimiento que me hacéis y por los lazos fraternales que con ello se han creado para siempre entre nosotros.

Gracias también al profesor Antonio María Hernández, a quien conocí con ocasión de mi primera visita a esta ciudad, por las amables, y sin duda excesivas, palabras con que acaba de presentarme ante Uds..

La amistad que desde aquel lejano viaje nos une me temo que haya podido teñir de parcialidad la presentación que de mis supuestos méritos acaba de hacer. Mi mérito mayor es haber ganado entonces y haber mantenido viva hasta hoy una entrañable amistad, en la que entra destacadamente la sincera estimación que siento por sus posiciones de jurista completo y comprometido.

Mi discurso va a tratar del tema “La democracia y el lugar de la ley”.

- I -

Tras la espectacular autodisolución del comunismo, en el momento mismo en que se celebraba el segundo centenario de la Revolución Francesa, puede decirse que la democracia como forma de ordenación de las sociedades humanas ha pasado a ser un paradigma universal e indiscutido. Ninguna alternativa sería resulta visible. Frente a la compleja tipología de las formas de gobierno que, desde Platón y Aristóteles, reelaboraron incansablemente la filosofía y la ciencia política, hoy es ya conciencia universal de que no existen sino dos formas de gobierno posibles: la democracia y la autocracia; la primera, el gobierno del pueblo con el consentimiento del pueblo, lo que implica que el poder político sea limitado y sus titulares revocables; y la segunda, la apropiación del poder por un hombre, o una casta, o un partido (político, religioso, étnico) minoritario que se autoproclaman titulares del poder, que ejercen sin límites jurídicos virtuales y sin someterse a renovación o revocación.

La democracia es, pues, nuestro destino. Sólo en ella se reconoce hoy la legitimidad del poder político. Todas las autocracias han de presentarse como transitorias, en virtud de determinadas situaciones de excepción, que de hecho ellas mismas provocan, de modo que no pretenden ya, tras el fracaso radical del marxismo, que fue la última doctrina que lo intentó, reclamar la fidelidad de las generaciones futuras.

La idea democrática ha sido en Occidente una creación de las dos grandes revoluciones de fines del siglo XVIII, la americana y la francesa. Ésta tuvo que enfrentarse, desde el momento mismo de su aparición, con la coalición de todos los poderes tradicionales, que certeramente vieron en esa Revolución su enemigo mortal. Estos enfrentamientos se prolongaron durante veinticinco años (los últimos quince, contra Napoleón, autócrata él mismo, pero genuino servidor de dos de los grandes

componentes del *corpus* revolucionario, la igualdad y el destacamento de la ley como pieza central de la ordenación social). Cuando, finalmente, Napoleón pudo ser vencido y las tropas aliadas acamparon en París, las viejas monarquías pretendieron una vuelta atrás pura y simple. Pero la Restauración, la propia Restauración monárquica francesa, incluso más, las monarquías vencedoras que no habían conocido en sus países ninguna experiencia revolucionaria, tuvieron que reconocer la superioridad de las nuevas ideas en los dos extremos, justamente, a que Napoleón las había reducido: la igualdad social, que rompió para siempre el abigarrado mundo desigual del Antiguo Régimen (estamentos, privilegios, fueros, casi todos prolongándose en el tiempo a través de la herencia), y el papel de la ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del propio poder público. Este reconocimiento llevó a admitir, como el órgano propio de esos dos valores nuevos un órgano de representación, la Asamblea, que rendía igualmente tributo a la idea revolucionaria por excelencia, la idea de que la ley tiene que ser hecha por la voluntad común de sus destinatarios, si bien éstos quedaron después reducidos (sistema censatario) a la clase poseedora y a los nuevos burgueses. Así se formó el sistema dualista, donde coexisten un extracto del principio democrático, presente, con todas sus limitaciones, en la Asamblea, y el principio monárquico, con neto predominio estructural de éste (pues a él se le reserva la convocatoria de elecciones y de las sesiones de las Cámaras, la disolución de éstas, la libertad de dar o negar la sanción regia a las leyes, el poder reglamentario independiente, que de hecho opera como un poder legislativo alternativo) el mando directo del Ejército y de los funcionarios.

Ese régimen dualista subsistió en Francia hasta la Tercera República y en el resto de Europa hasta la primera postguerra europea, 1918 (en España, hasta 1931). Sólo entonces, y en realidad sólo hasta la segunda postguerra, 1945, una vez vencidos los fascismos, entre ellos el terrible nazismo, y descalificados todos los restos contrarrevolucionarios por su colaboración con el ocupante hitleriano, pudo decirse que el principio democrático quedó instaurado como único regulador del sistema político en todo Occidente (en España, ello no llegaría sino al fin del franquismo, edificado sobre la tremenda emergencia de la guerra civil).

Suele ser común reducir la idea democrática a un sistema de elección periódica de los gobernantes. Pero a nosotros, como iuspublicistas, nos interesa perseguir la idea misma democrática en las propias estructuras jurídicas y, más aún, analizar éstas en sus relaciones, que son sustanciales, con ese aspecto

más visible de la democracia que es la construcción de un poder representativo del pueblo. Sería un error reducir la democracia a unas determinadas prácticas electorales. La democracia postula inexorablemente una determinada organización del derecho y de sus instituciones centrales. A este planteamiento vamos a dedicar algunas reflexiones.

- II -

Las fuentes doctrinales de la democracia están, sin duda alguna, en los grandes ilustrados de finales del XVII y del XVIII; son confesadamente sus ideas las que intentan plasmar en instituciones concretas los revolucionarios de los dos lados del Atlántico, son sus concepciones las que alimentan la magna operación utópica de construir una sociedad enteramente nueva, basada en la libertad y en la igualdad.

Examinaremos algún texto definitorio de ese sustrato de ideas. Uno ha de ser, evidentemente, John Locke, fuente primera de la Revolución Americana, pero también (y no sólo a través de la influencia de ésta) de la Francesa, sin perjuicio de que sus tesis habían contribuido poderosamente también a configurar las concepciones del segundo autor que citaremos, Rousseau. En su *Two Treatises of Civil Government* (§ II, 4, 19, 22, 95, esencialmente), Locke dice esto tan simple y cuyo alcance histórico resultará decisivo: *“Para comprender correctamente el poder político... debemos considerar la condición natural de los hombres, esto es, un estado de perfecta libertad de ordenar sus acciones, de disponer de sus bienes y de sus personas como quieran, en los límites de la ley natural, sin pedir autorización a ningún otro hombre ni depender de su voluntad. Una situación también de igualdad, donde todo poder y toda autoridad son recíprocos, al no tener nadie más que los otros”...* *“Siendo los hombres por naturaleza, como ya hemos dicho, todos libres, iguales e independientes, ninguno puede ser extraído de esa situación y sometido al poder de otro sin su propio consentimiento, que es otorgado por el pacto con otros hombres para juntarse y unirse en comunidad para vivir cómodamente, en seguridad y con paz unos entre otros, en un disfrute asegurado de sus propiedades y en la mayor seguridad contra cualquier otro que no haya entrado en el grupo”...* *“La libertad del hombre en sociedad está en no*

situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad”.

Sobre las ideas de la igualdad y la libertad previas, además de objeto primordial del pacto social ellas mismas, aparece ya aquí un pensamiento institucional concreto, la de un “poder legislativo” originado en el consentimiento común y ordenado a preservar los bienes y libertades de cada uno.

Pero este mecanismo institucional resulta más explícito en nuestro segundo autor, Juan Jacobo Rousseau, cuyas concepciones pesarán más directamente sobre la construcción revolucionaria francesa. En su *Contrat social*, en las *Lettres écrites de la Montagne* y en su *Discours sur l'Économie Politique*, esencialmente, propone un concepto de ley (una pieza conocida en todos los sistemas jurídicos, como es bien sabido) enteramente nuevo, descubrimiento que le llena de entusiasmo, de ebriedad casi, y que llega a creer obra de una verdadera revelación divina. La ley que propone Rousseau no es el *jussum* de cualquier imperante; es la decisión del pueblo sobre todo el pueblo, obra de lo que él llamará, con un término que hará gran fortuna, la “voluntad general”, la cual ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales. Así, en sus propias palabras, “*la ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto*”. Pero ocurre que de este mecanismo aparentemente tan simple resultan consecuencias deslumbradoras: que todas las leyes serán leyes de libertad, que desaparezcan para siempre las leyes opresoras e injustas, pues, en efecto, “*cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes*”.

Él mismo se asombra de su descubrimiento. Dice en el *Discours* citado: “*¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerles libres? ¿... de encadenar su voluntad por su propio deseo? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño, tanto más libres, en efecto, cuanto que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que pueda perjudicar a la de otro? Estos prodigios son obra de la ley. Es sólo a la ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres. Es esta voz celeste que dicta a cada ciudadano los preceptos de la razón pública... la más sublime de todas las instituciones*

humanas o, más bien, una inspiración celeste que enseñó al pueblo a imitar aquí abajo los decretos inmutables de la divinidad”.

Esta mística de la ley, originada en la libertad y destinada a su servicio exclusivo, instrumento imprescindible para el gobierno humano, será la que intenten hacer valer los revolucionarios franceses. Es éste el punto decisivo en el que la Revolución Francesa se aparta de su modelo americano y del que van a resultar dos sistemas jurídicos completamente diferentes. La gran operación de instaurar un poder democrático tiene como objeto propio, aunque hoy nos resulte sorprendente, justamente construir esa voluntad general y hacer posible que ésta se dirija a la creación de esas salvíficas leyes que han de producir la restitución de la libertad absoluta del hombre, encadenado por su ignorancia más que por malvados opresores.

- III -

Esta formidable empresa utópica tiene una expresión técnica en un documento jurídico capital, perfectamente identificado y datado, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. Este texto proclama la conservación de los derechos fundamentales e inviolables a que su título se refiere y que propone como “el fin de toda asociación política”, instrumentos imprescindibles, pues, para poder vivir en libertad. Pero lo peculiar del documento no es esta proclamación solemne y enfática, con ser tan importante, sino la construcción técnica que igualmente se preocupa de precisar para hacer posible implantar jurídicamente ese ideal de libertad. Y esta construcción técnica se articula entera sobre el descubrimiento rousseauiano de un nuevo concepto de la ley.

Por una parte, la ley “es la expresión de la voluntad general”, dice el art. 6º, lo que exige que “todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación”, además de “ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella”. Son sus notas estructurales básicas.

Pero, por otra parte, el fundamental art. 4º de la Declaración nos ilustra sobre cuál debe ser el objeto de la ley para que de ella resulte, en efecto, libertad. “La libertad -dice- consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; de este modo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros

de la sociedad el goce de esos mismos derechos”. Y concluye con la frase decisiva: “Esos límites no pueden establecerse más que por la ley”.

La función de la ley, fruto de la voluntad general, según las exigencias del art. 6º, es -pues- articular las libertades de todos entre sí. La sociedad perfecta que se busca está en un sistema de derechos coexistiendo entre todos ellos; éste será, justamente, el reino de la libertad, que exige que la ley puntualice y articule los límites recíprocos entre las libertades de cada uno. La idea de que no hay libertad sin ley es, así, central.

Pero la construcción jurídica que la Declaración pretende no concluye ahí. La ley así considerada es el único título para poder exigir obediencia a los ciudadanos. Lo precisa el art. 5º: “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena”. En el art. 7º se concreta que nadie puede ser intimado a obedecer sino “en nombre de la ley”, fuera de lo cual cualquier orden será arbitraria. Este principio impone una legalización completa de los poderes Ejecutivo y Judicial, que quedan así configurados como ejecutores de la ley.

El documento se ocupa seguidamente de especificar este mecanismo preciso, que nada tiene que ver con toda la tradición del poder absoluto y con su justicia, en unos cuantos campos esenciales: legalidad de los delitos y las penas (art. 7º: “Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la ley y según las formas que ésta prescriba”; art. 8º: “Nadie podrá ser condenado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito”); libre consentimiento del impuesto a través de la ley, y asignación por ésta también de los gastos públicos (art. 14); derecho de exigir cuentas y responsabilidad a todos los agentes públicos para asegurar su sometimiento a la ley (art. 15); expropiación de la propiedad sólo en virtud de ley (art. 17); establecimiento de un régimen de garantías, que está aludiendo implícitamente a una tutela judicial de todos los derechos, administrada por jueces independientes, a través del principio de división de poderes (art. 16).

Esos conceptos, tan explícitos, no trataban sólo de rendir tributo a una determinada filosofía del poder y de la organización de la sociedad; más bien, en cuanto declarados bajo la forma preceptiva del derecho, pretendían su efectividad práctica, haciendo entrar de manera resuelta la historia humana en una nueva época. Aunque la Revolución careció, como es sabido, de un hombre o de un grupo o de un partido dirigentes, por diferencia con la Revolución comunista de 1917, es un hecho que la Asamblea Constituyente y todos los gobernantes que se sucedieron en el

poder, a veces de forma sangrante, mantuvieron como una evidencia esas técnicas básicas de organización política que la Declaración tan claramente había formulado. De su texto salió así una corriente de legalización del poder, en primer término, pero también, sobre la base de una creencia ciega en las virtudes del nuevo instrumento jurídico y político que la ley pasó a ser, una legalización completa del orden jurídico, que sufrió el más grande cambio de su historia. Napoleón, lejos de rectificar esta corriente, la llevó, en cierto modo, a su culminación, con su doble gran obra de creador de la administración moderna y de promotor del vasto movimiento codificador, que le condujo de 1804 a 1810 a promulgar cinco grandes códigos para regir toda la vida civil: el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Penal y los dos códigos procesales, civil y penal.

De este modo, a través de esta movilización resuelta de toda la legislación, la vida quedó sometida a una regulación cerrada y sistemática, capaz de ofrecer respuesta, al menos en principio, a todos los casos que puedan plantearse en las relaciones colectivas, salvo aquellos que al no ser objeto de previsiones legislativas, quedan entregados al libre desenvolvimiento o a los pactos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad.

El derecho, fruto hasta entonces de una sucesiva y abigarrada estratificación, que integraba costumbres prerromanas, derecho romano, fueros y costumbres germánicas, la doctrina de las sucesivas escuelas de glosadores y comentaristas, los usos del foro, fueros y privilegios particularistas, normas absolutistas singulares, todo ese enorme y complejo convoluto que era el derecho del Antiguo Régimen, quedó sustituido de un golpe por una *lex universalis*. La operación carece de par en toda la historia. El nuevo derecho ya no es un añadido más a ese complejo normativo existente; es, primordialmente, totalmente abrogatorio del derecho existente, opera un vaciado total del derecho vigente en una sociedad determinada para sustituirlo por otro enteramente nuevo, construido y articulado como un aparato racional sistemático completo, que pretende encerrar en sus ordenadas cuadrículas la totalidad de la vida social, aunque remita una buena parte de ella a la libertad.

Esta es la verdadera peculiaridad de la Revolución Francesa respecto a la Revolución Americana. En ésta, fuera de los documentos constitucionales escritos, quedó vigente y virtualmente intacto el viejo *common law*, con todos sus rasgos propios; nadie entendió -ningún gobierno, ningún partido, ningún teórico- que la implantación de la democracia exigiese una sustitución en bloque del derecho arcaico por un

nuevo derecho legalizado, completo y sistemático. No se estableció ninguna relación entre la democracia y la ley, que tan esencial pareció a los revolucionarios franceses.

Esa creencia fue, pues, la peculiaridad francesa, que marcaría enseguida a todo el continente europeo. La democracia encuentra su expresión en la ley, obra de la voluntad general y ordenada a la articulación recíproca de los derechos de todos los ciudadanos entre sí. Más aún: cuando en la formación de la ley se hizo apenas simbólica la participación ciudadana, que es la base precisamente de la idea de voluntad general, cuando se volatiliza virtualmente, a través de representaciones populares convencionales, la construcción democrática de la ley, ésta seguirá manteniendo su prestigio como instrumento óptimo de ordenación social. Así ocurrió durante el período napoleónico, que hemos visto que es cuando el movimiento codificador alcanza su mayor esplendor. En la monarquía restaurada es, a mi juicio, la necesidad de enlazar la ley al pueblo y de legitimarla como su voluntad lo que llevará a los reyes a arbitrar una fórmula de representación popular, todo lo condicionada y limitada que se quiera, pero legitimadora al fin del prestigioso arquetipo rousseauiano. La idea democrática se verá desde entonces como insoluble de la ley, y más acentuadamente cada vez a medida que la democracia se perfeccione y, finalmente, termine por desplazar al mismo principio monárquico con el que coexistió inicialmente.

La legalización del poder incluye, en primer término, a la justicia, en la que se destierra definitivamente su atribución estamental a ciertas castas y también su paternalismo anómico, fundamentado en la superioridad política o moral del juez o del rey en nombre del cual actúa, así como su apoyo en antiguas e inextricables reglas, en máximas de equidad tradicionales o, en último extremo, en el buen arbitrio del juez. A partir de ahora la justicia será precisamente la aplicación de la ley y nada más, a cuyo efecto (novedad absoluta en la historia) se hace obligatoria la motivación de la sentencia, de modo que aparezca su función de particularización al caso concreto de la ley aplicable, función que garantiza precisamente el recurso de casación ante un Tribunal Supremo que asegura tanto la observancia por el juez de su papel de aplacador de la ley como la unidad de interpretación de ésta en todo el territorio nacional, exigencia del principio básico de igualdad. Por otra parte, la creencia en la virtud taumatúrgica de la ley va a llevar a una prohibición al juez de toda libertad interpretativa del texto legal. Esta regla se encuentra en la básica ley de

organización judicial del 16-24 de agosto de 1790: los tribunales “no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una ley, bien para hacer una nueva”. Es la técnica del *référé législatif*, que perdurará hasta después de la creación del Tribunal de Casación, y que destaca vívidamente el carácter puramente automático que debería ser el proceso de aplicación judicial de la ley. La legalización de la justicia alcanza así su extremo, siempre en reverencia de la virtud normativa propia de la ley, que se estima suficiente para ordenar en bloque la vida social.

Sobre el derecho así concebido (o como legalización del poder, en cuanto requisito ineludible para que éste pueda exigir obediencia -idea del *régne de la loi*, como opuesta al reino de cualquier hombre- o como regulación sistemática y completa, capaz de encuadrar la totalidad de la vida social) se articulará la que Benjamín Constant en 1818, recién estrenada, pues, la Restauración, llamará “la libertad de los modernos”, que consiste en “el derecho de no estar sometido más que a las leyes”, a las leyes generales, precisamente, el de establecer un ámbito de vida personal sobre la base de la predictibilidad y la certeza absoluta de esas normas. Lo cual distó de ser una mera opinión teórica, desde el momento en que fue la base de que la Restauración mantuviese esta pieza esencial de la idea revolucionaria, y con ella diera paso a la formación de una nueva sociedad individualista y liberal, que trastrocó definitivamente la vieja sociedad regimentada y ordenada en castas o estamentos, en privilegios y normas singulares, en nueva sociedad a la que va unida el formidable dinamismo económico y social que marcará en todo Occidente el siglo XIX.

- IV -

De este modo el dogma democrático que se expresa en la libertad y la igualdad como base entera del orden político, y en la ley, como expresión de la voluntad general, obra, pues, de la libertad de todos para autodisponer de sí mismos y, a la vez, garantizadora de esa libertad, será el sistema institucional profundo que resulta de la Revolución Francesa. Sorprendentemente, toda esta construcción va a pasar, como ya notamos, a las monarquías absolutistas que, habiendo vencido a Napoleón, pensaban haber vencido y desarraigado para siempre los principios revolucionarios. Estas monarquías, así como las propias monarquías res-

tauradas (Francia, Italia, Bélgica, España tras la muerte de Fernando VII) se aperciben inmediatamente de las enormes ventajas de ese nuevo aparato institucional, que extiende la igualdad y la certeza de la norma común, con la libertad consiguiente, a las complejas sociedades arcaicas. Para las monarquías restauradas la “libertad de los modernos” no afecta de manera sustancial a su propia preeminencia, a la vez que permite desarrollarse el nuevo dinamismo social y económico que dicha libertad porta en su seno. Como ya quedó indicado, se formaron así los regímenes dualistas, que intentan articular los principios monárquico y democrático y que perdurarán hasta 1918 -en España, hasta 1931-.

Ley y democracia pudieron mantener así su relación profunda. El sistema reservaba también, como ya hemos visto, un papel esencial al juez. El juez, ya desconectado de las complejas fuentes de la antigua jurisprudencia, y a la vez roto también su papel de dispensador de una justicia que era el atributo personal del rey como vicario de Dios, va a pasar a ser ahora algo completamente diferente, el aplacador estricto de esa ley que pretende agotar toda la regulación posible de las relaciones sociales o del funcionamiento y atribuciones del poder en sus relaciones con los ciudadanos.

En la Revolución Francesa ese cambio de función del juez fue objeto de una atención especial. Ya Montesquieu teorizó, por una parte, la necesidad de la independencia del juez (hasta entonces comisionado del rey como *fons justitiae*) a través del principio de división de los poderes; por otra parte, la reducción de la posición del juez a ser *la bouche qui prononce les paroles de la loi*. El juez habría de limitarse a buscar la ley aplicable y extraer de ella la particularización que requiriese la solución del caso concreto. Los dos postulados fueron realizados en sus propios términos por la Revolución Francesa. Independizó a los jueces del Ejecutivo, lo que nunca había ocurrido (fuera de las peculiaridades del sistema inglés), aunque hoy nos asombre, y para garantizar que su función se limitase a la aplicación de la ley, impuso, también por vez primera en la historia, la obligación de motivar sus sentencias, de modo que éstas aparezcan como la particularización de la ley a los hechos debatidos.

La idea originaria, para embridar la antigua libertad del juez y someterle a su función estricta de particularizador de la ley es, pues, que no existe derecho al margen de la ley, que en la ley y nada más que en ella debe buscarse y encontrarse la solución para resolver cualquier problema jurídico

que pueda plantearse. Es el dogma al que se llamará más tarde el positivismo legalista. Esta nota marcará a los jueces continentales frente a sus homónimos anglosajones, que operan de una manera enteramente distinta.

- V -

He aquí cómo, por qué complejos caminos, el pensamiento revolucionario, que primero pasa de las ideas básicas de libertad, de igualdad y de democracia hacia un robustecimiento inesperado de la idea de la ley general y seguidamente a la de una pretensión de regulación general, tanto de la acción del poder como del orden social liberal, mediante leyes sistemáticas y completas, viene a concluir en un resultado inesperado y absoluto: todo el derecho debe encerrarse en leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la ley la solución debida, fuera de la ley no hay criterios jurídicamente válidos.

Esta concepción del derecho y, sobre todo, este mecanismo de ordenación y regulación social, rigió pacíficamente en Europa una vez instaurada la codificación, concluida a lo largo del siglo XIX.

- VI -

El sistema jurídico europeo, que vivió la esperanza hiperracionalista de una regulación absoluta de la sociedad por obra de las leyes escritas, de las que los jueces serían meros aplicadores automáticos, ha sabido, sin embargo, corregirse desde dentro (reacción antipositivista desde finales XIX, acogida resuelta de los principios generales del derecho, admisión de una “jurisprudencia de valores” por introducción de la justicia constitucional). No se trata, con ello, bien entendido, de proclamar la libre creación judicial del derecho, ni la rebelión del juez contra la ley, ni lo que los juristas alemanes han llamado la interpretación ilimitada de la norma; no es verdad que la ley admita una interpretación ilimitada, como tampoco que esté abierta a lo que ciertos juristas italianos llamaron hace veinte años (con más éxito en España que en su propio país, por cierto) el uso alternativo del derecho, que pretende justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos. Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo

insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección o jueces pretendidamente redentores o iluminados, autoinvestidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica.

Por otra parte, se da en la aplicación la necesidad de una interpretación uniforme para todo el pueblo, exigida por el básico principio de igualdad ante la ley. No puede depender el alcance de la ley del talante personal de sus aplicadores. La objetividad del derecho, sin la cual no cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la ley, y hacerla posible viene a ser, justamente, uno de los primeros objetivos de la ciencia jurídica.

En fin, los principios de seguridad jurídica y de certeza del derecho, que aseguran la previsibilidad de las normas como ordenadores de las conductas, sin lo cual sería difícil hablar de una sociedad libre, como Constant notó por vez primera, llevan también a mantener la preeminencia de la ley en la sociedad democrática. Los ciudadanos tienen que saber que una conducta les compromete en la medida en que el derecho va a calificarla, bien porque la estimen libre, legítima y aun protegida, o porque deban entender que está limitada o prohibida, capaz incluso de desencadenar una reacción jurídica de sanción o incluso punitiva. Esos valores, seguridad jurídica y certeza del derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad. El juez no es, ciertamente, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre volcado al servicio de la Constitución y de la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance.

- VII -

Convendrá hacer alguna reflexión sobre si la situación de la ley en las sociedades actuales puede hacer variar la conclusión anterior. Se ha hablado en muchas partes de crisis de la ley. Nuestras sociedades, en efecto, complejas y vivaces, no parecen aceptar llanamente nuevos códigos generales y globalizadores, que son los que alimentaron en su día los grandes dogmas del positivismo. Hoy se habla ya abiertamente de descodificación, incluso por relación a la materia de los códigos clásicos, y las leyes suelen limitarse con frecuencia a regulaciones fragmentarias u ocasionales y, a veces, a formular enunciados o principios muy generales, confiando luego a la aplicación (frecuentemente por la administración, pero también por los propios destinatarios) la precisión última. La generalización de las fórmulas de delegación legislativa, las leyes medida (*Massnahmegesetze*), que intentan reaccionar ante una situación concreta, poner en pie una política determinada, reconfigurar un escenario para intentar operar un cambio singular, las espectaculares leyes *ómnibus* que suelen acompañar a los presupuestos anuales del Estado y que intentan ajustes circunstanciales de grandes sectores o de complejos normativos, todo esto nos sitúa hoy muy lejos de la imagen de la ley como ordenación abstracta y permanente, como cuadro estable que ha distribuido derechos y deberes generales y sobre el cual la sociedad vive a continuación de su propio dinamismo. Es cierto que la realidad de estas leyes de hoy se ajusta mal al esquema ilustrado y revolucionario de la *lex universalis* sobre el cual hemos iniciado nuestra exposición.

Pero entendemos que nuestra conclusión debe ser mantenida. La legislación actual tiende a la ocasionalidad y a la confusión, pero eso no permite a las sociedades occidentales remitir a un juez libre los problemas últimos de su ajuste social. Más concretamente: si los sistemas de *common law* pueden remitir, y lo hacen con frecuencia, a ese derecho común que los jueces han formado, mantienen y depuran, optando por la parquedad y aun el silencio legislativos, de acuerdo con la idea de que el *statute law* expresa únicamente reglas singulares y excepcionales que operan siempre en el entramado de ese *common law*, las sociedades occidentales carecen ya definitivamente de esa opción. El derecho de nuestras sociedades es ya, definitivamente, en lo que podemos avizorar, un derecho de base legislativa, para el cual las grandes decisiones normativas y de organización del sistema son una función indeclinable del

legislador, en el que se expresa la voluntad popular, decisiones que no se conciben sin la decisión de esa voluntad.

Por mucho que se resalte la crisis de la ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar a la ley de ese lugar central e insustituible. Para nosotros, occidentales de derecho romano o germánico, la verdadera alternativa al recurso al legislador para afrontar y encauzar los problemas sociales no sería la de reinstalar al juez en el papel central que le correspondía en el Antiguo Régimen, sino habilitar a la administración para que fuese resolviendo los problemas a medida de su planteamiento, mediante reglamentos más o menos fugaces o a través de actos o medidas discrecionales singulares, amparados unos y otras sólo en la supuesta superioridad que emana del saber superior de sus cuadros tecnocráticos. Ahora bien, tal alternativa no sería admitida, en modo alguno, por las sociedades actuales, porque con ella se volatilizaría, justamente, la democracia y estaríamos reinstalando, en realidad, una genuina autocracia, la de los tecnócratas, que no tardaría en buscar y encontrar una fundamentación política correlativa que pretendiese otorgarles legitimidad. Se ve claramente que, frente a esa alternativa, la democracia necesita inexcusablemente de la ley y que no puede abdicarse de la responsabilidad central de la ley, precisamente (reanudando así su fundamento histórico moderno) en cuanto que la ley es el instrumento necesario de la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos, a la que todos pueden invocar y en la que todos deben poder encontrar la justicia que la sociedad les debe.

Supuesto lo cual, el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus sentencias.

Es cierto que ante una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuencia en obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez se realza. Pero este realzamiento del papel del juez no puede nunca llevarle a una independencia respecto de la ley. Le lleva, necesariamente, a un uso más apurado y refinado de los principios generales del derecho, los cuales no son una fuente alternativa a la ley, ni un modo de excusar la obediencia debida a ésta, ni, por supuesto, una técnica con la que operar una supuesta *libre recherche du droit*.

- VIII -

El principio democrático, *stricto sensu*, referido ya al proceso electivo en la designación de los gobernantes, plantea hoy otros retos al papel de la ley, hija de ese mismo principio.

El papel destacado que en las democracias de masas actuales han pasado a desempeñar los partidos políticos, como agentes y beneficiarios de esos procesos electorales, ha llevado a que éstos estén pretendiendo atribuirse el viejo principio representativo popular del que la elección sería el instrumento. En este sentido, el partido en el poder tendería a presentarse como el legítimo representante de la voluntad popular y a intentar beneficiarse de la posición soberana que a ésta corresponde en el sistema; el partido ocuparía así la posición, *in loco et in ius*, del pueblo mismo.

Esta interpretación vendría a reducir la democracia a un despotismo electivo. Así ocurrió, por cierto, cuando esas ideas tuvieron su primera manifestación con el jacobinismo de la segunda fase de la Revolución Francesa, cuyos dos grandes tenores, además de actores, fueron Robespierre y Saint Just. El principio representativo se entendió en el sentido absoluto de identificación: los representantes, legitimados en el proceso electoral, ejercerían los mismos poderes que al pueblo corresponden, que son todos en un sistema de “soberanía nacional”, incluyendo el viejo *dispensig and suspending power* que la Gloriosa Revolución inglesa de 1688 había ya proscrito como expresión inadmisibles del absolutismo. Hoy, sin llegar a esos extremos, la pretensión ha llevado, por una parte, a intentar legitimar un sistema de partidocracia como expresión genuina de la democracia y, por otra parte, a pretender, al menos para los titulares superiores del Poder Ejecutivo, una exención de la legalidad y, sobre todo, del poder de control de los jueces.

Hay que decir, por de pronto, que la utilización de la institución de la representación política está mal empleada. Sigue siendo exacto, conforme con la formulación originaria, que la representación del pueblo, como “voluntad general”, es predicable únicamente de la ley; los gobernantes no son exactamente representantes del pueblo, sino sus agentes, en cuanto ellos mismos están sometidos a las leyes y no están exentos de su imperio. Donde el pueblo actúa su poder es en el Parlamento y la forma de ejercicio de ese poder es precisamente la ley; sólo en ella queda impresa la voluntad popular. La distinción entre representantes y agentes es explícita en Locke y en Rousseau, como también en los textos revolucionarios, especialmente

en la Constitución de 1791. Carré de Malberg en 1930 realizó, sobre esa base histórica, la misma distinción. La irresistibilidad de la ley (que hoy ha de entenderse respecto de la ley dentro de la Constitución) no puede extenderse, por ello, sino abusivamente a los actos del Ejecutivo, cuya elección democrática no les exime de su condición de agentes de la ley. El vínculo que define la condición de los gobernantes con la sociedad no es el de representación, sino el de *trust* o fiducia, en los términos clásicos de Locke, vínculo que exige la mutua confianza entre las partes, que es naturalmente revocable y que postula por esencia la rendición de cuentas, excluyendo, por lo tanto, cualquier pretensión de manifestarse como soberanos titulares de poderes supuestamente exentos de control.

Por ello el proceso electoral no habilita poderes absolutos, que tenderían, según la experiencia histórica común, a cerrar el paso a los partidos competidores, sino sólo poderes de administrar y gestionar según la ley.

Y el mismo principio democrático es el que lleva a desechar resueltamente el intento, que no hace mucho se ha presentado en un debate científico y aun prelegislativo en el derecho español, de proscribir del enjuiciamiento judicial los llamados “actos políticos” del Ejecutivo como supuestamente legitimados en la voluntad popular. Esta voluntad está presente sólo en la ley (lo que la exime, por otra parte de ser ella misma una justiciable ante el Tribunal Constitucional), y el Ejecutivo está sometido a la ley, como a la Constitución, y no puede pretender por ello, por muy extenso que sea su respaldo popular, eximirse de su vinculación, lo que es decir, de la vinculación al juez, que es su instrumento indisociable.

La democracia y la ley mantienen, de este modo, la relación esencial y recíproca iniciada con la institucionalización histórica de esas dos realidades, que enmarcan hoy, necesariamente, toda nuestra vida colectiva.

DERECHO Y ECONOMÍA, EL DESAFÍO DEL SIGLO XXI *

por EFRAÍN HUGO RICHARD

Señoras y señores: El señor rector no sabe que me acaba de brindar el pie para esta informal comunicación acerca de mi apreciación sobre la cuestión propuesta. No sabía cómo enfrentar el tema de derecho y economía como desafío del siglo XXI, y Ud. me acaba de plantear la manera de iniciarlo, que sin duda debe ser el tema del descreimiento del derecho, no por nosotros sino por la sociedad en que estamos insertos. Así que le agradezco mucho que me haya dado el pie de entrada.

No va a ser un discurso erudito sino que va a intentar ser una comunicación realista en orden a un tema que creo que a todos nos preocupa; una era la temática que había elegido en abril, pero como este campo ha variado fundamentalmente en lo transcurrido desde entonces a hoy, pienso que debo encararlo en otra forma. El problema es la crisis del descreimiento en el derecho y la justicia. Agrego: la justicia no de los hombres de la justicia sino la realización de la justicia y una suerte de endiosamiento de la economía, una prevalencia de la economía sobre el derecho. Ahora, como comercialista: ¿Cómo contestar? ¿Cómo enfrentar este desafío de derecho y economía en el siglo XXI? El señor rector me dio la pauta, pero ¿cómo enfrentarlo?. Podríamos hacerlo desde el punto de vista del análisis económico del derecho y como comercialista recalcar en la empresa, con la ideología de ese análisis que, a mi entender, no representa un escuela sino un mero método. Ello

* Nota de Dirección: Ante la situación del país, en febrero de 2002, parece importante reproducir la conferencia del Dr. Efraín Hugo Richard cuando en el mes de agosto de 2001 expuso sobre “Derecho y economía, el desafío del siglo XXI”, al recibir el título de doctor *honoris causa* de la Universidad Católica de Salta, en el seno del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, Salta, 30 de agosto de 2001.

implicaría mostrar que desde esa ideología o metodología se sostiene que no debe imponerse ningún tributo a la empresa, porque ésta lo traslada inmediatamente a los consumidores. Me permitiría decir que sí pueden hacerlo cuando no existe un mercado real de consumidores o cuando éstos están cautivos. Pues ustedes saben muy bien que cuando hay recesión empieza a alterarse profundamente esa posibilidad, aun cuando exista un imposible mercado perfecto. También saben que cuando se altera profundamente la ecuación económica, si la empresa no logra los resultados esperados, particularmente la extranjera, abandona el país cumpliendo con todos sus contratos, pero también abandona la posibilidad de crear empleo, que es uno de los elementos fundamentales de un país o plan sustentable económicamente. La otra visión de un comercialista es advertir que las empresas que se quedan en el país suelen trasladar los problemas a sus acreedores, generando concursos o quiebras. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho como método podríamos señalar la ineficiencia del sistema concursal, que no sirve para solucionar el estado de cesación de pago, y suele agravarlo en la comunidad al interrumpirse la cadena de pagos.

No voy a ahondar sobre el punto, tan paradójico y contradictorio, pero es evidente que se intenta trasladar la ineficiencia de la empresa a sus acreedores, y la verdad es que muchas veces quienes estaban en cesación de pago pasan a estar *in bonis* y los acreedores, que patrimonialmente estaban muy bien, pasan a quebrar porque no previeron la insolvencia; y mientras tanto una doctrina ambigua trata de desincriminar a los administradores societarios que intentan trasladar esta insolvencia a sus acreedores.

Una doctrina ambigua que trata de extender la idea del riesgo empresario a la ineficiencia de los administradores. Y este problema, lentamente entronizado en la empresa privada, pasa a trasladarse a la empresa pública; o sea, los administradores públicos pasan también a entender que la administración de los bienes públicos no les genera ninguna obligación de rendición de cuentas en una supuesta impunidad. Hay que recordar los escritos de Pedro J. Frías en los que se refería al dirigente público; también cuando recalca en los administradores de las empresas, señalando sus deberes éticos. Aquella visión del análisis económico de derecho sobre la empresa frente a la globalización pasa también a generar una visión preocupante, donde se advierte una suerte de endiosamiento de la acumulación financiera, y esto genera un análisis exclusivamente economicista.

El neoliberalismo, por lo menos en nuestro país, pretende hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico donde la

desregulación y la no injerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y sostener que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios; sin embargo, realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo y se coloca a la economía al servicio de la economía misma como algo centrípeto. El punto me sigue preocupando, porque se llega a un endiosamiento del capital y hasta se llega a sostener que hoy existe un modelo único, que inclusive se intitula como capitalista. Y como intelectual me revuelve mi interior esa palabra, porque el capital -al que mucho respeto- no es sino una parte del proceso económico. Hablar sólo de capitalismo es desconocer la capacidad de los administradores de empresa, de los asesores, de los intelectuales y de la fuerza material del trabajo. Por eso cuando se habla del costo argentino a veces sólo se mira el costo salarial y no se mira el costo del capital por ese endiosamiento que estoy subrayando. El capital debe participar del reparto económico, pero de ninguna forma ser la fuerza centrípeta de ese reparto. Observen ustedes que en la organización económica hoy juega un importantísimo rol un nuevo contrato, el de subprovisión, y en Europa se ha limitado el financiamiento que los subproveedores dan a la gran empresa proveedora poniendo un tope de 60 días; en la Argentina sólo se intentó titularizar la deuda respetando integralmente los plazos que la autonomía de la voluntad o la posición dominante impusiera, pero las fuerzas económicas dominantes se opusieron a esa titularización de la deuda. Recuerden si no el sistema de factura de crédito.

También se endiosa el capital cuando se acepta para la Argentina un sistema que su legislación prohíbe: el *“leveragge by out”*, el apalancamiento de los socios de una sociedad con el patrimonio de la empresa de la cual son propietarios en parte; tenemos un caso paradigmático que es el de Aerolíneas Argentinas, que por un “arbitraje de fin de semana”, a la absolutamente ilegítimo, se la dejó en quiebra desde el año 1992, debiendo soportar nuestro Estado y los trabajadores esa práctica ilegal.

Es constatable también el alto costo del capital en la Argentina, que aleja la actividad productiva, alto costo que elimina toda posibilidad de competitividad de la empresa que no acceda a crédito internacional. Cuando en ocasión de regularse la tarjeta de crédito me pidieron una opinión sobre las posiciones entre los bancos, los titulares de tarjeta de crédito y las organizaciones de consumidores, dije: *Miren, el problema*

es banal; lo que tienen que fijar es un delito de usura objetivo. ¿Qué tasa de interés constituye usura en Argentina? Y sigo preguntándome, ¿qué es usurario en la Argentina, cuál es el límite? ¿El que fija la justicia en algunos casos, que puede llegar hasta el 30 % en algunos fallos que hemos podido revisar, o el que se fija contractualmente, que en algunos casos alcanza el 72 %? La empresa argentina está fuera de competitividad. Claro, hay una predilección por lo financiero y no se advierte que lo financiero necesita una economía fuerte para poder participar.

Lo financiero es absolutamente accesorio de lo económico; ayuda a la economía, pero si no hay crecimiento económico no puede haber de ninguna manera posibilidades para el sector financiero: el sector financiero inclusive será arrastrado a la quiebra. Fíjense en la política monetaria de Estados Unidos, que recauda fondos de todo el mundo a través de los bonos del tesoro; cuando hay recesión en su país baja la tasa para tratar de dirigir las inversiones a las inversiones productivas y no meramente a las financieras, y este año ya bajó varias veces las tasas para dirigir la economía no creyendo en las reglas del mercado, y teniendo bien en claro que cuando las tasas de interés son superiores al P.B.I. (“producto bruto interno”) la economía es liquidada y cunde la pobreza y el desempleo.

En el año 87 las Academias Nacionales de Derecho realizaron un encuentro sobre este tema de economía y derecho. En ese momento en el mundo ya empezaba a introducirse, quizás no todo lo legítimamente que correspondería, sino solapadamente, la idea de las privatizaciones de los servicios públicos y de los servicios que no tenían competencia, o sea que tenían mercado cautivo. Empezó con la *Bell Telephon* en la década del '80 en Gran Bretaña; recuerdo que estábamos conquistados por la idea de las privatizaciones. Pero en ese momento Emilio Cornejo Costas recomendaba prudencia: liberalicemos, hagamos privatizaciones, pero cuidado, respetemos la ética, respetemos al hombre, al sistema jurídico. La visión que tenemos ahora no es precisamente la misma, es posiblemente una visión catastrófica la que nos inunda en este momento, desde la coyuntura -o falta de estructura- que vive nuestro país.

Y ya en el año 87, en el referido Encuentro, nos permitimos mostrar cómo lo financiero estaba ahogando a la Argentina con el llamado déficit cuasifiscal, a través de lo cual se transfería, con la fachada de legitimidad, ilegítimamente en las liquidaciones de entidades financieras fondos del Banco Central a manos privadas. Y el traspaso fue de un

monto similar al actual de la deuda externa argentina: un billón cuatrocientos millones de dólares. Lo reconoció el ex ministro de Economía Fernández cuando era director del Banco Central. En ese mismo momento también marcamos que el tema de la globalización financiera reclamaba dos bases: una, la inconvertibilidad de la moneda en que había sido contraída la deuda, y la otra la libre traslación de capitales; claro, la libre traslación de capitales de por sí ya genera un daño... Recuerden ustedes que Soros hace muy poco pidió que se aplicara la tasa Tobin, recomendada por el Premio Nobel de la Paz, el economista Tobin, como un impuesto mundial a los capitales golondrinas para atender los daños que el traslado, o sea el derecho de traslado de esos capitales generaba normalmente en las economías emergentes. Pero esas transferencias suponen la transparencia, o sea la comunicación al Banco Central del traspaso. Intenten ustedes hacer una transferencia de un plazo fijo en dólares de un banco argentino a otro banco argentino: las dificultades van a ser muchas y van a perder muchos puntos. Pero en cambio intenten hacer una transferencia no declarada de un banco argentino a través de su corresponsal o representación extranjera en el país, quizás del mismo banco del que se transfieren los fondos: se hace exactamente en diez segundos y el costo es ínfimo.

Para afrontar la crisis argentina en los últimos meses no hubieran hecho falta los 2.500 gendarmes y más de 10.000 policías movilizados para encauzar el movimiento piquetero, sino 200 gendarmes para allanar las 200 cuevas de banca *of shore* ilegítima, que practican el “*doing bussines* indirecto”, que existen en nuestro país y que quizás el presidente no las conozca, pero que sin duda cualquiera de los sucesivos ministros de Economía y hasta el más novel de los ordenanzas de ese ministerio conocen su ubicación exacta en el resto del país y la actividad ilegal.

Claro es que esto está vinculado a ese descreimiento del derecho, a no cumplir las normas, a un criterio ambiguo del rol del derecho y de nuestra propia Corte Suprema de Justicia, en su mayoría automática. La posmodernidad utilizó como método la lógica de la abstracción como proceso y resultado investigativo, como ya se había hecho a principios de la modernidad, tal como señala Albert Subouc en *La Francia de Napoleón*; presentando al derecho desde ese discurso, el derecho aparece como una cuestión de fin en sí mismo, como ahora la economía y sirviéndole el derecho. La exaltación de la individualidad aparece en reemplazo de la socialización de los derechos, se evita la reflexión epistemológica a la que

nos llamó el señor rector tratando de esparcir conceptos separados o discontinuos aislados del contexto de su incidencia en lo social.

El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración, como crítica Reinhart Koselleck en *Historia Magistra Vitae*, sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social pretendido, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

Lo que necesitamos es un derecho confiable, una economía del derecho: menos normas pero más efectivas. Hernando de Soto, en su famoso libro *El otro sendero*, describe las inseguridades jurídicas en una impenetrable jungla normativa de decretos provenientes de diversas fuentes que conducen a la ineficacia de la administración, y la carencia de *ethos* burocráticos genera la imposibilidad de asegurar la vida económica y lleva a los poderes empresariales a sumergirse en la oscuridad de una economía sombría cuando no de una economía corrupta, porque necesitan comprar los favores de la burocracia para romper con las barreras burocráticas del derecho. Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes*, afirmaba que la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad, y para que tenga esta libertad es necesario un gobierno tal que un ciudadano no pueda temer a otro ciudadano; pero ahora la ciudadanía le teme al Estado.

Por eso creo que hay que tener muy en claro el doble rol del derecho. Su rol en el ámbito de la autonomía de la voluntad que regula el campo de lo contractual, el campo accesible, el campo fácil, donde la libertad gesta la norma y la propia aplicación del derecho. Y el otro rol, en las normas de derecho de la economía que tratan de que el Estado con una mínima intervención asegure los objetivos del orden social que pretenda, gestando el orden público. El resultado actual es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley, y esto a mí me preocupa muy particularmente. Decía también que había un descreimiento en la justicia, agregado al descreimiento en el derecho. Y aparentemente la ineficiencia de la justicia es advertida por el Poder Ejecutivo en actos concretos. En primer lugar en las últimas leyes impide al Poder Judicial que intervenga. Aparentemente entiende que el Poder Judicial sólo entorpecería el orden social que pretende el Poder Ejecutivo; en segundo lugar, en vez de recurrir a la justicia usa sistemas de mediación y arbitraje como el que usó en el caso de Aerolíneas Argentinas en un fin

de semana para aceptar la administración ilegal, a lo que me referí hace unos minutos. Y ahora, como lo hace continuamente, con la eufemística llamada renegociación de los contratos de privatización o de concesión. He tenido la posibilidad de acceder en estos días al dictamen de un jurista argentino muy importante; advertirán que estoy omitiendo expresamente nombres, porque creo que lo que hay que describir son los hechos jurídicos y no los personalismos o inclusive para señalar a los que el público ya señala, pero este importante jurista argentino académico de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba ha marcado como representante del gobierno en la Comisión de Renegociación del contrato de Aeropuertos Argentinos la ilegitimidad de todo acuerdo posterior de un contrato de derecho administrativo por su propia naturaleza. En cuanto miremos para atrás y advirtamos el costo argentino que resulta de la renegociación continuada de los contratos privatizados, apreciaremos la problemática.

La economía es la ciencia de la producción, generación y distribución de la riqueza; vaya.... esto es importante porque si hablamos de economía éste es el punto central, y el derecho no es el orden social, como bien dice Frías, sino el orden del orden social y lo que necesitaríamos es administradores estratégicos, si es que los políticos no se animan a serlo para que nos indiquen qué orden social pretenden instaurar en nuestro país. El contrato político o de administración de políticos debería indicar a la ciudadanía qué orden social van a tratar de imponer y al mismo tiempo mostrarles las dificultades del camino; cuando los políticos marquen el orden social las ciencias económicas y las ciencias jurídicas los tienen que ayudar a cumplir ese orden social, pero no puede actuar la economía, perdón... parte de la economía: lo financiero como eje centrípeto del problema argentino.

La *Centesimus Annus* ha dicho: “Todo se puede resumir afirmando una vez más que la libertad económica es solamente un elemento de la libertad humana. Cuando aquélla se vuelve autónoma, es decir, cuando el hombre es considerado más como un productor o un consumidor de bienes que como un sujeto que produce y consume para vivir, entonces pierde su necesaria relación con la persona humana y termina por alienarla y oprimirla” (reiterando así posiciones del año 1979). Sigue: “Así como en tiempos del viejo capitalismo el Estado tenía el deber de defender los derechos fundamentales del trabajo, así ahora con el nuevo capitalismo el Estado y la sociedad tienen el deber de defender los bienes colectivos... He ahí un nuevo límite del mercado: existen necesidades colectivas y

cualitativas que no pueden ser satisfechas mediante mecanismos... Ciertamente, los mecanismos de mercado ofrecen ventajas seguras; ayudan, entre otras cosas, a utilizar mejor los recursos, favorecen el intercambio de los productos y, sobre todo, dan la primacía a la voluntad y a las preferencias de la persona, que en el contrato, se confrontan con las de otras personas. *No obstante*, conllevan el riesgo de una “idolatría” del mercado, que ignora la existencia de bienes que, por su naturaleza, no son ni pueden ser simples mercancías”.

Henry Kissinger, insospechado por su posición dentro del neoliberalismo económico, recuerda que *“el mundo deberá afrontar y resolver con urgencia cuatro grandes problemas: la pobreza creciente, la superconcentración de la riqueza, los fundamentalismos y las multitudinarias migraciones de menesterosos que pugnarán por penetrar por cualquier medio en el mundo de los ricos, y adviertan que ante este eventual éxodo no habrá controles ni barreras que se opongan y que generarán problemas insospechados, incluso sanitarios, que harán imposible aislarse cualquiera que sea el lugar en el mundo donde se esté”*.

Señores, si nuestros gobernantes, nuestros planificadores estratégicos -al modo que señala reiteradamente Frías-, no lo quieren hacer por solidaridad, lo deben hacer por su seguridad personal y la del pueblo.

¿Qué orden social pretendemos? ¿Qué orden social pretenden generar nuestros gobernantes? No lo sé; yo lo tengo bien en claro... pero les juro que estoy inmerso en una situación que no sé qué orden social pretende nuestra comunidad. Los ejércitos, la penetración a través de las Compañías de Indias, han sido reemplazados por la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.), la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (O.M.P.I.), que sin duda muy bien inspirados en ideas jurídicas generales, están previstas para mercados perfectos, para que actúen dentro de la intervención de supuestas leyes de mercado que, conforme señalan ciertos ideólogos, dejándolas actuar solucionarían todos los problemas... pero esto significa libre competencia, igualdad de situaciones...; y no existe tal igualdad ni entre los países ni entre las empresas, ni entre los ciudadanos... Y allí, en paliar esa falta de igualdad, se encuentra el rol de un Estado postprivatizador pequeño pero eficiente, evitar las diferencias, compensar las dominaciones...

Nuestro deber como juristas es, como señalaba Joaquín Garríguez, mirar la realidad; quizá no formalicemos ofertas de soluciones, pero evita-

remos la profundización de la crisis que la globalización financiera impone en el mundo. Crisis económicas hubo ya en el año 1873, y antes... Avellaneda ya decía que había que cumplir la deuda pública externa aun sobre la sangre de los argentinos, contestándole Vicente Fidel López pintando cómo el libremercado del año 1810 había destruido las economías provinciales...; no les quiero abrumar con la transcripción de sus palabras.

De acuerdo a los planes sociales o a la dudosa existencia de planes económicos hasta ahora, conforme a los supuestos planificadores estratégicos que hayamos tenido en el gobierno, hasta 1991 se financió un déficit presupuestario sin objetivos con emisión y desde esa fecha con endeudamiento externo, lo que llevaba inexorablemente al desastre y la pobreza después de la euforia inicial. Ahora, como era de esperar desde hace 10 años, no hay más crédito, y como sangría social necesaria ineludible de la coyuntura tenemos que tener déficit cero, aunque hubiera objetivos productivos. Son efectos necesarios del endeudamiento externo, y obligan a algunas reflexiones que formalicé hace muchos años: en 1982, so pretexto de un seguro de cambios, se hizo pública la deuda privada argentina y se inició la política del crédito *back to back* entre empresas argentinas y bancos extranjeros que tenían como contrapartida del crédito sus propios fondos depositados. En 1985 aconsejamos al Ministerio de Economía que pidiera soberanamente al gobierno norteamericano que impusiera a sus bancos ejecutar las garantías de las relaciones *back to back* para atenuar la deuda pública argentina, sin generar ningún problema para esos bancos norteamericanos sino buscando una concepción ética y política globalizante que fue rápidamente descartada, iniciándose los trámites para titularizar la deuda, eliminando su causalidad en la supuesta rebaja del 12 % que generaba el plan Brady, pero que en realidad significó una utilidad de no menos del 28 % para los acreedores externos, por la revalorización de los títulos...

La Iglesia, en la Carta de San Pablo del 25 de mayo de 2001 y la Carta de Santa Agata dei Godi, declaración sobre la usura y la deuda externa del 29 de septiembre de 1997 publicada por el obispo italiano Mario Paciello, señala: "El mal de la usura y la opresión de los débiles, desgraciadamente, no están lejos de nuestra realidad territorial... La declaración parte de los principios fundamentales del derecho y de la moral evangélica para sostener, con indefectible firmeza, la ilicitud de cualquier negocio que impida vivir a una de las partes, y para promover el respeto a los derechos básicos del hombre... La fundamental exigencia de equi-

dad... ya no es lo mismo cuando las condiciones son demasiado desiguales de país a país: los precios que se forman “libremente” en el mercado pueden llevar consigo resultados no equitativos” (*Populorum progressio*, n. 58), lo que reconoce la O.M.C.: “Es necesario que las instancias más fundamentales encuentren respuesta... Sobre todo si se deja las manos libres a individuos y grupos (nacionales e internacionales) prestos a pisotear cualquier derecho en provecho propio”, es la *lessio enormis* con notable desproporción en las prestaciones.

No se trata de proponer un *default*, pero si la Argentina garantiza el pago de la deuda externa desaparece el supuesto riesgo país que justifica tasas usurarias del 15 % y merecería, inclusive impuesto unilateralmente, lo que sin duda va a ser aceptado y apoyado por todos los organismos mundiales, el pago de lo que pagan los Bonos del Tesoro norteamericanos más algún medio punto de interés... Eso no es *default*, es simplemente que si se asegura el pago no tiene por qué a través del *spread* que se acumula al interés satisfacerse la tasa de riesgo.

Las afirmaciones de la Carta de Santa Agata es un tema central en derecho y economía como es la confrontación entre emergencia económica y seguridad jurídica, y se corresponde con el criterio de la decisión de la Corte Internacional Permanente en el caso “Socobel, Bélgica versus Grecia”, sobre la consideración necesaria de la incapacidad de pago de un Estado bajo el derecho internacional que valora el fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas, asistencia social, educación, seguridad... En el momento en que el recorte presupuestario argentino rompa la posibilidad de que el Estado cumpla sus fines, autorizaría automáticamente la aplicación de esa jurisprudencia. No fue distinta la posición de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en el voto de Aída Kemelmajer de Carlucci, distinguida jurista, cuando en el caso “Mega contra Municipalidad de las Heras” sostuvo que para hablar de emergencia económica como forma de derogar el sistema jurídico, como suerte de estado de sitio, de una situación de catástrofe, como califica la Corte Americana, la ley de consolidación que habían llevado a su conocimiento distingue sin razón valedera deudas externas e internas, deudas en las que medió controversia y aquellas en las que no existió, deudas corrientes y no corrientes, y es irrazonable -sostiene- consolidar las indemnizaciones por daños a las personas donde al ser humano no sólo se le ha expropiado

una cosa sino un proyecto de vida, sus piernas y sus brazos, en un problema de indemnización laboral. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, indirectamente y en forma muy oscura, sin tocar estos argumentos, consideró constitucional la ley de consolidación de la provincia de Mendoza y la jurista mendocina en 1999, en fallos posteriores, manteniendo sus considerandos, aceptó la constitucionalidad.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán en el corriente año ha sostenido posiciones semejantes, y no tengo duda de que para que pensemos en una emergencia económica tiene que haber una unidad de soluciones... No puede el Poder Ejecutivo pese a aceptarse que no hay derechos adquiridos frente a la emergencia económica como catástrofe o como caso fortuito -¿dónde están los administradores estratégicos que debieron preverlo?- separar deuda interna y externa, no puede separar dependientes del Poder Ejecutivo o dependientes del Poder Legislativo o del Judicial... No puedo entender, y lo digo con todo respeto a los magistrados en general y a los que aquí están presentes... con su venia, señor ministro de la Corte provincial... que se pueda aceptar un recorte a jubilados comprometiendo una situación alimentaria -que quizá sea necesario afrontar- pero que soslaye el recorte sobre sus remuneraciones la magistratura que acepta la aplicación de la emergencia económica, so pretexto de la intangibilidad de sus sueldos, porque cuando hay emergencia económica no juega el principio de intangibilidad, el principio de intangibilidad es para protegerlo de las arbitrariedades del Poder Ejecutivo pero no de compartir con toda la comunidad una ética de la restricción. Porque si no hay derechos inamovibles frente al estado de emergencia económica, quien lo autoriza o avala tiene que mantener una particular ética del estado de restricción. ¿Cuál es la solución?

Discúlpeme si he prolongado esta comunicación, estoy terminando, planteando en forma sintética la cuestión y mi visión. ¿Cómo enfrentar el desafío? Quizás debamos volver a los postulados comercialistas, al viejo corazón del derecho mercantil... En primer lugar justicia rápida, no la justicia del Poder Ejecutivo señalada en el arbitraje de fin de semana en el caso Aerolíneas Argentinas, ni la de los arreglos ocultos en las renegociaciones, no al sistema judicial que no se corresponde en sus tiempos a la rápida respuesta que requiere el agraviado pese a que los jueces sean muy capaces...; necesitamos una justicia que devuelva la confiabilidad y el respeto a los marginados, sea a los que están excluidos del sistema o a los que se autoexcluyen para trabar a la justicia; porque hay margina-

dos por su situación económica y hay quienes se marginan por su situación de poder; se trata de asegurar una justicia rápida -y obviamente justa- como la que dio nacimiento al derecho mercantil: volver a los usos y costumbres con la concepción ética..., la ética como actuación de lo que es costumbre hacer para hacer el bien. Ahora por la coyuntura se sostiene que tiene que haber déficit cero, pero lo que es indispensable, particularmente si queremos afrontar la estructura, lo que tiene que haber es corrupción cero. No admito la posición de un comunicador social -que a veces manipula la opinión pública- que ha sostenido que si bien rechaza la corrupción, puede ser aceptable si hay crecimiento económico. Y me permito afirmar, señores, que no hay crecimiento económico si hay corrupción: las compañías fuertes no vienen porque entienden que si hay pagos espurios se elimina la competencia, se afecta la competitividad de nuestras empresas, porque quien paga para obtener un beneficio esclaviza a los consumidores con el apoyo del gobierno, aumentando el costo, y ahora tenemos, señores, costo argentino de servicios públicos..., que sin duda supera los porcentos internacionales, y que es parte del costo argentino, por supuesto no declarado ni reconocido por la mayoría de los comunicadores sociales ni los economicistas, pues los pocos economistas libres sí lo denuncian.

¿Qué esperar? Frías, en *Conductas públicas para crecer*, remarca el punto: las conductas públicas para generar desarrollo social tienen que apoyarse en la ética de la responsabilidad, para consolidar la convivencia en el bien común. Si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseando a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: “*¡El mundo está desquiciado!, ¡Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!*”, este es el desafío que planteó hoy el rector cuando habló del rol de la Universidad.

Desde Salta, desde la Argentina profunda, desde la latinoamericanidad que está centrada en los Andes quisiera lanzar un planteo para las universidades, un planteo para devolver la confianza en el sistema jurídico y en el sistema judicial, y hacerlo desde las universidades no sólo del derecho, pues el rol de las ciencias económicas es el de generar, producir y distribuir la riqueza; no sectorizar la riqueza porque si no no hay mercado. Podría hablarles mucho del mercado... está escrito en estos libros que dejo. El mercado no existe como nos lo presentan; justamente los grandes grupos económicos que hablan de las leyes de mercado son los que huyen de esas supuestas leyes a tra-

vés de los contratos de franquicia, de concesión, de agencia. Son las pequeñas empresas las que afrontan el mercado. Los grandes grupos económicos inclusive lo afrontan a través del mercado cautivo de los servicios públicos privatizados del mundo.

¿Qué rol pretendo agregar a los propios de las universidades? En primer lugar terminar con el mito de que no hay otras soluciones, de que hay un único camino económico a seguir; las universidades tienen la posibilidad de mostrar que hay varios caminos. Olvidémonos de la críticas, construyamos juntos el país en el consenso, como sostienes vos Pedro Frías, ése es un rol de la *universitas*. Otro rol es principalmente jurídico, pero también otorga participación a los ingenieros, economistas, sanitaristas: auditar las empresas privatizadas y concesionadas; no para rever políticamente los contratos. Demostremos la capacidad de Argentina de dar seguridad jurídica en la continuidad de los contratos, pero aseguremos integralmente que se cumplan, que las concesionarias cumplan sus prestaciones respecto al correo, aerolíneas, aeropuertos, telefónicas, que se declare la ilegalidad de algunas negociaciones contrarias a los contratos. Y tercero, devolvamos la confianza de los marginados, que no encuentran justicia, mejor dicho que no creen en la justicia, convirtiéndonos en un receptáculo de las denuncias de corrupción.... Corrupción cero... Las universidades deben recibir las denuncias de corrupción o de ilegalidad, pero no para sustituir a la justicia sino para ayudarla, para analizarlas rápidamente, eficientemente y presentarlas como una requisitoria al fiscal o al juez que corresponda.

¿Qué es lo que reclamo? Creo en el derecho como herramienta de convivencia y de cambio. Por lo tanto creo en la paz, pero creo todavía en la revolución que a través del derecho puede producirse. Repetiré, para cerrar, una frase de Carlos Guersi: *“El silencio de los intelectuales ante el pensamiento único es complacencia con el poder, es el código de las mafias, es el genocidio de la humanidad”*. Yo no tendría energía para sostener mi vocación a estas alturas si no mantuviera mi convicción en el sistema jurídico como posibilitador de un cambio social en paz. Los invito a todos a no callar más, a ayudar al gobierno, pero exigirle; a ayudar a la sociedad en una posición crítica, constructiva, sin manipulaciones de opinión, formalizando un llamado desde el centro del país o del centro de Hispanoamérica a la revolución de los intelectuales, a cumplir en paz la vocación humanística de hermanarlos día a día en la vida. Muchas gracias.

LA CRISIS FINANCIERA ARGENTINA *

por EFRAÍN HUGO RICHARD **

La situación argentina impone formalizar una opinión sobre un punto concreto y haciéndolo muy sintéticamente.

Tenemos una visión limitada, cortoplacista y de alto contenido financiero sobre la realidad argentina. Sólo miramos el hoy representado por la limitación a la disponibilidad de los depósitos, que en épocas normales implica una violación flagrante al derecho de propiedad.

Con igual criterio se consideran los recortes del 13% a empleados y jubilados sin plazo, y anteriores recortes formalizados en los 10 últimos años por emergencias que aún se mantienen, y que la Corte Suprema de Justicia justificó, sin que de ello resultara un recorte a las remuneraciones de los jueces y de los legisladores.

La relación bilateral banco-ahorrista, propia de un contexto normal, debe analizarse en la coyuntura dentro de las relaciones globales, multilaterales de organización social.

No hay derecho de propiedad que se ejercite individualmente frente al deudor insolvente, ni tampoco derechos patrimoniales irreversibles frente a situaciones de emergencia económica. Si hay quiebra o falta de liquidez, cada acreedor debe hacerse reconocer ante el juez y luego cobrar proporcionalmente, normalmente casi nada, en la liquidación. O bien en-

* Informe del académico de número, Dr. Efraín Hugo Richard a la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba en su sesión del viernes 15 de febrero de 2002.

** richardjuris@arnet.com.ar

frentar la iliquidez a través de separaciones en fideicomisos, como se ha advertido en cuestionables liquidación de Bancos, y ahora lo haría con el Banco de Galicia, el Banco Central del Uruguay. Desde el 78 quebraron o se desguazaron ininidad de bancos, y salvo cuando existió garantía por los depósitos, los ahorristas aún no han cobrado.

Suicidamente nuestros gobernantes dejaron en la insolvencia al sistema financiero por una transferencia paulatina de fondos al extranjero, que se aceleró desde que llegó el último ministro de Economía de De la Rúa. Eso era públicamente señalado por los sucesivos ministros de Economía, denunciado por comunicadores sociales e intelectuales.

Pero los funcionarios públicos encargados de la regulación monetaria nada hicieron, incumpliendo sus deberes.

El llamado «corralito» -al margen de la juridicidad de las normas, que cuando se adoptan *in extremis* suelen estar en el margen del sistema constitucional- fue una suerte de medida preconcursal, tratando de evitar la quiebra, en un intento de tutelar tardíamente el interés general, luego de que los grandes ahorristas se habían ido.

Pero en este estado de la cuestión, lo que debe reclamarse es que se determine si existen responsabilidades penales y civiles. La justicia ya esta buscando a los que violaron el «corralito», o sea actos cumplidos con posterioridad al 3 de diciembre de 2001.

El presidente Duhalde en su discurso ante la Asamblea Legislativa prometió investigar a los responsables del vaciamiento.

Determinar responsabilidades es devolver la confianza en el país y en el derecho como fuerza de cambio y no sólo de seguridad jurídica. Incluso para restablecer la confianza en el sistema financiero que actuó correctamente.

Las víctimas directas fueron los ahorristas, pero todos los ciudadanos estamos perjudicados.

Son responsables los funcionarios públicos que no ejercieron sus facultades preventivas oportunamente. Seis meses antes, las medidas hubieran podido respetar integralmente el derecho de propiedad, aunque bancarizaran todas las operaciones.

También hay que responsabilizar a las representaciones locales de bancos extranjeros que violaron las disposiciones de la ley de entidades financieras, lo que es público y notorio, y a su vez la responsabilidad de las entidades

que colaboraron con ellas. Se trata de que representaciones de bancos extranjeros en el país, que no pueden realizar operaciones, las formalizaron a través del sistema cibernético y la colaboración de otro operador financiero en el país. Se trata de operaciones denominadas “*doing bussines* indirecto”, de clara ilegalidad, que impondrían la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales: liquidación de oficio por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores.

No es en los ahorristas que se fueron en los que hay que buscar responsabilidad, sino en los funcionarios públicos que incumplieron sus deberes y las entidades que violaron el sistema jurídico.

Estos son los responsables de afectar el derecho de propiedad de los ahorristas argentinos generando el descalabro final de un sistema que privilegió el rendimiento financiero sobre la producción, elevando el desempleo y la pobreza. Y hay que enjuiciar a esos responsables.

La justicia debe buscarlos y aplicar la legislación correspondiente.

Dilucidar la ilegalidad del sistema llevaría a comprender la ilegalidad de los que pretenden dolarizar al país, haciendo a ese signo monetario la única moneda de curso legal y eliminando toda posibilidad de política monetaria. No se trata de conformar la política monetaria que pueda seguirse, pero sí señalar que es parte de la soberanía de un país la determinación de su política monetaria, como dispone la Constitución Nacional.

Esa dolarización implicaría aceptar como legítimas las conductas ilegítimas seguidas, significando la eliminación de nuestro Banco Central y generar que los bancos argentinos actuaran como banca *off shore* de bancos instalados en el extranjero por cuya cuenta y orden operarían los locales.

Esclarecer la ilegalidad de lo actuado permitiría prevenir en el caso de nuevas quiebras de bancos en las actuales circunstancias, impidiendo que ocurra lo mismo que en Filipinas y Ecuador, donde las matrices, controlantes o vinculadas externas negaron responsabilidad.

Explicitar qué es el “*doing bussines* indirecto” permitirá entender las situaciones que se producen en nuestra plaza en las relaciones con bancos extranjeros.

Es correcto que un ahorrista argentino haya solicitado a un banco local (nacional o extranjero) que transfiera sus fondos, aun en moneda extranjera (antes del 30 de noviembre de 2001 o sea durante el período en que se produjo el vaciamiento del sistema financiero nacional), y que el

banco local lo transfiera a través del Banco Central de la República Argentina a la cuenta del banco extranjero.

Es ilegal la misma transferencia si se intenta hacer directamente de un banco local a uno extranjero, sin intervención del Banco Central.

Y por ello es más ilegal aún la práctica para violar la norma: al ahorrista, sin explicarle, se le haría firmar el recibo del plazo fijo como si se le entregara la moneda, y luego llevándolo a una oficina distinta - o no- se le entregaría un fax de un banco extranjero donde se recibía del mismo ahorrista la misma cantidad de dinero, en efectivo en las Islas Cayman o paraíso fiscal similar. Esta es una falsedad, el ahorrista no había viajado, la plata no había salido del tesoro del Banco, ni había entrado en la del banco extranjero.

En muchos casos esto se haría en la sede de una representación local de un banco extranjero, donde se harían todos los papeles, el recibo del plazo fijo del banco local vinculado y el fax del banco extranjero que representaba. Las representaciones sólo podían asesorar, no son entidades financieras autorizadas para operar en el país, por eso la calificación de “*doing bussines* indirecto”.

El efecto contable y de atesoramiento que se genera obliga a otra operación falsa. El dinero no salió del país ni entró al país extranjero sino contablemente. Por eso se suele completar la operación con un préstamo del banco extranjero al local, anoticiando al Banco Central, que justifica la tenencia del dinero (que era del ahorrista) en el tesoro del banco local. Esto se suele llamar triangulación. Claro que también puede tentar a una desaparición de ese dinero...

Debemos comprender que nuestro país sufrió los efectos de la “mundialización financiera”, uno de cuyos presupuestos es evitar que los países emergentes puedan disponer de “políticas monetarias”.

Por esto debe concientizarse sobre cómo ocurrieron los hechos que en nuestro país llevaron al quiebre de nuestra economía e incluso a aquello que le es accesorio: lo financiero. Al mismo tiempo restaurar la convivencia y acotar los efectos del atentado al derecho de la propiedad en los límites del Pacto de San José de Costa Rica, buscando a los responsables y sancionándolos a través de la Justicia.

ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA

**DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS
EN SESIONES PRIVADAS**

LA FORMACIÓN DEL DIRIGENTE POLÍTICO

por PEDRO J. FRÍAS *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Estado de partidos. 3. ¿Es gobernable la democracia? 4. La formación del dirigente político. 5. ¿Cómo ser un dirigente político? Conductas públicas para crecer.

1. Introducción

La elección del tema nace de mi sensibilidad ante la situación argentina. Nunca he advertido más solos a los partidos políticos, más huérfanos de opinión. Se me ocurre también que la misma sociedad está fragmentada por la falta de confianza recíproca entre sus sectores, entre gobernantes y gobernados.

A principios de siglo se nos dijo que había que “educar el soberano”. Y la empresa fue ganada: la Argentina exhibió la alfabetización más alta de América Latina. Pero nadie se propuso formar una dirigencia política a la altura de los tiempos.

En algunas provincias se dictan cursos pero son insuficientes y también el INAP (Instituto Nacional de Administración Pública) los dicta, pero yo no he visto legisladores sino políticos jóvenes que apenas inician su carrera.

Para llegar a mis reflexiones sobre la formación del dirigente político, voy a recurrir a apuntes publicados ya ¹ y que rastrean la ciencia política contemporánea.

* Disertación efectuada en la sesión privada del 19 de junio de 2001.

¹ Pedro J. FRÍAS, *Cuestiones de Estado*, Lit Verlag, Münster, 1998.

2. El Estado de partidos

Como dice Manuel García Pelayo, el actual es Estado de partidos y, como consecuencia, su función de representación es hoy una función constitucional.

Ya lo es en la Constitución Nacional Argentina. Pero lo fue antes en las constituciones de provincias, sobre todo en las nuevas, en que se atribuyen el monopolio de la representación política, al ser los únicos que presentan candidatos.

Podríamos señalar entre otras, algunas aproximaciones:

a) Existe una competencia específica de los partidos políticos para la selección de candidatos y otras regulaciones propias del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, las finanzas partidarias.

b) No debiera existir mandato imperativo sobre los representantes, pero en general los partidos pretenden, y algunas constituciones les atribuyen, la titularidad de las bancas, con lo que la disciplina partidaria puede ser coactiva.

c) En lo que hace al control de responsabilidad, la periodicidad de las elecciones lo introduce, pero no hay otro control específico a favor de la ciudadanía.

En definitiva, se estima que la definición del partido como agente constitucional del sistema representativo, es inacabada ².

Si prestamos atención al régimen argentino de partidos, advertimos que hay un multipartidismo limitado, con tendencia a la opción tripolar, sin partido hegemónico desde luego, con una sociedad que por ahora estimula el recentramiento de todo el sistema político ³.

3. ¿Es gobernable la democracia?

La última cuestión -última por ahora- suscitada en la ciencia política es la gobernabilidad de la democracia. Como las hipótesis son múltiples privile-

² Angel RODRÍGUEZ DÍAZ, "Análisis de la representación política", en Revista de Estudios Políticos, Madrid, N° 58, pág. 186.

³ Manuel RAMÍREZ, "El sistema de partidos en Europa", en Revista de Estudios Políticos, 1988, N° 59, pág. 7.

gio dos: para unos “*las contradicciones estructurales de nuestras sociedades resultan de la incompatibilidad entre las exigencias funcionales de la democracia política y las exigencias del desarrollo del capitalismo liberal*”⁴. Para otros, la multiplicación de los protagonismos, y más abiertamente la participación, hace la democracia ingobernable.

Trataré de poner orden en algunas afirmaciones de la ciencia política, no siempre claras ni coherentes.

- Luhmann cree que en el Estado liberal la relación gobierno-ciudadanos era reglamentada por lo que se llama retroalimentación negativa: el sistema eliminaba automáticamente las desviaciones; en cambio el Estado democrático y pluralista está asociado a una retroalimentación (*feedback*) positiva: en principio, todas las demandas están legitimadas y de ahí su extrema politización.

- Que toda demanda parezca legítima, sobre todo entre nosotros, por un constitucionalismo social de alta temperatura emotiva, no es compatible con las exigencias de ninguna economía, no sólo la del capitalismo; la economía se funda sobre la escasez y las demandas sobre la prodigalidad.

- La crisis del Estado de bienestar puede tener correcciones útiles si se interpreta bien la “economía social” como una articulación de producción y equidad y la “economía subterránea” como desafío a la regulación estatal.

- Pero la interpelación más incisiva a la democracia parece preguntarle si demasiada democracia no mata a la democracia. Son los términos de Giovanni Sartori. De ahí el problema de la gobernabilidad, planteado a la Trilateral por S. R. Huntington. Este piensa que las tensiones de la sociedad post-industrial hacen necesario un modo de gobierno más autoritario, más eficaz, que limite la participación política para evitar la sobrecarga del sistema o la aglomeración en los pasillos del poder. Esa afirmación se combina con una de impronta neoliberal: ya que el Estado se vuelve ingobernable por estas tensiones, conviene desestatizarlas y confiarlas a la sociedad o al mercado: habría más flexibilidad y creatividad, por una parte, y por otra el Estado correría menos peligro.

El planteo es correcto. Veamos ahora la respuesta, aunque sea aproximada. Dos posiciones deben rechazarse, me parece: por una parte, la de

⁴ Jean LECA y Roberto PAPINI, *Les démocraties sont-elles gouvernables?*, París, 1985, pág. 8.

los que se disponen a poner en cuestión la democracia misma; por la otra, los demócratas voluntaristas y románticos que rechazan el interrogante.

Reflexionando mi respuesta, debo decir que la democracia de asamblea, la deliberación permanente, efectivamente puede matar la democracia. Está bien que el Mayo francés pidiera “*La imaginación al poder*”. Está bien que llenara los anfiteatros de la Sorbona y otros menos ilustrados. Pero los anfiteatros son efímeros. Los cocktails Molotov se cambian en pocos años por los cocktails mundanos...

Recuerdo cierto acento profético en la *Populorum Progressio* de Pablo VI: en el horizonte del mundo nuevo se insinúan la igualdad y la participación. Participación, pues, pero gradual y responsable. ¿Por qué gradual? Para ir de lo más simple a lo más complejo: p. ej., de la participación de los padres en las escuelas o de los beneficiarios en los órganos de previsión social a la participación consultiva de los trabajadores en la empresa. ¿Y por qué responsable? Porque no es saludable admitir a quienes no tienen dentro del sistema una responsabilidad específica: o se politizan o distorsionan su accionar con fines extra institucionales o se movilizan como grupos antisistema. Las universidades nacionales argentinas saben algo de esto.

¿Qué quiere decir gobernabilidad de la democracia? Por de pronto efectividad para que la insumisión no pague. Enseguida legitimidad, como un fondo de reserva que alienta a un grupo insatisfecho a mantenerse dentro de la legalidad. Pero finalmente la justicia es también una condición de gobernabilidad, aunque de la justicia hay demasiadas interpretaciones. Podría internarme en las reflexiones de Jean Leca sobre el tema, pero nos llevarían demasiado lejos.

Prefiero mi certeza abierta a la prueba de los hechos de que una participación gradual y responsable no hace a la democracia ingobernable.

4. La formación del dirigente político

La globalización, el desarrollo informático y poco a poco la biotecnología, van agudizando la convicción de que todos los sectores necesitan dirigentes estratégicos, que puedan afrontar los nuevos desafíos. También, y quizás en primer lugar, los partidos políticos que pasan luego al gobierno o a la oposición.

Si la democracia no es sólo una “forma de Estado”, como la define la ciencia política, sino un estilo de vida, las sociedades tienen a la larga, los gobiernos que se les “parecen”. Pero con los riesgos y las posibilidades actuales, debiéramos empeñarnos en tener dirigencias políticas que superen la mediocridad.

Pero no es fácil si no hay conductas ejemplarizadoras desde la sociedad y desde la política misma para restablecer, por una parte, el pacto de confianza entre gobernantes y gobernados, y por otra, para que la interacción social empuje hacia la excelencia.

El peligro mayor está en el relativismo que concluye deshaciendo los vínculos sociales en los egoísmos particulares. Si el vínculo social no es fuerte, no habrá estímulos para crecer hacia la excelencia.

Propongo al lector diez reflexiones que necesitan meditarse. Yo quisiera que fueran una invitación a la acción, a la responsabilidad, al compromiso.

5. ¿Cómo ser un dirigente político?

1. La educación básica del dirigente político, como la de cualquier persona, deriva del sistema de valores transmitidos por su entorno social e interpretados a través de su temperamento, o mejor, de su carácter.

2. Las modalidades específicas de la conducción política nacen de la práctica institucional, o sea, la idiosincrasia de la sociedad, su experiencia de consenso o de confrontación, la vida interna de los partidos, la participación social, las relaciones con el sector económico y la sociedad civil.

3. Lo político no es meramente temporal ni sólo organizativo, sino profundamente humano, que tanto puede caracterizarse como caridad social y se acerca a la relación con Dios mismo (Jean-Yves Calvez).

4. El político ha de pertenecer a su sociedad, pero ser capaz de dirigirla. Debe tener en claro los valores intermedios y finales de toda agrupación humana, para rectificarlos a fin de servir el bien común, que es comunicable a todos para que cada uno pueda conseguir su realización.

5. La voluntad de poder se proyecta en la vida interna de los partidos, pero debe sublimarse en consensos para que la conducción no desgaste la capacidad de dirigir y para que desde el poder público también se logre, evitando los conflictos de dominación.

6. Es necesario superar la burocratización de los partidos y de los órganos públicos, debe respetar los protagonismos emergentes, tantas veces impedidos por reelecciones reprochables, debe asegurar una financiación honesta pública y privada con rendición de cuentas y rechazar toda hegemonía que origine inercias desaconsejables para la vida de la sociedad.

7. Toda conducción ha de rechazar la tentación de manipular, desinformar, viciar las condiciones del juicio que cada grupo, cada persona y la sociedad entera deben hacer.

8. Una administración estratégica desde los partidos y los poderes públicos exige estar atento a los signos de los tiempos, para rescatar los valores de siempre, superar las inercias, construir el futuro.

9. Si la gestión no es transparente, toda la sociedad es inducida a la corrupción. Las sospechas no sólo destruyen el honor individual, sino el pacto de confianza entre gobernantes y gobernados. Sin esa credibilidad, ni las normas legales ni las consignas políticas se instalan en la sociedad.

10. La participación social ordenada debe ser estimulada para controlar el poder, enriquecer sus políticas, formar más dirigentes y dar sentido a la autonomía y al proyecto histórico de la sociedad.

Conductas públicas para crecer

1. Las conductas públicas para generar desarrollo social tienen que apoyarse en la ética de la responsabilidad para consolidar la convivencia en el bien común. La ética es el conjunto de bienes jurídicos, de convicciones morales y de instituciones en que se expresan. ¿Bienes jurídicos? La seguridad, la presunción de inocencia y tantos otros. ¿Convicciones morales? Dios fuente de toda razón y justicia. ¿Instituciones? Los poderes públicos y los grupos sociales.

2. Si la democracia en que operan las políticas del Estado para el crecimiento quiere ser un estilo de vida, ya no se basta a sí misma: necesita alimentarse de los valores encarnados en la vida emotiva de la gente: libertad, igualdad, fraternidad, pero quizás lo contrario. De allí la calidad diversa de una democracia declinante o en superación.

3. Las conductas públicas, pues, operan desde una moral civil que es el conjunto de ideales últimos, de valores intermedios y normas particula-

res, a través de los cuales un pueblo vive su destino como humano, logra su identidad histórica y realiza una misión significativa en el mundo; como si dijéramos: dignidad personal, responsabilidad asumida y eficiencia histórica (Olegario González de Cardedal).

4. Esa moral civil que alimenta a las instituciones públicas no debe ser generada por las tecnoestructuras, como la televisión, ni apoyarse tanto en la razón cuantitativa que lo invade todo. La democracia es participación de personas que gobiernan las estructuras y es imposible si las estructuras son las que gobiernan a las personas.

5. La anatomía del poder interrelaciona la personalidad, la estructura y los recursos. La personalidad del dirigente debe ser convocante, muy ligado a su sociedad pero capaz de conducirla. La estructura con que opera debe articular ágilmente a todos los protagonistas, los planes en ejecución y los recursos. Y éstos deben ser suficientes en calidad y cantidad, sin dispendio, con austeridad, con innovación pero probada.

6. Las conductas públicas para crecer deben evitar la manipulación, porque en la escena pública se alternan la información, la desinformación, la persuasión y la manipulación. Pueden crear conciencias incapaces de discernir y juzgar la situación.

7. El crecimiento es imposible si no hay seguridad jurídica, que ofrece un marco legal confiable, estable y predecible. Para que sea así, es indispensable que las políticas se decidan y se ejecuten según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad”, tan frecuente en la escena pública. La seguridad jurídica influye porque la decisión de los actores sociales depende de sus expectativas respecto del futuro, en primer lugar, y de las decisiones de los otros, en segundo lugar. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o del talante de los dirigentes de turno deben resolverse dentro de la lógica de las reglas.

8. La empresa tiene una hipoteca política y moral para crecer dentro del bien común. Es pública o privada, se relaciona más o menos con la sociedad y su dirigencia está a veces en la antesala del poder público o al revés. No son tiempos para una sociedad política corporativa o prebendaria, no para la indiferencia del balance social o la solidaridad que es la corresponsabilidad con el prójimo, y el más próximo es el propio trabajador, que obliga a mejorar la relación confiada, el ingreso justo, el respeto del ambiente, el ahorro de energía, el apoyo a la comunidad y sobre todo al consumidor.

9. Lo que hace falta en toda la geografía argentina es el administrador estratégico. Presiente los signos de los tiempos, piensa globalmente y actúa localmente, cuida la legitimidad de las conductas porque la ejemplaridad mantiene a los descontentos en la legalidad, no es un fundamentalista de mercado, sabe disuadir a tiempo la violencia social.

REFLEXIONES SOBRE LA EUTANASIA

por JUSTO LAJE ANAYA *

Señor presidente de la Academia, distinguidos señores académicos.

Al revisar el Código Penal, en la parte correspondiente a los delitos contra la vida, al intérprete se le hace bastante fácil descubrir que el Código ha considerado por un lado, los atentados contra la vida de las personas ya nacidas, y que se hallan con vida. Este delito recibe el nombre de homicidio, o de homicidio simple, por no concurrir ninguna agravante específica. Fuera de esta hipótesis, legisla sobre los atentados contra las personas que aún no han nacido, pero que se encuentran en el vientre materno, y que se hallan en camino de nacer. A este atentado lo designa particularmente con el nombre de aborto. Pero es posible también que el intérprete pueda descubrir que la pena del aborto no es siempre idéntica: cuando éste se practica con el consentimiento de la mujer embarazada, la pena es menor; en caso contrario, es decir, cuando el delito se comete sin el consentimiento de aquélla, la pena es mayor.

También el intérprete podrá descubrir que esta metodología no está presente en el delito de homicidio, porque el art. 79 del Código no distingue entre homicidios consentidos y homicidios no consentidos. Parece pues que en la época de la sanción del Código no se plantearon los problemas de la eutanasia o del homicidio piadoso a pedido. Parece evidente que la ley debe, frente a la pena, considerar que una cosa es matar cuando la víctima desea que le pongan fin a su existencia, y otra es matar cuando la víctima no desea morir. Si embargo, para ambos casos, la pena

* Profesor emérito de la Universidad. Académico de número. Disertación efectuada en la sesión privada del 24 de julio de 2001.

individualizada legislativamente es la misma; es decir, ocho años, lo cual puede ser considerado como hasta una cierta injusticia. Por cierto que los jueces no podían ni pueden imponer una sanción menor, hasta que los legisladores resuelvan hacerlo.

Para salvar estos inconvenientes, se empezó a pensar, ya en el Proyecto de Código Penal de 1937, que debía diferenciarse, siempre a los fines de la pena, que era preferible sancionar al homicidio piadoso, que así se llamaba en ese antecedente, con una retribución menor para aquel que, sin esta circunstancia, procedía a quitarle la vida al prójimo. Igual temperamento observó el Proyecto de 1941, y también el de 1960, que concretamente lo llamó homicidio por piedad. Este homicidio atenuado se traduce en que el autor mata, pero movido por un sentimiento de piedad, y mata a un enfermo o herido grave y probablemente incurable, ante el pedido serio e insistente de éste. La pena que el Proyecto reservaba para el autor se traducía en una sanción no mayor de cuatro años, e incluía en ella a los parientes, cuando éstos hubieran asumido la calidad de victimarios. A esta altura nos parece interesante recordar los conceptos que Soler destaca en la nota al referido artículo. Efectivamente, dice con toda claridad que con la disposición así proyectada no entendía decretar la justificación de la eutanasia, puesto que el hecho seguía siendo punible. Sencillamente, concluye Soler, se quiere distinguir un homicidio de otro por su gravedad. Por cierto que hay legislaciones que han preferido establecer, directamente, que la eutanasia es impune. En este sentido, el Código de Uruguay, y muy recientemente, la ley holandesa sobre la eutanasia, para conceder el derecho al paciente de pedir que lo maten, y conceder el derecho al médico de matar a una persona que se lo pide.

Al reflexionar sobre todo esto, creemos haber encontrado, quizás, un punto de vista; mejor, dos puntos de vista que no parecen conciliables entre sí. El punto de partida es el siguiente: Las personas no son dueñas de su vida porque sólo Dios la da y sólo Dios la quita. Como consecuencia de ello resultará que el legislador no puede, sin violentar ese principio, establecer que la eutanasia sea un hecho totalmente impune. Claro es que los que piensan lo contrario, por carecer de fe, dirán que nada tiene que hacer Dios en estos menesteres, y sostendrán a capa y espada que los hombres son dueños de su vida, y que como tales, pueden válidamente disponer a su voluntad de ese bien. He aquí dos puntos de partida que encuentran fin, cada uno, en su propio enunciado. Así pues, los sostenedores del segundo criterio, en cuanto ven que la eutanasia es punible, dirán que

ese delito tiene por base a una cuestión religiosa. A su turno, dirán los que defendían el primer punto de vista, que al ser la eutanasia impune, ella tiene base atea. Y así están y quedan las cosas; diremos en un punto muerto, y sin posibilidad de avanzar.

Más aún, los que defienden la impunidad, hasta podrían decir que como la tentativa de suicidio es un hecho impune, ello nos está demostrando que el derecho no lo castiga porque al fin de cuentas uno es libre de disponer de su vida como le plazca; sea quitándosela por y de propia mano, como también cuando uno es el que permite que otro lo mate. Nos parece que la impunidad de la tentativa de suicidio no encuentra su base en que la persona, y nadie más que la persona es dueña de su vida. Es suficiente para advertir que este punto de vista constituye un sofisma, darse cuenta de que la punibilidad de los hechos se fundamenta en la destrucción de los derechos de otros. Es obvio que el que intentó matarse no destruyó ni puso en peligro a bienes de terceros. He ahí, pues, el principio y el fin.

Quienes se declaran partidarios de la eutanasia vivan porque ella se despenalice. ¿Qué será esto de despenalizar? Debe señalarse que este verbo no dice ni trasmite al público lo que en verdad encierra. Es común y corriente que con él la gente, la gente común, crea que con despenalizar lo que en realidad se hace es quitar la pena. Nada más desacertado; con él se quiere decir que el hecho de matar a otro, en vez de ser un hecho ilícito y delictivo, pasará a ser considerado un hecho lícito, con lo cual, entonces, y al tener ese carácter, nada se deberá; ni en el derecho civil a título de reparaciones, ni en el derecho penal a título de retribuciones. Dicho sea de paso, nosotros encontramos algún parentesco entre la figura del verdugo y la del médico que recibe de la ley el derecho a matar. Mientras aquél lo hace en el cumplimiento de un deber que le es impuesto en razón de su cargo de verdugo, este último ejercerá legítimamente, por igual vía, el derecho de matar. Para ambos, que matan por igual, esa muerte resultará justificada. Pero mientras el condenado a muerte, por lo general nada pide, la víctima de la eutanasia pide. ¿Podrá pedir, y el médico podrá matar? Se dice que la vida es un bien indisponible, pero los que están en la otra cara de la moneda dicen lo contrario. Por eso es que consideramos que estos puntos de partida no conducen sino a una vía muerta. Desde ya que si nosotros fuéramos legisladores, no nos animaríamos a votar una ley que declarase, aún con todos los recaudos y exigencias del caso, que la eutanasia es, en vez de un delito, un hecho expresamente permitido.

Para ello, hemos pensado y recurrido al conflicto, o a los conflictos que, a menudo, por no decir a diario, se nos presentan, y los cuales, bajo ciertas condiciones, el derecho se encarga, en su medida, de resolver.

En el mundo del derecho, aun en el derecho privado, es posible verificar la existencia de conflictos entre unos y otros. Cuando el deudor no cancela la obligación que tiene con el acreedor, genera un conflicto porque impide que aquél, a raíz de su incumplimiento, acreciente su patrimonio. El incumplimiento de lo que se debe, impide, pues, que el patrimonio se acreciente. De ahí es que en el derecho privado funcione, para resolver el conflicto, el principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores.

Si dejamos la esfera de lo privado y pasamos al derecho penal, veremos que aquí, aunque más patéticamente, encontramos la existencia de conflictos. ¿Qué ocurre en la legítima defensa? Ocurre, muy simplemente, que el agresor ilegítimo le lleva un conflicto al agredido y le coloca en el trance hasta de defender su vida. De ahí es que si en defensa de este bien causa la muerte de aquél, esa muerte será un hecho lícito. La ley resuelve de esa manera este conflicto. Y no parece que mal lo resuelva, porque de lo contrario, no habría resuelto conflicto alguno. ¿Qué es lo que sucede cuando la misma ley autoriza el aborto terapéutico, aquel donde para evitar un peligro cierto de muerte para la futura madre, se autoriza la muerte de la persona por nacer? No se podrá decir, al menos a nuestro juicio, que ello resulta permitido por cuanto la vida de la embarazada vale más que la vida del *nasciturus*. Parece que para el derecho ambas vidas valen lo mismo. Nuevamente aquí nos encontramos con otro conflicto. Es que ese conflicto lo crea, tiene su fuente en la persona por nacer que, a la larga o a la corta, determinará la muerte de la futura madre. ¿Cómo y de qué manera el derecho resolverá ese conflicto? No queda sino autorizar el aborto; pero eso sí, con el consentimiento de aquélla.

Vamos a preguntarnos, por fin, qué es lo que pasa con los siameses. Mientras éstos sean autónomos, las cosas andarán bien, porque lo que hará el médico será nada más que la separación quirúrgica de esas dos personas. Mas las cosas se complicarán, y ahora hará su ingreso el conflicto, cuando una de ellas sea imperfecta anatómicamente; cuando por ejemplo, carezca de un órgano vital como lo es el corazón o el hígado. Puede decirse, en principio, que ese conflicto es resuelto por el Código Penal por medio del estado de necesidad que supone la causación de un mal menor para evitar la producción de un mal mayor. Puede,

efectivamente, que esa sea una posible solución. Pero es posible que esa solución no sea aceptada *erga omnes*. Intentemos otra forma de solución. ¿Qué dice la gente común frente a tal hipótesis? Dice que si el médico no separa a los siameses, ambos morirán, porque la que vive de prestado la agrade a la restante, y que si sigue agrediéndola, la matará. En una palabra, la gente reclamará la intervención médica para que viva la que es persona autónoma. Y ese reclamo no será infundado, pues le estará reclamando al médico que intervenga en defensa del siamés necesitado, y necesitado de que alguien le salve su vida. Otra vez surgirá la defensa legítima; esta vez, en defensa de un tercero, según lo ha previsto el art. 34 inc. 6 del Código Penal.

Preguntemos ahora por el conflicto que hay en la eutanasia entre el paciente y el médico, donde aquél pide que éste lo mate, y éste procede a matarlo. Hemos buscado el conflicto, mas se nos ha hecho imposible encontrarlo. Y si no hay conflicto, ¿puede la ley decretar que esa muerte es un hecho lícito? Efectivamente, el legislador puede todo la mayoría de las veces. Puede hasta si se quiere, y permítasenos, decir que algo, a pesar de ser jabón, tiene gusto a queso. Esto es así, porque yo *quiero* que sea así. Muchas gracias

DAÑOS CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD COMERCIAL, ESPECÍFICAMENTE POR INSOLVENCIA

por EFRAÍN HUGO RICHARD *

Ante las inquietudes de los señores académicos en torno de las cuestiones que se están produciendo en el país y declaraciones que se intenten formalizar, es nuestra pretensión una visión distinta a partir de lo privado con proyección a lo público.

1. Sostuvimos en una presentación anterior la ineficiencia concursal. No nos referíamos sólo al instituto falencial de la ineficacia concursal tendiente a la reconstrucción patrimonial del fallido, sino a la ineficiencia del sistema ¹ todo en relación con sus fines, o al bien jurídico tutelado, tema sobre el que he escrito hace más de 20 años ².

2. Ahora queremos hacer una breve referencia a los daños causados por la actividad comercial, tales los generados por violación a la:

Lealtad comercial

Libre competencia

Actividad ilícita

* Profesor emérito de la Universidad. Académico de número. Disertación efectuada en la sesión privada del 7 de agosto de 2001.

“La ineficacia de la ley de concursos”, en Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 2000.

² *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal*, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1979/80, pág. 262 y ss..

Las normas de defensa del consumidor afrontan parte de los daños causados por la actividad comercial, conforme las leyes 24.240 y 24.999.

Otras deberían ser de defensa del fabricante, como las normas sobre *dumping*.

Las que resguardan la libre competencia se encuentran pautadas en la ley 25.156, ya reformada por la llamada ley de “competitividad”.

3. Temas todos que se agravan, y se configuran cuando se realiza actividad comercial en estado de insolvencia. Sobre este último punto en particular venimos insistiendo en trabajos escritos de doctrina, presentaciones en congresos y disertaciones, y ahora me encuentro colaborando con el doctor Daniel Pablo Carrera. Porque la insolvencia genera inseguridad jurídica, implica la conciencia de no poder cumplir los contratos, y bien ha dicho Frías en *Conductas públicas para crecer: “El crecimiento es imposible si no hay seguridad jurídica, que ofrece un marco legal confiable, estable y predecible. Para que sea así, es indispensable que las políticas se decidan y se ejecuten según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad” tan frecuente en la escena pública”*.

Existen ciertos daños donde se potencia el efecto, no sólo sobre terceros sino sobre las propias sociedades donde se materializan las conductas lesivas.

4. Pero en las actuales circunstancias y como me habilitó el señor presidente en un breve comentario el viernes pasados, parece indispensable referirse a la conexidad de esa situación con la realidad argentina, y particularmente con la conducta de funcionarios públicos en ese aspecto.

Así el *leveragge by out* generado en el caso de Aerolíneas Argentinas, en un clásico caso de administración societaria fraudulenta que puso en cesación de pagos a la sociedad desde 1992, y que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustituyendo el Poder Ejecutivo a la esfera del Poder Judicial³, y condenando

³ “La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)” en *Estado, Poder Judicial y derecho de daños*, págs. 71 a 87, coordinado por el profesor Carlos A. Ghersi. *Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3/6/99, Cap. I.

indirectamente al Estado a soportar la pérdida de su posición en la sociedad, como la de sus trabajadores, que no sólo perdieron el valor de su participación accionaria sino también sus empleos, y las consecuencias que son de público y notorio conocimiento.

Lo ético está directamente ligado al desarrollo de la empresa privada: por una parte la corrupción o políticas poco transparentes en las privatizaciones de servicios o empresas, o en la renegociación de contratos, han generado un costo argentino que -junto al financiero- aleja la competitividad mundial de las empresas radicadas en Argentina.

5. Así también las conductas financieras llamadas de *back to back*, o sea de remesas ilegales al exterior (o sea clandestinas), generando autopréstamos para el reingreso, evitando el pago de impuestos pasados y futuros. Al mismo tiempo ello debe conectarse a un crecimiento exponencial de la deuda externa⁴, pues los ahorros figuran como deudas, las que se transformaron en públicas en 1983 mediante un sistema de seguro de cambios. Denunciamos esa situación en 1985 para que nuestro gobierno exigiera que las garantías privadas fueran exigidas por los bancos, particularmente los americanos, en negociación de gobierno a gobierno, lo que no generaba ningún daño a nadie, salvo para los que habían violado la ley. Ello debía hacerse antes de redocumentar la deuda. La cuestión culminó en 1992 cuando se tituló la deuda externa, incluyendo esos créditos, con una supuesta rebaja del 12% se transfirió más del 28% de utilidad a los acreedores por la diferencia del valor de cotización, y al mismo tiempo se permitió que con esos títulos se pagaran -cuando se pagaron- las empresas privatizadas.

6. Así las maniobras de *dumping*, donde si bien existen normas legales adecuadas, la burocracia estatal y los intereses económicos de secto-

⁴ “Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva”, comunicación con Emma Elena Mini al Coloquio sobre “Deuda externa” organizado por el profesor Sandro Schipani de la *Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*, de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos. “Deuda externa y mercado”, con Emma Mini, sumario de la ponencia publicada en el libro del Congreso *La Argentina contemporánea*, C.I.E.C., 1995, bajo dicho título, págs. 150 a 153.

res especuladores no permiten que funcionen, por lo que hemos propuesto en el trabajo ⁵ la aplicación del sistema general. En un determinado momento se fomentó la importación irrestricta, generándose un fenómeno que se popularizó bajo el rubro de “aduana paralela”, pues lo único que interesaba era que bajaran los índices del costo de vida para hacer aparecer el plan de convertibilidad como si fuera un plan económico.

7. Y muy particularmente el daño que se ha causado por la actividad comercial en la actividad financiera, regulada estatalmente, con la actitud gubernamental permisiva en cuanto a las denominadas eufemísticamente operaciones “*off shore*”, que no son sino actividad financiera ilícita, pues a veces en casas autorizadas y en otras ni siquiera a través de casas autorizadas, se procede a la transferencia clandestina de recursos al exterior.

No es que sea ilícito transferir fondos al exterior, en cuanto ello sea transparente, declarado a la A.F.I.P. y al B.C.R.A.; sí lo son las transferencias a cuentas en el extranjero no declaradas ante esos entes. Por eso yo decía hace pocos días que la crisis argentina se hubiera solucionado con 100 gendarmes. Ello se encuentra vinculado a la tremenda corrida que se ha producido en los últimos meses en nuestro país, respecto a lo cual habría colaborado el propio sistema financiero -que hoy reclama blindajes-, a través de sus propias casas *off shore*.

Los productos financieros -donde se destacan los productos derivados- son una forma de esa actividad, donde se trasladan ganancias incalculables, y los actuales tenedores de bonos públicos adquiridos devaluados, requieren el respaldo para lograr la suba de la cotización.

Lo financiero es meramente accesorio de lo económico; si no hay actividad económica no hay actividad financiera sólida, sólo especulativa con costos de usura.

Endiosar lo financiero es justamente la forma de causar mayor daño al comercio, pues lo financiero es un accesorio de lo comercial. Lo financiero encuentra su representación nominal en el endiosamiento ideológico de la palabra *capitalismo*, que implica un desprecio de la organización

⁵ “Daños causados por dumping”, en *Daños - Globalización - Estado - Economía*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 57 y ss....

-típica del empresario-, de la capacidad intelectual o de la fuerza del trabajo. Su ideología es la inconvertibilidad y la libre circulación de capitales, libertad esta última que sin duda genera gran daño a las economías emergentes, lo que está siendo analizado por los economistas más importantes que no corresponden al sistema, sosteniendo la necesidad de un impuesto mundial, propio de la globalización y de las pérdidas de soberanías evidenciadas a la fecha, para que se palien los daños que tan emigración generan en ciertos países.

9. La actividad comercial desplegada por las sociedades *off shore*, las S.A.F.I. uruguayas, las *one dollar corporation* panameñas, entre otras, generan daño a la actividad comercial nacional legítima, pues operan en grados de competencia impositiva privilegiada, con menores controles a los que se efectivizan a las sociedades nacionales.

10. Y esa ruptura de la competencia se potencia cuando un comerciante, normalmente una sociedad, opera en estado de insolvencia ante la ineficiencia del sistema concursal.

Los daños se multiplican como un cáncer.

La empresa privada no puede competir internamente en un mercado donde no se sanciona duramente la insolvencia planificada, o sea la actividad societaria en insolvencia, para transferirla a los acreedores.

Hay una cierta manipulación de la insolvencia, de la pública, hacia los ciudadanos con una dudosa ética de la restricción, y hacia los propios administradores públicos y privados generada por grandes grupos de poder -político o económico- y por doctrinarios despistados. Frías señala en sus *Conductas públicas para crecer*: 4. “*La democracia es participación de personas que gobiernan a las estructuras y es imposible si las estructuras son las que gobiernan a las personas*”; además, en el punto 6 señala: “*Las conductas públicas para crecer deben evitar la manipulación, porque en la escena pública se alternan la información, la desinformación, la persuasión y la manipulación. Pueden crear conciencias incapaces de discernir y juzgar la situación*”. Insiste Frías en *La formación del dirigente político*: 9. “*Si la gestión no es transparente, toda la sociedad es inducida a la corrupción...*” sosteniendo inicialmente que deben hacer “*conductas ejemplificadoras desde la sociedad y desde la política misma para establecer el pacto*

de confianza”, y en 4: “El político debe tener en claro los valores intermedios y finales de toda agrupación humana para rectificarlos a fin de servir el bien común, que es comunicable a todos, para que cada uno pueda conseguir su realización”.

Ello es advertible hoy en toda la economía nacional con la insolvencia del Estado que intenta transferirla a sus acreedores nacionales -toda una cuestión no sólo ética sino también jurídica-.

Frías, en *Conductas públicas para crecer* remarca en el punto 1: *“Las conductas públicas para generar desarrollo social tienen que apoyarse en la ética de la responsabilidad para consolidar la convivencia en el bien común”.*

Las sociedades en insolvencia hacen lo mismo: intentan transferir los efectos de su insolvencia -paliándola- a sus acreedores, que ven agravada su situación ante el incumplimiento de quien suspende sus pagos, particularmente por el alto costo del dinero.

11. ¿Qué hacer ante ello, tanto ante la insolvencia del Estado, como ante la de las empresas privadas?

Mi deber, por ahora, es alertar de la situación. En el ámbito público no hay duda de que la cuestión pasa por la eliminación -no digo disminución- de la corrupción, que alienta las actividades comerciales ilegales. Parecen hoy iniciadas acciones que pueden despejar el panorama, particularmente si el Poder Judicial asume su rol para asegurar la vigencia del sistema jurídico.

Adviertan que el Departamento del Tesoro de EE.UU. paga desde hoy menos intereses a los tomadores de Bonos del Tesoro a efectos de disuadir la inversión en ellos, y dirigirla a la actividad privada.

En nosotros está el ir marcando cuestiones, denunciando las violaciones del sistema jurídico vigente. Actuar en insolvencia es doloso, es saber que no se van a cumplir las obligaciones. No hay duda de que también representa una falta de ética cuando se asume un nuevo compromiso sabiendo que se van a sacrificar derechos adquiridos con anterioridad.

En cuanto a cómo paliar la insolvencia en lo privado: la eliminación de la insolvencia pública atenuará la cuestión, y en el resabio será nuestra misión salvar a los administradores societarios de los mensajes ambiguos que reciben en torno a la supuesta impunidad que les generaría una apreciación irrazonable de lo que es el riesgo empresario. El empresario, y

más particularmente la empresa, como dice Frías en *Conductas públicas para crecer*: 9. “La empresa tiene una hipoteca política y moral para crecer dentro del bien común”.

Ese es el rol de los intelectuales: fijar un ideario en una visión compartida, colaborando en el consenso y no en el autoritarismo. Ese es el rol del derecho: dar respuestas a la seguridad jurídica, tanto a través de las normas como por el correcto funcionamiento del sistema judicial.

Volveré en próximas reuniones, o cuando me lo requieran, sobre la cuestión y todo lo conexo que ésta implica.

REFLEXIONES CRÍTICAS A LA LEY HOLANDESA DE “TERMINACIÓN DE LA VIDA A PETICIÓN PROPIA”. NUESTRA CONSIDERACIÓN ACERCA DE LA EUTANASIA

por ARMANDO S. ANDRUET (H) *

SUMARIO: I. Consideración previa. II. Aproximación en conjunto a la ley holandesa 26.691. III. Breve exégesis de las «Definiciones» (art. 1°). A. El médico y la ciencia médica. B. La acción terapéutica de dar muerte al paciente. IV. Comentarios a los «requisitos de cuidado y esmero profesional» (art. 2°). A. Petición voluntaria y meditada. B. Dolor insoportable sin mejora ulterior. C. Información al paciente de la situación. D. Inexistencia de otra solución razonable. E. Consulta y visita por un médico extraño. F. Matar con el máximo cuidado y esmero profesional.

I. Consideración previa

En primer lugar puede parecer de extraña razonabilidad que nos tengamos que ocupar de una ley de los Países Bajos -República de Holanda-, por lo tanto extranjera y que formalmente se nomina “Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio”¹, cuando en rigor de verdad en nuestra legislación nacional no es menor el volumen legislativo existente, como así tampoco los temas que en ella se tratan con particular interés en lo que hacen a la relación nuclear del mismo derecho no ya con el hombre, sino con la vida misma del

* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba (e-mail: andruet@campus1.uccor.edu.ar). Disertación efectuada en la sesión privada del 21 de agosto de 2001.

¹ Confr. art. 24.

² Sólo por citar un antecedente, por este tiempo se ha sancionado en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación, la ley de Salud Reproductiva, que tal como se puede

hombre ² que como tal, se inscribe en la misma sustancialidad del derecho como conducta recta que es ³.

La explicación, aunque huelga el tener que señalarlo, es la triste originalidad que ella como tal propone y que le otorga una singular valencia dentro del mundo de las normas jurídicas, y que aun teniendo una obvia competencia territorial intrascendente para nuestra República, no podemos dejar de advertir que ha impuesto una reflexión en prácticamente todas las comunidades jurídicas internacionales, sea para aprobarla o reprobarla. Mas parece que en verdad lo que no se puede es asumir un estado de pasividad intelectual.

No dudamos -y sin que ello importe arrogarnos aptitudes que puedan ser consideradas propias de clarividentes o alguna cuestión semejante- que algunas otras comunidades encontrarán valiosas algunas -o todas- las conclusiones de la nombrada ley ⁴, por lo cual también las consideraciones que hagamos a la ley holandesa resultarán extensibles a las que en términos generales se puedan dictar sobre la matriz de la anteriormente citada ⁵.

II. Aproximación en conjunto a la ley holandesa 26.691

En primer lugar se debe señalar, acorde a lo que ha sido apuntado más arriba, que la ley en estudio avanza de manera importante sobre un

advertir por la misma discusión parlamentaria, ha cuestionado severamente elementos vitales de la misma cosmovisión que los hombres tienen no sólo de sus mismos derechos subjetivos y reproductivos, sino también de su enfoque a lo propiamente trascendente que en cada uno de ellos existe.

³ Lo cual hace en rigor de verdad pensar que no se puede continuar ignorando a veces en la legislación cuál perspectiva antropológica subyace, lo cual a la vez traslada el problema a una definición anterior, como es la propiamente ideológica-filosófica.

⁴ De hecho, hemos tomado reciente conocimiento de que en Bélgica se ha presentado una ley para despenalizar la eutanasia, cuyo texto borrador al menos todavía transita tres ejes principales: la despenalización parcial de la eutanasia propiamente dicha, la creación de una Comisión Federal de Evaluación y seguimiento de la ley y una sección importante que asegure la existencia de los cuidados paliativos.

⁵ Se puede señalar al solo modo informativo que con antelación a la ley holandesa, en el año 1996 el Estado australiano de Territorio del Norte sancionó una ley de suicidio

supuesto fáctico antes existente en la misma Holanda; pues, con antelación a tal fecha, existía en realidad una suerte de despenalización de la eutanasia, ahora se logra su legalización mediante la inclusión de una eximente penal en el Código respectivo ⁶ para aquel médico que cumpliendo con ciertas exigencias objetivas, subjetivas y también administrativas, da por terminada la vida de un paciente a su petición, o también cuando hubiera prestado auxilio al suicidio del moribundo.

Hay que señalar, y en modo alguno debe ello ser considerado peyorativo, que con independencia de lo que resulta ser la naturaleza material de la nombrada ley, como es ayudar a que otro se quite la propia vida o dar muerte simplemente a otro, y que en modo alguno compartimos y adelantamos en ese sentido nuestro desarrollo ulterior, lo cierto es que la ley goza de una claridad, sintaxis, metodología y elaboración comprensiva que resulta ser altamente encomiable. Desde tal punto de vista, consideramos que resulta ser una pieza técnicamente

asistido, que en rigor de verdad fue la primera en el mundo. De cualquier manera, corresponde señalar que durante el año siguiente el Parlamento Federal la revocó; en gran medida debido a que la misma Asociación Médica Australiana, la Iglesia Católica y grupos étnicos en particular promovieron un pleito ante el mismo Tribunal Supremo de Darwin en el nombrado Territorio del Norte. Se puede leer su texto completo y además un excelente comentario crítico efectuado por Luis F. NIÑO en *Cuadernos de bioética*, N° 1, 1997, págs. 219-238. Además, en los EE.UU., el Estado de Oregon, desde 1996 permite el suicidio asistido por médicos para los pacientes terminales. Finalmente, no se puede ocultar que existen otros países -Suiza, Colombia, Bélgica- que toleran la práctica eutanásica como tal, aunque no la hayan legalizado propiamente. Una perspectiva relativamente completa del estado de la legislación vinculada con la temática de la eutanasia puede ser consultada en J. DIEZ RIPOLLES y J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El tratamiento jurídico de la eutanasia, una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. A su vez, una síntesis de ella puede ser leída en S. HIDALGO, *La frontera de la vida: muerte digna y eutanasia ¿Nuevas alternativas del siglo XXI?* en revista *La Ley Actualidad* N° 70, 1999, Buenos Aires, Diario del 13/6/99.

⁶ Art. 293, según texto modificado por la presente ley, dice: “1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la ley reguladora de los funerales”.

recomendable, reiteramos para evitar equívocos, cuando de analizar la metodología legislativa se trata ⁷.

La estructura de funcionamiento de la ley es la siguiente. Por una parte se establecen ciertas exigencias o condiciones subjetivas y objetivas que el médico debe advertir en el paciente para llevar adelante la intervención letal sin perjuicio de algunas diferencias según cuál sea la edad del paciente (art. 2°). Por otro lado, un procedimiento de notificación y comprobación por parte de Comisiones Regionales Estatales que juzgarán el adecuado cumplimiento de los nombrados requisitos objetivos y subjetivos por parte del médico a la época en que realizara la intervención sanitaria tanática (arts. 3° y 8°).

Además de ello, se prescribe un cuidadoso mecanismo de funcionamiento administrativo de tales comisiones (arts. 4°, 5°, 6°, 7°, 12, 13, 15 al 19), las que volverán su dictamen al médico una vez evaluada su misma conducta (art. 9°) y con comunicación también a la misma Fiscalía General del Estado (art. 10); en todos los casos se prevén criterios de resguardo de datos y registro de la totalidad de la información utilizada (arts. 11 y 14).

Por último, la ley propone las correspondientes modificaciones normativas en el Código Penal y por las cuales se considera no-punible la maniobra médica indicada, cuando haya sido cumplida con las pautas objetivas, subjetivas y administrativas antes brindadas (art. 20). También se modifican algunos artículos de la ley Reguladora de los Funerales, principalmente en cuanto a la manera en que son expedidos los certificados de defunción, cuando el fallecimiento tiene como causa origen la aplicación de técnicas destinadas a la terminación de la vida a petición propia o el auxilio al suicidio (arts. 21 y 22).

Como se advierte, el núcleo del problema se ordena en los dos primeros artículos de la ley; toda vez que una gran parte de los que siguen, y antes de la tercera sección, son formulaciones meramente administrativas que deben ser atendidas. La última, como se adelantó, es sólo la

⁷ No se nos escapa, por lo dicho, que Jan RENKEMA -doctor en filología por la Universidad Libre de Amsterdam-, de algún tiempo a esta parte es el primer asesor lingüístico del Parlamento holandés y editor -además- de las normas de ortografía holandesa. La obra más importante que hemos conocido del nombrado autor es *Introducción a los estudios sobre el discurso*, Barcelona, Gedisa, 1999.

correspondiente adecuación normativa al nuevo ideario legislativo a los fines de evitar cualquier tipo de contradicción, vaguedad o laguna.

Siendo nuestro análisis ahora sólo acotado a una particular preocupación de la mencionada ley, y que como tal se instala en la misma degradación en el tratamiento de la vida de la persona humana y por lo tanto, claramente violatoria dicha realización médica de los «deberes de los médicos hacia los enfermos» de los que se encuentran impuestos dichos profesionales acorde resulta del Código Internacional de Ética Médica ⁸, sólo miraremos los dos primeros capítulos: «Definiciones» y «Requisitos de cuidado y esmero profesional», que contienen los dos primeros artículos a su vez, y dejando para otra oportunidad una consideración que resulte abarcativa en su totalidad del nombrado texto legislativo.

III. Breve exégesis de las «Definiciones» (art. 1º)

“Capítulo 1 - Definiciones

Artículo 1º.- En esta ley, se entenderá por:

- a) Nuestros ministros: el ministro de Justicia y el ministro de Sanidad, Bienestar y Deporte;
- b) Auxilio al suicidio: ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin, tal y como se recoge en el artículo 294, párrafo segundo, segunda frase, del Código Penal;

⁸ Se apunta allí: “*El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana*” (*Código internacional de ética médica*, adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Londres, 1949) y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sydney, 1968) y la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983). Además de ello, y para no volver sobre el ya conocido juramento hipocrático, pues recordamos el que se ha adoptado internacionalmente por dicha comunidad científica y que es conocido como la Declaración de Ginebra (adoptado por la 2ª Asamblea General de la AMM (Ginebra, 1948), enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sydney, 1968), la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983) y la 46ª Asamblea General de la AMM (Estocolmo, 1994), la cual reza -en lo pertinente-: “Velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, incluso bajo amenaza; y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas”).

- c) El médico: el médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio;
- d) El asesor: el médico al que se ha consultado sobre la intención de un médico de llevar a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o de prestar auxilio al suicidio;
- e) Los asistentes sociales: los asistentes sociales a que se refiere el art. 446, párrafo primero, del Libro 7 del Código Civil;
- f) La comisión: comisión de comprobación a que se refiere el art. 3º;
- g) Inspector regional: inspector regional de la Inspección de la Asistencia Sanitaria del Control Estatal de la Salud Pública”.

A. El médico y la ciencia médica

En el primero de los artículos en consideración, y tal como se ponderó más arriba, el legislador holandés se encarga de definir de manera inequívoca, quiénes son y definitivamente qué rol tiene asignado cada uno de los operadores de la nombrada ley. Así, qué autoridades intervienen y qué funciones cumplen; todo lo cual no permite colegir otra cosa que la ponderación valiosa a los contornos metodológicos a la que ya nos referimos, puesto que con tal gestión se cierra a futuro cualquier discusión respecto a cuál fue la intención o télesis que el legislador quiso tener⁹.

Nos detendremos exclusivamente en la consideración que se realiza en el inc. «c» del nombrado art. 1º, cuando define quién es aquel que se nombra como «el médico» y qué tipo de actuación efectúa. Omitimos los restantes, por ser descriptivos de funciones propias que tienen asignadas cada uno de los restantes operadores dentro de la mencionada ley y por lo cual no ofrecen aspectos de discusión alguna.

⁹ En este sentido se ha seguido una de las reglas fundamentales que el propio BENTHAM disponía que debían ser atendidas al tiempo de redactarse las leyes, y que él ubicaba simplemente bajo el título de «ambigüedad y oscuridad» (Confr. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 30).

En dicho orden señalamos que el nombrado profesional es quien habrá de ejecutar en el caso concreto el acto eutanásico, es decir quien terminará con la vida del paciente a su propio pedido; o por el contrario, en una categoría más leve, colaborará prestando el auxilio para que el paciente pueda en definitiva darse muerte por sí mismo; actividad toda ella que es explicada sintéticamente, hay que decirlo, mediante la noción de «auxilio al suicidio» que se destaca en el inc. «b» de la mencionada ley.

Sin embargo, como se tiene que advertir, más allá del lacónico descriptivo ya enunciado, la gravedad de la definición impone tener que efectuar algunas breves aunque útiles consideraciones, puesto que en rigor nos encontramos aquí con el propio núcleo ideológico de la totalidad de la ley, como a la vez, y tal como el propio Miguel de Unamuno escribía, con “*el único verdadero problema vital, el que más a las entrañas nos llega, del problema de nuestro destino individual y personal, de la inmortalidad del alma*”¹⁰, esto es entonces, de la muerte misma.

Hasta donde hemos podido conocer, y mirando retrospectivamente la misma historia de la cultura y, en ella, de la medicina¹¹, no se puede dudar en tener que afirmar que en muchas ocasiones los médicos no se han sentido impuestos inexorablemente a vencer la muerte del paciente en la contingencia médica¹², sino que han comprendido sabiamente que existen evidentes estados de salud que aconsejan en buen

¹⁰ Sigue diciendo: “*El hombre Kant no se resignaba a morir del todo. Y porque no se resignaba a morir del todo dio el salto aquél, el salto inmortal, de una a otra crítica*”. (*Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, Aguilar, 1987, pág. 10).

¹¹ Vide J. BABINI, *Historia de la medicina*, Barcelona, Gedisa, 2000.

¹² Bien ha sostenido desde este punto de vista Diego GRACIA, a quien no se le puede reprochar bajo ningún aspecto ser un autor heterodoxo, que a partir de la medicina científica en Grecia es que la eutanasia se medicaliza. Sostiene entonces que: “*Suele afirmarse que la medicina tiene por objeto luchar por la vida, defender la vida, y que por tanto siempre se ha opuesto a las prácticas eutanásicas. Pero esto no sólo no es cierto, sino que la verdad es más bien la contraria: la medicina occidental ha sido desde sus orígenes una ciencia eutanásica*” (“*Ética de los confines de la vida*”, en *Ética y vida: Estudios de bioética*, Bogotá, El Búho, 1998, t. III, pág. 272).

espíritu «abandonar»¹³ al paciente para que finalmente la muerte acontezca por sí sola.

Es obvio, sin embargo, que en tanto la «muerte» ha ido perdiendo un espacio de propiedad natural ha ido aumentando alrededor de ella otro conjunto de componentes no presentes primitivamente, tales así: ideológicos, culturales, jurídicos y técnico-salvíficos; con lo cual ha ido disminuyendo¹⁴ y en algunos casos logrando el propio olvido la misma naturalidad que el morir como tal posee y que de alguna manera se advierte reflejado en un proceso evolutivo que va siendo jalonado por las siguientes etapas a su respecto: Desacralización, Desocialización, Muerte y rentabilidad, Muerte y ciencia, Urbanización y cementerios¹⁵.

Todo ello sin dejar de atender que en dicha gestión de «abandono por desahucio médico» van implícitas una gran cantidad de atenciones básicas y funcionales que como tales importarán un tránsito desde ya menos cruento y hasta donde ello es posible, más digno¹⁶. Lo cual,

¹³ La palabra «abandonar» etimológicamente se explica que proviene “Del fr. *abandonner* id., deriv. de *laisser à bandon* ‘dejar en poder (de alguien)’, *bandon* ‘poder, autoridad’ y éste del fránico *bann* ‘mando, jurisdicción’ (hoy alem. *Bann*)” (J. COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1998, pág. 19, 2ª col.). Como se puede colegir entonces, la actitud de abandono que el médico efectúa del paciente no es de alguna manera como dejarlo expuesto a que la misma suerte lo acompañe, sino entregarlo a que un poder superior y anterior al que desde la medicina el nombrado puede ejecutar, se ocupe de una realización ulterior que intrínsecamente debe ser seria y condigna a la misma naturaleza humana.

¹⁴ Confr. P. ARIÉS, *El hombre ante la muerte*, Taurus, Madrid, 1977; *Morir en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2000. En lo que corresponde a la perspectiva filosófica en sentido estricto de la muerte, con provecho se puede disfrutar el valioso estudio -poco difundido- de J. GARCÍA *El morir humano - Consideraciones bioéticas sobre la eutanasia*, San Juan, Universidad Católica de Cuyo, 1999.

¹⁵ De incalculable valor para la comprensión final del problema es la obra de Thomas, L., *Antropología de la muerte*, México, F.C.E., 1993.

¹⁶ Se ha escrito que “*En la literatura clásica eutanasia y desahucio son términos correlativos (...) Los médicos han practicado tradicionalmente la eutanasia pasiva (desahucio) y aun la eutanasia activa, en aquellos casos en las características peculiares de la enfermedad*” (E. NÚÑEZ CARPIZO, *Eutanasia, un problema de axiología jurídica*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 223-224, 1999, México, U.N.A.M.). De todas maneras, y tal como indicaremos a lo largo del trabajo, consideramos que la equivalencia entre desahucio y eutanasia pasiva no es correcta.

como es obvio, no presupone la existencia ya sólo de la totalidad de alternativas que la terapia propone contra el dolor, sino también y quizás con mayor énfasis, una adecuada contención psicológica, afectiva y emocional del moribundo, que a veces no está suficientemente atendida e incorporada dentro de los capítulos propuestos por la medicina paliativa¹⁷; aunque en rigor de verdad está fuera de cualquier duda que son parte integrante de ella¹⁸.

Conviene aclarar también, para todo lo que queda del presente artículo, que si bien se podría decir junto a Heidegger que la persona que acaba de nacer está ya madura para morir y por ello le cabe el adjetivo de moribunda, intentamos utilizar dicha noción en un carácter más restringido, aunque de todas maneras siempre sujeto a una debida ubicación contextual, por lo cual provisoriamente se puede afirmar que se consideran «moribundos» los sujetos que han llegado al fin de su vida, a los enfermos incurables, los terminales, los que se hallan *in extremis* o los que están ya condenados, para emplear las fórmulas consagradas¹⁹.

La asociación entonces fuerte que se realiza de ordinario entre médico y vida en todo tiempo y a cualquier costo es falaz, porque históricamente no ha sido de esa manera, y recoge en su predicación más intereses ajenos a la ciencia médica que propios a ella²⁰; se trata de una suerte

¹⁷ De reciente traducción al español la obra de M. CÉLERIER; C. ORESVE; F. JANIAUD-GOUTA, *El encuentro con el enfermo*, Madrid, Síntesis, 2001, resulta una síntesis excelente desde la perspectiva dinámica de la medicina interna, el psicoanálisis y la neuropsiquiatría, todo ello puesto en función de un mejor paso o atención de la vida a la muerte.

¹⁸ Para el Comité de Expertos de la O.M.S. (804-1990), cuidados paliativos “es el cuidado activo y total de los pacientes en el momento en que su enfermedad no responde a las medidas curativas”; siendo el principal objetivo el control del dolor y otros síntomas, así como los problemas sociales y espirituales. Puede leerse con sumo interés el artículo publicado por María de los Angeles PRUVOST, *Morir con dignidad* en revista *Ethica* N° 18 (1996), Córdoba, págs. 13/17.

¹⁹ Confr. L. THOMAS, *La muerte - Una lectura cultural*, Barcelona, Paidós, 1991, pág. 65 y ss..

²⁰ Señala Diego GRACIA: “*La palabra eutanasia se utiliza, que sepamos, desde los tiempos del emperador Augusto, y hasta finales del siglo XIX significó el acto de morir pacíficamente y el arte médico de lograrlo*” (“Ética de los confines de la vida” en *Ética y vida: Estudios de bioética*, Bogotá, El Búho, 1998, t. III, pág. 276). Con mayor detalle y del mismo autor, “Historia de la eutanasia” en *La eutanasia y el arte de morir*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1990, págs. 13/32.

de peculiaridad moderna. Seguramente que tampoco mantenemos en el punto una categoría cultural semejante a la existente en la medicina hipocrática, en donde el individuo que gozaba de una enfermedad propiamente incurable era de inútil objeto para la medicina. Basta con recordar a tal respecto lo que sostenía Hipócrates: “... voy a definir lo que considero que es la medicina: el apartar por completo los padecimientos de los que están enfermos y mitigar los rigores de sus enfermedades, y el no tratar a los ya dominados por las enfermedades, conscientes de que en tales casos no tiene poder la medicina”²¹.

Como conclusión que también se puede colegir de lo antes nombrado, es la de que el mismo tema de la eutanasia²² -que se inicia ya con una problemática vinculada a la misma equivocidad²³ de lo que se quiere significar con ella, y concluye implicando problemas no sólo culturales, sino también políticos, sociales y económicos²⁴-, tal como

²¹ Vide *Tratados hipocráticos, Sobre la ciencia médica*, Madrid, Gredos, 1990, t. I, parágr. 3, pág. 111, introducción general a cargo de Carlos GARCÍA Gual. También, entre otros Platón, *República*, 406c, 407c-e, 408b, 409e, 410a.

²² Sin perjuicio de las demás consideraciones que efectuaremos luego, destacamos al menos una conceptualización -puesto que todavía deliberadamente no lo hemos querido realizar- de lo que por eutanasia se debe entender. Prefiriendo ahora la misma que la Asociación Médica Mundial, máximo organismo internacional en ética profesional, diera en su Declaración sobre la Eutanasia de 1987: “La eutanasia, es decir, el acto deliberado (por acción u omisión) de dar fin a la vida de un paciente, aunque sea por requerimiento de éste o a petición de sus familiares, es contraria a la ética”. De todas maneras no podemos dejar de incorporar otra conceptualización que en los últimos tiempos hemos visto muy difundida, y que como tal, resulta altamente encriptadora de lo que verdaderamente es la eutanasia; pero que sin embargo resulta utilizada en no pocos ámbitos profesionales y también en determinados comités de ética hospitalaria. Así, se dice que “es el acto o la omisión del acto que provoca deliberadamente el deceso del paciente que sufre de manera insostenible o vive una degradación insostenible” (*Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, París, Ediciones Legislativas, 1997).

²³ En este orden nos pareció categórica la afirmación que hace ya algún tiempo formulara Patrick VERPIEREN de que el nombrado concepto de «eutanasia» es un verdadero paradigma de la ambigüedad semántica (Confr. *La muerte y el morir en la era tecnológica* en revista *Criterio*, Buenos Aires, 1976, pág. 176).

²⁴ Resultaría extenso señalar la gran cantidad de clasificaciones que se han propuestos de diferentes prácticas que se consideran -con acierto o sin él- eutanásicas. Al solo efecto ilustrativo, se la puede entonces clasificar según haya sido voluntaria o provocada;

aparece en la actualidad presentado y debatido el t3pico, deviene claramente moderno ²⁵.

Pues con anterioridad resultaba al menos admitido dentro de los mismos c3nones del arte m3dico, que el mencionado ‘abandono’ no pod3a importar en s3 mismo ning3n acto contrario a la misma ciencia m3dica.

Seguramente que el progresivo mejoramiento dentro de la medicina, como as3 tambi3n del conocimiento de la misma organizaci3n biol3gica del hombre y de la aparatolog3a como soporte de aplicaci3n de dichos conocimientos ²⁶ fueron severamente responsables de que se

por lo tanto se hablar3 de eutanasia aut3noma o heter3noma; si es mirando cu3l sea la actitud frente al curso vital se puede diferenciar en: pura, lenitiva, aut3ntica o genuina; a esta 3ltima tambi3n se la nombra como solutiva o resolutive (Confr. una explicaci3n de cada una de ellas en L. NIÑO, *Eutanasia - Morir con dignidad*, Buenos Aires, Universidad, 1994, p3g. 82 y ss.). Otra consideraci3n en este mismo orden de problemas es la que formulan P. Sim3n LORDA y Azucena COUCEIRO, quienes anotan las conceptualizaciones y neologismos relacionados con la voz ‘eutanasia’. Dice: Eutanasia (E.) activa, positiva u occisiva: acciones encaminadas a producir en forma deliberada la muerte de un paciente que sufre; E. pasiva, negativa o lenitiva: es la cesaci3n de acciones terap3uticas que prolonguen la vida de un paciente terminal; E. directa: es sin3nimo de E. activa; E. indirecta: se relaciona con el principio del doble efecto; E. voluntaria: se realiza a petici3n del paciente; E. involuntaria: la que se realiza sin mediaci3n de petici3n del paciente. En cuanto a los neologismos anotan: Distanasia: prolongaci3n artificial de la vida biol3gica en un paciente con enfermedad irreversible o terminal por medio de la tecnolog3a m3dica; Adistanasia o antidistanasia: suspensi3n de la prolongaci3n artificial de la vida dejando que el proceso patol3gico termine con la vida del enfermo; Ortotanasia: buena muerte, en el sentido de muerte en el momento biol3gico adecuado; Cacotanasia: acelerar deliberadamente la muerte de un enfermo sin que haya expresa voluntad de su parte (*vide* “Decisiones 3ticas conflictivas en torno al final de la vida: una introducci3n general y un marco de an3lisis”, en *Eutanasia hoy, un debate abierto*, Madrid, Noesis, 1995, p3g. 313).

²⁵ Al respecto basta con advertir cu3les son los argumentos que sustentan la llamada -eufem3sticamente hablando- «3tica de la eutanasia», para as3 poder corroborarlo. En dicho orden son paradigm3ticas las posiciones de Joseph Fletcher, Marvin Kohl, Daniel Maguire y Richard Mc Cormick, una excelente s3ntesis de ellas, y por lo tanto de la perspectiva m3s o menos compartida respecto al t3pico por autores que admiten, justifican y en 3ltima instancia son solidariamente responsables de leyes como las que nos ocupan, se puede consultar en P. AGUILERA, *En la frontera vida/muerte - Problemas bio3ticos*, Santiago, Editorial Universitaria, 1990, p3g. 174 y ss..

²⁶ En verdad no se puede desconocer que quiz3s con independencia del fabuloso desarrollo que ha existido en la ingenier3a electr3nica en general, sea la medicina una de las ciencias aplicadas en donde mayor producci3n de conocimiento y reconocimiento ha

fuera gestando con gran énfasis, al menos dentro del siglo XX, el paradigma de que la medicina como tal y los médicos como sus operadores profesionales son prácticamente invencibles y que en el fondo no existen enfermedades incurables; de tal guisa que resultaban en pocos y sólo en algunos casos vencidos los médicos y la medicina -en la primera vuelta, al menos- por la muerte ²⁷.

La efectiva posibilidad de agregar un plus mayor o menor de vida, aunque con una disminución sustancial de su calidad ²⁸, resultó ser un modelo de ejecución profesional que en verdad se puede decir ha caracterizado a la última media centuria del siglo pasado. Hacemos votos porque nos estemos acercando a una vuelta reflexiva al verdadero orden de la medicina como ciencia práctica y no como un instrumento de mera sobrevida y de carta de triunfo de la vida sobre la muerte, con desprecio a veces por la misma calidad de vida humana y que adecuadamente comprendida, debe ser vista como faceta de la misma dignidad humana y

existido. Si a ello se suma la no menor complementariedad que entre una y otra se advierte, se tiene como resultado que los propios tiempos de investigación sobre el hombre o su genoma, por caso, se han visto severamente anticipados.

²⁷ “El mundo de la salud aparece, en efecto, como el lugar donde se manifiestan con mayor evidencia las contradicciones propias de la situación histórica del hombre. Es ahí donde las esperanzas alimentadas por los logros espectaculares de la medicina moderna chocan con la experiencia cotidiana de la enfermedad, del envejecimiento, del sufrimiento y de la muerte. Esta dramática experiencia, hecha de esperanzas y de fracasos, de alegrías y de angustias, donde los sentimientos adquieren una especial densidad humana y espiritual, obliga al hombre a una revisión de vida frecuentemente radical” (Pontificia Comisión para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, *Religiosos en el mundo del sufrimiento y de la salud*, Roma, 1987, I).

²⁸ Conviene recordar al respecto, por ser de uso frecuente, que la noción de calidad de vida aparece como una variable que conjuga un conjunto de elementos anteriores: movilidad física, dolor y agotamiento, capacidad para cuidar de sí mismo y aptitud para entablar relaciones interpersonales. Aparecen junto con la misma cantidad de vida, conformando un índice mixto -de calidad de vida- que son conocidos como QALY (*quality-adjusted-life-years*) o AVAC (años de vida ajustados a calidad). Primigeniamente el concepto introducido por W.O. Spitzer en 1981, conocido como QLI (*quality of life index*), que tenía como variables y luego con respectivos desagregados los siguientes ítems: actividad, vida diaria, salud, apoyo y aspecto (Confr., M. BOLADERAS CUCURELLA, *Bioética*, Madrid, Síntesis, 1999, págs. 119/120; además, con mayor detalle en A. BOWLING, *La medida de la salud. Revisión de las escalas de medida de la calidad de vida*, Barcelona, Masson, 1994).

no como opuesta a ella. Motivo por el cual destacamos que comprendemos dicha noción, formando parte de la misma vida y no como separada de ella: el criterio de calidad de vida se contextualiza como auxiliar y complementario del primario y radical, que es el respeto a la vida misma²⁹. Desde dicho orden reflexivo animamos una construcción que reconocemos peligrosa si es quitada de contexto, y absolutamente honesta si es mantenida en el ámbito donde está siendo brindada, pues la preocupación por la calidad de vida a la que la medicina tiende impone también, y acorde a la misma realización histórica del enfermo de que se trate, contribuir a la calidad de la muerte.

De cualquier manera queremos dejar a salvo también, a efectos de no generar confusión alguna, que no nos convierte la afirmación anterior en una suerte de fundamentalistas de la calidad de vida, pues ella sigue siendo, para decirlo -pensando en Aristóteles- no otra cosa que una misma categoría o predicamento del ser-substancia y que como tal es el hombre con su vida, aunque sea ella enferma, debilitada y a punto de agotarse. La calidad de la vida -aunque sea redundante decirlo- es sólo una manera en que dicha substancia viva -persona humana- se realiza, pero en modo alguno la esencializa³⁰.

Huelga señalar que el desarrollo tecnológico de la medicina nos ha llevado en modo precipitado a lo que se nombra como la distanasia³¹ y al

²⁹ A. SARMIENTO; G. RUIZ PÉREZ; J. MARTÍN, *Ética y genética*, Pamplona, Eunsa, 1993, pág. 78. Además en particular se puede leer con todo detalle en D. GRACIA, *Ética de la calidad de vida*, Madrid, Fundación Santa María, 1984.

³⁰ Muy sugerente en este orden nos ha parecido la afirmación efectuada por FERNÁNDEZ CREHUET, de que "*la nueva noción de dignidad entendida como calidad de vida es equívoca*"; agregaríamos por nuestra cuenta que no sólo es equívoca sino que intrínsecamente es falaz, puesto que en último grado a lo que tiende es claramente a generar una política de desontologización de la categoría sustancial del hombre, y pretender juzgarlo sólo por una modalidad, que si bien importante, no lo esencializa (Confr. "Eutanasia, atención a pacientes terminales y profesionales de la salud. Intervención en la Comisión del Senado de España sobre eutanasia (1999)" en *Cuadernos de Bioética* N° 44, 2001, Valencia, págs. 55/62).

³¹ También se la conoce como «tecnicismo médico abusivo», «obstinación, encarnizamiento, ensañamiento terapéutico»; incluso «rabia terapéutica». A esta última se ha ocupado de definirla G. PERICO como "*Aquel conjunto de iniciativas clínico-asistenciales de carácter más bien excepcional, que se aplican a un enfermo que está para morir, es decir, en*

empleo de medios terapéuticos desproporcionados y en consecuencia donde los pacientes son víctimas de un *desideratum* enfermizo de quienes tienen que vigilar por su salud, y que lejos de permitir el morir cuando ello deviene lógica y naturalmente adecuado a las circunstancias biológicas del sufriente enfermo; asumen los médicos actitudes de verdaderos cruzados contra la muerte, intentando evitar que ello se cumpla³².

En la medida que la muerte como tal ha tomado los formatos contemporáneos, tiende ya de por sí a tener una suerte de contaminación de obstinación terapéutica y como es propio, la sola existencia de una cierta cuota de aparatosis que rodea al paciente y que como tal lo coloca en un ambiente extraño y poco apacible, hace que las condiciones para una muerte digna se vean potencialmente alejadas³³.

Al grado extremo tal estado de pérdida de rumbo en dichas cuestiones, que es el mismo paciente quien comienza en los últimos años a tener que tomar la totalidad de los recaudos posibles a los fines de asegurarse de que, cuando no pueda decidir por sí mismo, atento a su estado de gravedad física, los médicos no decidan que su vida no puede concluir y se encarnicen prolijamente sobre su cuerpo, mediante toda la aparatología con que ellos cuenten para no dejarlo morir; apareciendo entonces los llamados testamentos vitales en general³⁴. Parece importante apuntar en

condiciones gravísimas y ya más bien próximo al fin. La finalidad, según la intención de los médicos, es la voluntad de alejar, a toda costa, el aproximarse al fin, no obstante saber que ya no disponen de verdaderas «terapias», capaces de mejorar las condiciones sanitarias o de bloquear la enfermedad, la cual, no obstante todo, tarde o temprano llevará irremediablemente al paciente a la destrucción completa» (citado por D. TETTAMANZI *Eutanasia - La ilusión de la buena muerte*, Caracas, Paulinas, 1985, pág. 53).

³² También se ha ilustrado la mencionada situación destacando que: “*La moderna tecnología médica, incluso si no puede curar, aliviar o comprar un plazo adicional de vida que merezca la pena, por corto que sea, sí puede retrasar de múltiples maneras el final más allá del punto en el que la vida así prolongada le merece la pena al paciente mismo, incluso más allá del punto en que él puede valorarla*” (H. JONAS, *Técnica, medicina y ética*, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 160).

³³ Se anota: “*De esta forma, si el paciente moribundo se halla consciente se sentirá aislado, desconcertado, entubado y asistido, no por el contacto humano, sino por las maravillas del progreso científico y sistemas todopoderosos para salvar la vida*” (D. HUMPHRY y A. WICKET, *El derecho a morir*, Barcelona, Tusquets, 1989, pág. 258).

³⁴ En el ámbito americano los llamados «testamentos vitales», «directrices previas o anticipadas acerca de la muerte propia», «órdenes de no reanimar» u otras nominaciones por

este orden que los mencionados instrumentos jurídicos o al menos con vocación jurídica, sin perjuicio de lo que acabamos de decir y que es bastante grave, no han surgido para reconocer los derechos fundamentales del paciente, sino para preservar al profesional de las consecuencias jurídicas -civiles o penales- que contra los médicos se ventilaron ³⁵.

De tal guisa deviene claro, y a ello lo hemos podido acreditar personalmente en un sinnúmero de oportunidades y también de la bibliografía resulta sin error posible que gran parte de los médicos tienen temor de cometer actos presuntamente eutanásicos sobre sus pacientes, dejándolos morir, cuando ello deviene como una conclusión natural y previsible que acontezca ³⁶ y toda terapia se torna claramente fútil ³⁷; lo cual no

el estilo, resultaron ser un primer indicio serio de la gravedad de ciertos comportamientos profesionales propiamente desmedidos. Al respecto se puede consultar con gran interés jurídico, sin perjuicio de que la obra tiene ya sus años, en E. HIGTHON; S. WIERZBA, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991. En el ámbito del derecho español hemos tomado conocimiento de que recientemente la Comunidad Autónoma de Galicia, imitando a Extremadura y también a Cataluña -que fuera la pionera-, ha regulado el derecho de que una persona pueda decidir en forma anticipada que no se le prolongue la vida innecesariamente (*vide* diario El País, Madrid, 21 y 28 de abril de 2001).

³⁵ J. BAUDOUIN y D. BLONDEAU, *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Barcelona, Herder, 1995, pág. 60.

³⁶ Cabe destacar que dicha ideología médica no sólo ha venido generada desde la propia configuración científico-técnica que se le otorga a la medicina, sino también por las no menores implicancias jurídicas -pleitos de mala praxis- a los que advierten que podrían quedar expuestos y promovidos por familiares desdichados por la pérdida del familiar mezquinamente atendido; y a lo que hay que decir también con algún pesar, que la magistratura ha brindado cierta atención, otrora al menos.

³⁷ «Tratamiento inútil o también nombrado fútil, es aquel que correctamente aplicado y con indicación precisa no obtiene el resultado esperado. Por ejemplo, ante una sepsis de foco no localizado puede iniciarse un tratamiento con cefalosporinas de tercera generación, metroimidazol y un aminoglucósido, e incluso maniobras agresivas, pero el enfermo fallece en shock séptico. El tratamiento fue correcto y bien indicado, pero ha sido inútil. Puede colaborar a la comprensión de la idea de futibilidad de realización médica, viéndola desde la perspectiva de la misma eficacia de una tecnología, evaluándola por: las posibilidades de recobrar las funciones básicas el enfermo; el grado de alivio que se espera obtener con ellas; las exigencias del tratamiento y las condiciones de adaptación de un paciente; los efectos psicológicos (sobre la propia imagen, por ejemplo) que importará; el costo que el uso de ellas implica; el carácter de la muerte» (Confr. D. HUMPHRY y A. WICKET, *El derecho a morir*, Barcelona, Tusquets, 1989, pág. 267).

significa que con ello se lo abandone en términos jurídicos, materiales y espirituales, ni tampoco que se ejecute una acción directa en su contra a los fines de multiplicar la progresividad del suceso luctuoso, sino que se le proporcione una buena muerte, nada más.

Por lo cual, que sea el médico quien colabore con la misma terminación de la vida, cuando ello significa que no asumirá actitudes que aparecen claramente desmesuradas y obsesivas a los efectos de mantenerla, favoreciendo con ese accionar la muerte digna de cada uno de los enfermos, no parece en modo alguno reprochable³⁸. “*Una cosa es respetar la voluntad del enfermo y no poner en su cuerpo lo que él rechaza, y otra cosa muy distinta quitarle directamente la vida. El primero es un acto del enfermo, en tanto que el segundo es del médico*”³⁹. Tal aspecto, en verdad, no se diferencia de la misma observación que desde el punto de vista confesional se ha brindado a dicho tratamiento.

Nos parece importante precisar, en orden a la cuestión, que el establecer en concreto la delicada línea que demarca cuál es el deber terapéutico que corresponde realizar y dónde se inaugura la indebida obstinación no puede más que ser dejado a la competencia y a la conciencia de los integrantes del equipo médico responsable⁴⁰.

Bien podríamos afirmar, con las licencias que nos permitimos no siendo médicos, que los nombrados profesionales deben ser suficientemente custodios y defensores de la vida humana y de la salud del hombre, mas no por ello tomar actitudes militantes y fundamentalistas en su defensa a cualquier costo⁴¹. La vida digna del hombre impone en igual

³⁸ Desde la propia perspectiva confesional católica la respuesta es la misma: “... desde el punto de vista ético, la mayoría de los autores y la doctrina de la Iglesia condena cualquier tipo de eutanasia en sentido estricto, pero no obliga a la distanasia en todas las situaciones, y permite, por tanto, el abandono de toda técnica desproporcionada o que ya no tenga ninguna justificación” (E. LÓPEZ AZPITARTE, *Ética y vida*, Madrid, Paulinas, 1990, pág. 224).

³⁹ D. GRACIA, “Ética de los confines de la vida” en *Ética y vida: Estudios de bioética*, Bogotá, El Búho, 1998, t. III, pág. 302.

⁴⁰ Confr. L. CICCONE, *Eutanasia: ¿Problema católico o problema de todos?*, Buenos Aires, Ciudad Nueva, 1994, pág. 66.

⁴¹ Recuerda la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos de los Pacientes, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial (1981), enmen-

sentido una muerte digna ⁴², esto es ortotanasia ⁴³: la muerte del ser humano en el momento oportuno ⁴⁴; ello en verdad por el solo hecho de que el proceso de muerte acontece en la etapa final de la vida ⁴⁵.

Habiendo efectuado el nombrado *excursus*, según nuestro parecer valioso, atento a la equívocidad cada vez más notoria acerca de la noción de eutanasia y reiterando que dicho accionar, enunciado *supra*, corrientemente endilgado bajo el rótulo de actos eutanásicos en modo alguno lo son, sino que sólo reflejan una acción ortotanástica que definitivamente es lo más aproximado a la buena muerte o muerte digna, que todo hombre se merece por ser simplemente el que es ⁴⁶.

dada por la 47ª Asamblea General, Indonesia (1995), en el Principio 'C' dentro del Derecho a la Dignidad: "El paciente tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible".

⁴² Se ha indicado que los principales contenidos que podrían formar parte de una muerte humana y por ello igualmente digna son: Solidaridad, alivio del dolor, asistencia de tipo psicológico, asistencia religiosa, verdad al enfermo, atenciones de confort material y libertad (Confr. en particular cada una de ellas en F. ELIZARI BASTERRA *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, pág. 178 y ss.).

⁴³ "Ortotanasia: Es lo contrario a la distanasia. El prefijo griego 'orthos' significaría la muerte 'correcta' a su tiempo, sin procurarla activamente, pero sin prolongaciones irracionales y crueles para el paciente (...) De ahí que un aspecto fundamental de una praxis ortotanástica es la administración de calmantes y, en general, todas las posibilidades de la medicina paliativa, con vistas a humanizar y hacer lo menos doloroso posible el trance de la muerte" (G. GAFO, *Eutanasia y ayuda al suicidio*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, pág. 45).

⁴⁴ También se ha dicho que "paralelamente al derecho a nacer hay un 'derecho a morir': con dignidad, humanamente, a su tiempo, en su hora: ortotanasia. Es claro que esta hora no es una hora matemática, sino moral, que puede acortarse o alargarse dentro de ciertos límites humanos inmanentes y/o trascendentes, nunca ilimitados" (G. HIGUERA UDÍAS, "Eutanasia y distanasia. Problemas éticos-morales" en trabajo *En la vida y en la muerte somos del Señor*, Valencia, Edicep, 1993, pág. 121).

⁴⁵ Confr. J. ESCOBAR TRIANA, *Morir como ejercicio final del derecho a una vida digna*, Bogotá, El Bosque, 2000, pág. 83.

⁴⁶ Ha recordado Diego GRACIA: "Piénsese lo que se quiera de su licitud moral, no hay duda de que 'matar' y 'dejar morir' son acciones de distinta moralidad, porque la primera ha de tener en cuenta la autonomía de la persona, y la segunda no. Dejar morir, evitando la distanasia, es un acto de no-maleficencia y justicia; matar, procurando la eutanasia, es, en el mejor de los casos, un acto de autonomía y beneficencia" (*Primum non nocere. El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica*, Madrid, Real Academia de Medicina, 1990, pág. 92 y ss.).

Por todo lo que ha sido indicado, debemos concluir acerca de la desgraciada misión que le corresponde en este contexto legislativo al médico, quien positivamente actúa sobre el enfermo para que como tal deje de estarlo, mas no curándolo sino matándolo, lo que, como es obvio, resulta inmediatamente una contradicción con la formulación de la ciencia médica y que tal como hemos podido comentar, tampoco postula que no deba ser precisamente el médico un atento observador, por ser en realidad un capacitado en ello, de cuando la misma naturaleza enferma decide extinguirse.

B. La acción terapéutica de dar muerte al paciente

Tal como se puede advertir del propio texto del inc. «c» del artículo en consideración, el médico puede cumplir con su cometido -despenalizados ellos- mediante dos caminos: a) por el auxilio al suicidio del paciente, que puede ser tanto como una ayuda deliberada y directa a ello o facilitarle los medios para que ello sea posible ⁴⁷; b) llevar a cabo por sí la terminación de la vida del paciente a su propia petición. Como se advierte, no se trata -en ninguno de los dos supuestos- de un mero «abandono por desahucio médico» tal como nosotros hemos señalado que estaría dentro de las posibles y legítimas realizaciones profesionales, sino que aquí estamos sin más frente a una intervención activa y positiva por parte del médico sobre el paciente que como tal provoque su muerte ⁴⁸.

La nombrada equiparación que se tiende a realizar, y que como tal se traduce luego en la eutanasia activa y pasiva respectivamente, es sin duda y en gran medida falaz. Pues se omite destacar al menos dos cues-

⁴⁷ Se advierte que el inc. b del art. 1º se ocupa de efectuar una ampliación del mismo tipo descrito en el inciso siguiente. Puesto que de no existir, bien podría darse el caso de que el médico que con su mano acompaña la mano del paciente para inyectarse una dosis de una droga letal resultara despenalizado por ayuda al suicidio; pero que pudiera ser inculpado por haber facilitado la compra de la sustancia.

⁴⁸ De todas maneras no se puede dejar de indicar que no han faltado autores que han señalado que la distinción entre actos positivos y negativos como tales, resulta no valiosa y por lo tanto, ambos modos -en coherencia- deberían ser aceptados o rechazados. De allí se podría colegir nuestra misma incoherencia entonces, por participar de la permisión de los actos omisivos y no admitir los positivos o activos.

tiones: por una parte, la clara diferenciación -y que en el caso se torna sustancial- entre medios ordinarios y extraordinarios, proporcionados o desproporcionados, que son cumplidos sobre la naturaleza enferma⁴⁹; y por la otra y en modo alguno menor, lo vinculado a la misma intencionalidad que existe en el sujeto médico, como es en el caso de los actos positivos -por acción u omisión- el de querer dar muerte y en el segundo, atender a las exigencias ordinarias que la terapéutica exige a los fines de asegurar el máximo de confort posible, controlando máximamente el dolor, sin oponer resistencia al desenlace natural de la vida del paciente⁵⁰.

En un caso entonces, eutanasia propiamente dicha, existe una cuota de innegable intencionalidad en la realización del acto y en el resultado deseado; en el otro supuesto, por el contrario, nos encontramos frente al evento de la muerte no como una intencionalidad querida sino como un suceso que por lógica debía acontecer⁵¹. Es decir que en la eutanasia -comúnmente nombrada como activa sea por actos positivos o negativos-, en rigor, el paciente concluye muriendo como consecuencia directa de los acontecimientos iniciados por el agente que los provocó; en el restante supuesto -equivocada o falazmente nombrada como eutanasia pasiva- el deceso acontece por la misma evolución de la enfermedad que ya está en marcha.

⁴⁹ Respecto a la diferencia entre medios ordinarios y extraordinarios, sin duda que ha sido mucho lo escrito, más aún cuando se toma cabal razón de que la diferencia fuera ya apuntada por los moralistas en el siglo XVI, en modo singular por D. Báñez en 1595 y en las *Relecciones de teología* de Francisco de Vitoria. Por lo cual apuntaremos a modo de síntesis lo siguiente: por un lado, que la categoría, de uno u otro modo, no puede ser juzgada desde la misma categoría médica, donde lo ordinario se puede asimilar sin más a lo rutinario; mientras que la categoría moral que sirve a la vez, para calificar de una u otra manera el acto médico en cuestión, es poniendo la mirada sobre el propio paciente. De tal modo que un procedimiento que para el médico puede resultar ordinario, podría resultar extraordinario para el paciente, por la misma carga que a él le impone. Bien se ha dicho que “*No todos los procedimientos médicos habituales son obligatorios (...) Sólo el paciente puede evaluar si la carga que él experimenta, es demasiado para él*” (P. AGUILERA, *En la frontera vida/muerte*, Santiago, Editorial Universitaria, 1990, pág. 102).

⁵⁰ Puede ser leída con gran provecho la sustancia de ambas posiciones en J. Rachels, *Eutanasia activa y pasiva* y T. Sullivan, “Eutanasia activa y pasiva: ¿Una distinción inapropiada?”, en la obra compilada por F. LUNA y A. SALLES, *Decisiones de vida y muerte*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995, págs. 147/160.

⁵¹ Confr. H. THOMAS, “Eutanasia: ¿son igualmente legítimas la acción y la omisión?” en *Cuadernos de Bioética* N° 44, 2000, Valencia, págs. 1/14.

Sencillamente la conducta que se cumple en la equivocada «eutanasia pasiva» es de consecuencia con lo natural junto a una medicina paliativa noblemente comprendida que como tal supone que la cura o el control a largo plazo de la enfermedad ya no es posible y que se preocupa entonces por brindar el nivel más alto posible de atención al paciente; en el otro supuesto -eutanasia activa- existe sin más eutanasia, porque reconocido como queda que el dolor no es controlable o aun en el caso de que lo fuera, pero con una calidad de vida notoriamente devaluada⁵², se decide por acortar un camino que como tal y *prima facie* parece irreversible, y entonces se da muerte al enfermo⁵³. Por todo ello es que hemos venido considerando a lo largo del presente comentario, que en modo alguno resultan ambas equiparables, y admitir la dualidad de la voz eutanasia entre activa y pasiva o también eutanasia directa o indirecta, en definitiva lo único que hace es seguir colaborando a dicho núcleo de incertidumbre y equivocidad que en modo alguno creemos que haya sido tampoco fruto de una mera casualidad⁵⁴.

Cerramos el punto afirmando que el acto seudo-médico de la eutanasia activa, sin duda que ahora no es de un mero acompañamiento en el

⁵² Con lo cual se advierte que lo que antes habíamos nombrado como mero accidente de la misma dignidad del hombre se ha convertido en la sustancia esencial de la naturaleza humana, generándose entonces una nueva noción de dignidad humana como es la misma calidad de vida.

⁵³ Bien ha marcado este criterio en modo alguno menor el mismo Javier GAFO, quien afirma: “*Eutanasia: Dejando de lado su origen etimológico, creemos que debería restringirse hoy la utilización de este término a aquellas situaciones en que se accede a poner una acción positiva con la que se quita la vida a un enfermo, que pide o exige que se ponga término a su vida*” (*Eutanasia y ayuda al suicidio*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, pág. 46).

⁵⁴ Desde este punto de vista hemos apreciado que autores católicos notables, quizás por acortar algún camino al público en general, se prestan a dicho equívoco con notable favor consecuente a tesis como la que ahora denunciamos, que tienden a efectuar más por carácter transitivo que por otra cosa, el mismo resultado -y también juicio- a un modo de eutanasia -activa o directa- que a otra -pasiva o indirecta-. Así, se anota: “*La eutanasia indirecta puede ser admisible ética y moralmente, porque ni en la realidad ni intencionalmente se quiere acortar o quitar la vida. Tan sólo se acepta o tolera tal acortamiento de la vida o anticipación de la muerte porque se da suficiente motivo proporcionado y grave para ello en relación con los efectos positivos que también se consiguen y por la forma indirecta con que se origina el acortamiento de la vida o la anticipación de la muerte*” (G. HIGUERA UDÍAS, “Eutanasia y distanasia. Problemas éticos-morales” en el trabajo *En la vida y en la muerte somos del Señor*, Valencia, Edicep, 1993, pág. 119).

desarrollo progresivo y natural de la decrepitud de la vida, sino de una afectación directa sobre la vida ya decrepita que ciertamente pueda existir, para que ella como tal se frustre ⁵⁵.

La acción médica en tales circunstancias no es ni de cura, ni tampoco de alivio y consuelo; es claramente tanática y ello en verdad que parece ser una categoría epistemológica que dista todavía bastante de poder ser admitida dentro de la ortodoxia médica ⁵⁶. En rigor, no somos nosotros quienes podemos decirlo, porque definitivamente carecemos del obvio argumento de autoridad por no integrar dicha comunidad profesional, mas no se nos escapa la triste opinión que el Dr. Kevorkian despertó entre sus pares, cuando transitaba carreteras con su automóvil tanático, dispensando a enfermos terminales su misma opción final ⁵⁷.

En manera no igual, puesto que los tiempos todavía son diferentes, la misma ley holandesa generó la airada impugnación de ser violatoria de la Declaración de Ginebra de 1948 suscripta por la Asociación Médica Mundial, o contra los principios de Etica Médica Europea firmados por los miembros de la Comunidad Europea en la Conferencia de los Profesio-

⁵⁵ Al solo efecto de dejar suficientemente aclarado a qué realidades se refieren las nociones de «auxilio al suicidio» y de llevar a cabo la terminación de la vida del paciente a su propia solicitud, nos ha parecido esclarecedor el siguiente párrafo de las autoras citadas LUNA y SALLES: “*Un caso paradigmático de suicidio asistido es el del paciente que pone fin a su vida con una dosis letal de una medicación prescrita por su médico con la intención de ayudarlo. En cambio, un caso paradigmático de eutanasia activa sucede cuando, a pedido del paciente, el médico le administra dicha dosis letal con la intención de evitar un sufrimiento mayor. En ambos casos, el médico juega un papel causal importante y es el paciente quien toma la decisión. Pero mientras en el suicidio asistido el médico se limita a ayudar al paciente a que se suicide, en la eutanasia activa el médico es directamente responsable de la muerte del paciente*” (*Decisiones de vida y muerte*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995, pág. 114).

⁵⁶ De cualquier manera no se puede omitir señalar, a manera de aclaración pertinente, que existe en nuestra República un movimiento médico importante que se conoce como de la «nueva tanatología» y que en verdad, se encuentra en las antípodas de cultivar con preocupación la ciencia de la muerte y del morir tal como es, la tanatología. Los nombrados basan su realización en el principio de «cuidar más allá de curar», proponiéndose disminuir sufrimientos de pacientes, mejorando su calidad de vida y colaborar a que se preparen para la muerte, reconciliándose con la vida, si es el caso (*Vide C. MARTÍNEZ BOUQUET*, “La nueva tanatología” en *Cuadernos de Bioética* N° 1, 1997, págs. 163-167).

⁵⁷ J. KEVORKIAN, *Eutanasia - La buena muerte*, Barcelona, Grijalbo, 1993.

nales Médicos en 1987⁵⁸. Todo ello sin indicar aquello que evidentemente resulta más obvio y ostensible: la razón de la medicina es la curación del enfermo, la mitigación del dolor y la condolencia ante el trance de la muerte del enfermo cuando no existe curación posible -curar, aliviar y consolar-; el médico que aun a requerimiento del paciente colabora activamente en pos de un resultado intencional diferente no cumple con un acto médico, sino que acredita con ello su doble fracaso, desde lo técnico en primer lugar -porque no ha podido ofrecer una alternativa que resultara satisfactoria y digna para el enfermo-, y desde lo humano personal, porque no se ha sentido impuesto de valorar al otro desfalleciente como un ser primariamente necesitado de afectos y atención personal, antes que de una inyección letal⁵⁹.

La aceptación de la eutanasia es análoga a la admisión del reconocimiento del fracaso de la medicina, pues aparece claramente desmotivante para la comunidad profesional, que en vez de ocuparse por buscar nuevos adelantos respecto a la forma de la curación de ciertas enfermedades, derechamente se rinden ante el altar de la ejecución con el consiguiente costo en vidas humanas.

En el caso holandés, tal como se advierte, es el médico quien ejecuta materialmente los procedimientos de muerte o colabora para que el paciente los pueda como tal efectuar, previo cumplimiento de un conjunto de extremos dispuestos por la misma ley, para que el nombrado procedimiento no merezca reproche jurídico, puesto que el descrédito social -aunque se intente de alguna manera silenciar- obviamente existe. Y si bien se puede sostener que la vida es una cuestión acerca de la cual existe una clara autonomía, para mantenernos dentro de una esfera propiamente racional del problema -sin perjuicio de que nos resulte de extrema dificultad quitar también de ella su perspectiva trascendente y de ser siempre donación divina-, todo individuo, personalmente,

⁵⁸ En dicho orden la importante Asociación Holandesa de Enfermos (*Nederlandse Patienten-Vereniging - NPV*), en un comunicado oficial atenta contra el art. 2º, párrafo 1, de la Convención Europea sobre la tutela de los derechos de la persona y de las libertades fundamentales, según el cual el derecho a la vida de cada individuo está protegido por la ley (*vide* www.edufam.net/tinter/com172.htm).

⁵⁹ En particular A. BRUGAROLAS MASLLORENS, "La atención al paciente terminal", en *Manual de bioética general*, Madrid, Rialp, 1994, pág. 378 y ss..

con muchas o pocas razones, podrá terminar disponiendo de ella; mas lo que no parece posible es que pueda efectuar esa enajenación del poder dispositivo sobre su propia vida a un tercero, con independencia de que sea o no médico ⁶⁰.

La autonomía del sujeto-enfermo no parece posible que pueda dispensar a que definitivamente sea un tercero el que juzgue si su propia decisión resulta adecuada o no a un determinado estado médico-clínico-psicológico y luego de ello, ejecutar o colaborar en el acto mismo de dar muerte; pues tan pronto como ese otro tercero médico interviene en el proceso, evaluando las condiciones externas del acto autónomo del paciente, dicha autonomía asume una transitividad que por eso mismo hace que para el paciente deje de ser autonomía y se convierta derechamente en una petición sometida a un control externo y ajeno; de resultas de lo cual aparece que tal decisión no es autónoma sino heterónoma. Definitivamente depende de otro que se pueda o no cumplir; se trata entonces de un acto claramente transitivo y está claro que -y siempre desde el nivel puramente racional del problema- no existe otro posible, que no sea uno mismo, quien pueda disponer de su propia vida. Toda disposición que se hace de la vida ajena en tales condiciones resulta civilmente cuestionable.

Adviértase que allí no existe en manera alguna autonomía en la elección por el paciente, puesto que en rigor de verdad se está trasladando la misma dimensión autónoma a que sea otro quien defina por el nombrado enfermo y que como tal no está en modo alguno bajo las mismas condiciones ni físicas ni psicológicas que le permitan hacer una evaluación semejante a la que realiza quien sí tiene la autonomía para la definición y disposición sobre su misma vida.

⁶⁰ Precisamente por esta circunstancia es que la misma ley holandesa debe verse como una verdadera excepción a la misma cultura anglosajona, profundamente liberal. Pues en el ámbito de la público, priman los principios éticos de no-maleficencia y justicia; y en lo privado, el de autonomía y beneficencia; por lo cual, pensar desde la cultura liberal contemporánea que otro pueda disponer sobre un ámbito de la privado y claramente autónomo como es la propia vida, como si fuera suya, aparece como un exceso (Confr. D. GRACIA, "Ética de los confines de la vida" en *Ética y vida: Estudios de bioética*, Bogotá, El Búho, 1998, t. III, pág. 294). Un análisis jurídico de dicho aspecto puede ser consultado con interés en G. JAKOBS, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Está fuera de duda que existen muchas actividades, ejecuciones, realizaciones, en que la dimensión autonómica del sujeto puede ser trasladada, y aquél que aparece como beneficiario de ella la puede ejecutar, realizar o actuar como si fuera el cedente de lo autonómico; mas cuando se trata de trasladar la misma facultad de disponer de la vida, no estando el cesionario-médico en las condiciones semejantes a quien cede -cedente-enfermo-, el nombrado cesionario de la autonomía y médico que en el caso deberá llevar adelante la gestión seudo-médica y claramente tanática, no está en condiciones de equiparación que permitan que pueda cumplir adecuadamente con la cesión autonómica que defectuosamente se le intenta realizar y, como tal, resulta oprobioso para el mismo derecho que esto pueda ser legalizado.

Porque si bien es cierto que el derecho normativo exige para poder desarrollarse de un número no menor de las mismas ficciones jurídicas, nadie puede ignorar que admitir la existencia de las ficciones dentro del ordenamiento jurídico es lo mismo que acoger la institucionalización de la mentira sobre determinada materia o cuestión; mas de allí, poder llegar a atender la misma farsa de que el médico se encuentra en lugar del enfermo y luego que puede actuar la ejecución tanática por esa sola razón, deviene exorbitante en sus mismas facultades: una cosa es acordar efectos jurídicos sustanciales o procesales a una ficción porque con ella se comprometen derechos patrimoniales o extrapatrimoniales, mas hacerlo sobre el derecho a la misma disposición de la vida es claramente diferente.

Creemos entonces, acorde a lo que hemos señalado en el acápite «B», que cuando la ley se refiere en el nombrado art. 1º, inc. b al «auxilio al suicidio», no existe allí una categoría suficiente que como tal autorice a que pueda haber dicha traslación de competencia de autonomía del enfermo al médico y que finalmente pueda como tal legitimar el mencionado accionar médico.

Reiteramos, entonces, que una cosa es la actitud pasiva y ortotanásica que el médico puede tomar y que se verá claramente mejorada cuando existe un requerimiento en dicho sentido por el propio paciente, de no actuar el profesional distanásicamente; y otra, aquella que implica ejecutar la misma acción que como tal resulta ser definitivamente la causa eficiente de la misma muerte del paciente, o sea eutanásica.

IV. Comentarios a los «Requisitos de cuidado y esmero profesional» (art. 2º)

“Capítulo 2 - Requisitos de cuidado y esmero profesional

Artículo 2º.-

1) Los requisitos de cuidado a los que se refiere el artículo 293, párrafo segundo, del Código Penal, implican que el médico:

- a) ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada,
- b) ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora,
- c) ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro,
- d) ha llegado al convencimiento, junto con el paciente, de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último,
- e) ha consultado, por lo menos, con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a) al d) y
- f) ha llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles.

2) El médico podrá atender la petición de un paciente que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida.

Se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado a los que se refiere el párrafo primero.

3) Si se trata de un paciente menor de edad, cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del pa-

ciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión.

4) En caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años y que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o a una petición de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, esté(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio. Se aplicará por analogía el párrafo segundo”.

Ingresando ahora sobre lo indicado en el art. 2° del texto, que se refiere a los requisitos que la ley señala que una vez cumplidos serán suficientes para dispensar la punición penal al médico interviniente, debemos advertir que son seis requisitos que a la vez, son todas condiciones necesarias que tiene que cumplir el nombrado médico respecto al paciente en algunos casos, respecto a determinada rutina administrativa en otros y finalmente de información a ámbitos públicos, que a la vez hacen de segundo control.

A. Petición voluntaria y meditada

El primero de los incisos impone que el médico tenga la convicción de que la petición que realiza el paciente ha sido bien meditada y además de ello voluntaria. En rigor, la primera consideración que se puede hacer, y no sólo para el presente inciso sino para la totalidad de ellos, se vincula con la misma seriedad y entidad que la propia conciencia del enfermo pueda tener en dicha ocasión y en grado transitivo, la posibilidad de que la nombrada decisión pueda ser trasladada adecuadamente.

En primer lugar queremos advertir que no se debe ver en la mencionada afirmación ninguna vuelta desmesurada a actitudes de paternalismo médico, en donde el enfermo además de un determinado padecimiento

clínico tiene también una notoria incapacidad para pensar y por lo cual paternalistamente el médico piensa por él ⁶¹. Lejos de ello. Mas no parece fuera de ningún contexto de realidad señalar que quien se siente próximo a la muerte debe valorar y medir distinto el mismo momento que se encuentra viviendo que el que lo hace quien no se encuentra en dicha situación; basta pensar en cómo se relativiza la totalidad de lo sensible y mundano de lo terrenal frente a la inminencia de la muerte; por ello parece fuera de cualquier duda que alguna incidencia también habrá de tener al mero nivel psicológico para tomar una decisión de semejante trascendencia y de seguro entonces que algún grado de no-objetividad posee ⁶²: el estado de depresión del paciente es inocultable, de allí que su voluntad se encuentre claramente sesgada ⁶³.

Y tal como se advierte, sin ingresar a considerar el grado de elevada sugestión que por terceras personas -familiares o no- puedan haber llegado a influir en la misma toma de decisión por el enfermo, con lo cual se abre espacio al no menor campo de los abusos en dicho tema ⁶⁴.

Obviamente que con dichas consideraciones no ponemos en duda que el moribundo podrá tomar definiciones tan complejas y trascenden-

⁶¹ Se ha dicho que “*De ahí que en la relación clínica clásica el enfermo estuviera sometido a un fuerte proceso de infantilización (...) Por el propio hecho de la enfermedad pues, todo enfermo debía ser considerado un incompetente moral. No podía ni debía tomar decisiones. Y la única virtud moral exigible al paciente era la obediencia*” (D. GRACIA, “Bioética clínica” en *Estudios de bioética*, Bogotá, El Búho, 1998, t. II, pág. 72).

⁶² Ni siquiera podemos señalar que los llamados supuestos de la «muerte por otros» y que como tales, son aquellas situaciones en las cuales puede el otro experimentar dolorosamente la ausencia-muerte del amado; es sólo una aproximación siempre deficitaria de mi propia muerte, puesto que ésa como tal lo deja vivo. De allí que mucho cuesta en verdad comprender cuál es el grado de comprensión de la meditación que de la muerte hizo el moribundo, cuando quien la juzga se encuentra siempre necesariamente lejos. Se ha dicho que “*Esta experiencia de la vivencia de la muerte se basa en una verdad primaria: la muerte no es una ‘unidad existente’*”. Como lo dice M. ORAISON: “*Lo que hay, somos nosotros que morimos. Se trata exclusivamente de un hecho, y más precisamente de un hecho que nos ocurre a nosotros o como suele decirse: de un acontecimiento personal*” (L. THOMAS, *Antropología de la muerte*, México, F.C.E., 1993, pág. 271).

⁶³ “*Con particular atención y comprensión debe luego ser evaluado el pedido de eutanasia por parte de un enfermo terminal. Tal pedido casi nunca es expresión de una voluntad suicida libre conscientemente madura*” (L. CICCONE, *Eutanasia: ¿Problema católico o problema de todos?*, Buenos Aires, Ciudad Nueva, 1994, pág. 60).

⁶⁴ Confr. P. CONDEMARIN, “Eutanasia”, en *Anales de la Universidad de Chile* N° 6 1997, Santiago, pág. 32 y ss..

tes como la vinculada con la vida misma; como tampoco ignoramos, acerca de las nombradas declaraciones que en el lecho de muerte diferentes personalidades realizaron, con las cuales siguieron demostrando la existencia de una estructura de pensamiento preclara ⁶⁵.

Mas lo que ponemos seriamente en duda es que la captación o lectura que de tales cuestiones pueda hacer el médico sea realmente la ajustada a dicha verdad. No dudamos que los mismos mecanismos inconscientes que se pueden poner en marcha frente a tan desgraciado acontecimiento pueden movilizar actitudes equívocas, como así también de indisimulable falta de claridad conceptual objetivamente considerada; que como tal no permitirán saber -casi nos atrevemos a señalar en ningún supuesto- si la evaluación realizada por el paciente ha sido bien o mal meditada.

En rigor no se nos escapa que en la proyección el mencionado extremo quedará reducido a una mera constatación empírica de que al paciente no se lo advierta *in situ* claramente coaccionado; mas no quiere ello decir que efectivamente no lo haya sido en algunos momentos anteriores por algún miembro de su misma familia. Como a la vez, cumpliendo el médico con el llenado de un detallado formulario pre-impreso donde se hayan depurado fórmulas de rigor a tal respecto, con lo cual tampoco reflejará dicha realización que efectivamente la nombrada conclusión del enfermo, y que el médico en la circunstancia constata, haya sido realmente bien considerada y ponderadamente meditada.

Adviértase incluso que el nombrado médico que cumplimenta con tales actividades es quien ha llevado adelante la atención anterior de dicho paciente y por lo tanto, es muy posible que su misma especialidad puede estar muy alejada de aquellas otras que le permitan reconocer con mayor cuota de éxito el funcionamiento mismo de los llamados mecanismos de defensa, o de falsas estrategias mentales que el propio enfermo puede generar consciente o inconscientemente para producir el mismo

⁶⁵ Se anota seguramente en la investigación más completa sobre la muerte que: *“Sintiendo el moribundo su fin cercano, tomaba sus disposiciones (...). Así dispuesto, el moribundo puede cumplir los últimos actos del ceremonial. Comienza por un recuerdo triste y discreto de las cosas y los seres que ha amado, por un resumen de su vida, reducida a las imágenes esenciales...”* (P. ARIÈS, *El hombre ante la muerte*, Madrid, Taurus, 1999, pág. 20).

acto de información acerca de la adecuada ponderación de la decisión que ha sido obtenida. Las nombradas observaciones -a esto corresponde señalarlo de todas maneras-, igualmente quedarán subsistentes aun cuando se utilicen por carácter supletorio los llamados «test de medición de capacidad» y que fueron produciéndose como mejoradores al formulado por los Dres. Roth, Meisel y Lidz en 1977 ⁶⁶.

Definitivamente, el convencimiento que el médico tenga será siempre relativo, y como tal aparece de suma gravedad, puesto que no se puede perder de vista ni siquiera por un instante que ello le otorga las facultades para la realización del acto transitivo de dar muerte a su paciente. A ello no se le puede dejar de anexar que en términos de inversión de tiempos profesionales, de asignación de recursos económicos en salud ⁶⁷, como así también de gestión de desgaste profesional, resultará desde ya siempre más expedito y menos complicado, siempre que en términos generales la cuestión no parezca desmedida y por ello pasible de traer algún tipo de complicación, evaluar afirmativamente la decisión del moribundo.

B. Dolor insoportable sin mejora ulterior

1. El inciso siguiente -b- también padece de los mismos vicios que el anterior respecto a lo que se vincula con el convencimiento, pues nos enfrenta a otros dos temas de no menor importancia, como es que el padecimiento del enfermo resulte insoportable por una parte, y que no exista esperanza de mejora por la otra.

En lo que concierne al primero de los aspectos, sin duda es de mayor gravedad que el restante, pues no podemos ocultar nuestra severa preocupa-

⁶⁶ L. ROTH; A. MEISEL; C. LIDZ, “*Test of Competency to Consent to Treatment*” in *American Journal of Psychiatry*, 1977, 134 (3), págs. 279/284, citado por P. LORDA, “La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas” en *Estudios de bioética*, Madrid, Dykinson, 1997, pág. 123 y ss..

⁶⁷ Se puede afirmar que en los países desarrollados las estadísticas indican que casi el 70% de las muertes se producen en los hospitales, como así también que el 80% del gasto sanitario se invierte en los tres últimos años de vida de las personas. De allí, sin duda alguna, que la eutanasia puede presentar una forma eficiente para ahorrar presupuestos en salud.

ción para lograr racionalizar dicha aseveración y luego de ello, poder colocarla dentro de algún parámetro que pueda ser cuantificado objetivamente.

La ley requiere que el padecimiento sea «insoportable», mas la primera cuestión es saber si se refiere a los padecimientos físicos, espirituales o también morales. En verdad que una hermenéutica adecuada de la ley permitiría afirmar que no habiéndose efectuado el mencionado distingo⁶⁸ ella alcanza a cualquiera de los mencionados aspectos y si bien puede parecer más grave y severo que una persona se encuentre afectada de un cáncer pulmonar a que le hayan amputado ambas piernas, se nos ocurre pensar que si se trata de un bailarín, seguramente que ello importará para el nombrado artista un padecimiento espiritual tan severo, que es muy probable -siguiendo la lógica de la ley holandesa- que no resulte posible evitar estar convencido el médico del padecimiento de tal naturaleza insoportable que dicho artista padece y en función de ello, colaborar en el mencionado acto eutanásico. Sin embargo, a poco de transitar, no se pueden ocultar el conjunto de despropósitos que ello puede significar.

Tronchar una vida siempre es grave y lastimoso, mas poder colaborar legalmente para ello, no otorgándole en el caso al artista, la posibilidad de que descubra que además de sus piernas tiene el resto de su corporeidad con suficiencia para continuar disfrutando de la vida, y si bien no se puede dudar de que ello habrá de importar algún tiempo en ser percibido resulta también inexorablemente que acontecerá, pues así lo demuestran los miles de casos de personas que han visto por una u otra razón frustradas las expectativas de ámbitos de vida por determinadas pérdidas disfuncionales.

Sin embargo, la ley holandesa le arrebató de alguna manera a ese individuo del tiempo para la nombrada reflexión, ofreciéndole a cambio la posibilidad de tomar un camino relativamente inmediato y que como tal, aunque sea ponderado y meditado, lo será siempre en una temporalidad tan breve que como tal desvirtúa la misma severidad de la meditación.

Otro de los aspectos que resulta altamente cuestionable en el tópico es lo vinculado con que el padecimiento debe ser «insoportable»; y que resulta estar indicado en el inc. b del nombrado artículo. En tal orden

⁶⁸ Resulta una regla de hermenéutica primaria aquella que sostiene que *interpretatio cessat in claris*.

debemos señalar que si bien es cierto que existe un conjunto de parámetros que permiten efectuar una especie de tabulación respecto a los diversos «grados de dolor», no menos cierto es que dichas taxonomías han sido realizadas principalmente sobre la base de elementos objetivos externos, tales como: movilidad, comunicabilidad y otros que son reflejos clínicos. Pero en rigor de verdad, en ninguno de los casos puede existir una posibilidad de alguna manera uniforme de cuantificar el dolor y mucho menos de poder transmitirlo.

En dicho orden resulta valioso tener presente que en términos generales se ha afirmado que el dolor es una experiencia somatopsíquica en la que el componente físico sólo juega un papel del 35% de la experiencia dolorosa ⁶⁹; de manera tal que los elementos psicológicos, espirituales y sociales conforman la expresión o acción evocada individual de la sensación psíquica-dolorosa; de ella se ha dicho que “*viene matizada en cada enfermo según su nivel cultural, sus creencias religiosas y su grado de conocimiento de la enfermedad*” ⁷⁰.

De allí que tales aspectos son claramente demostrativos de que la nombrada objetividad del dolor que se pretende lograr, a través de la caracterización de que el nombrado es «insoportable», en modo alguno existe. En rigor y atendiendo a la obvia incidencia de los aspectos psicoemocionales en su configuración, es el dolor siempre individual y propio a cada uno de los enfermos, es a ellos y no a los demás a quien duele; y con independencia de que pueda el médico tabularlo con alguna suerte de barómetro del dolor, lo cierto es que aquél nunca podrá atender

⁶⁹ Seguramente que mucho tiempo atrás los médicos helénicos ya lo habían advertido, y por ello insistían de no menor manera que junto al deterioro que en el enfermo el dolor causa correspondía la asistencia por la palabra, puesto que ella se convertía en auténtica psicoterapia verbal. En tal orden recuerda Pedro LAÍN ENTRALGO que “*La salud anímica de un hombre, condición de su salud somática y necesario presupuesto para la recta administración de cualquier medicamento, consiste, pues, en el buen orden de las dos partes principales de su alma: aquella en que predomina lo racional o lógico, modificable por la acción de la dialéctica, y aquella otra en que prepondera lo irracional o creencial, susceptible de educación por el encanto persuasivo de la epodè, el bello discurso o el mito*” (*La curación por la palabra en la antigüedad clásica*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, pág. 174).

⁷⁰ A. BENLLOCH POVEDA, “Aspectos pastorales en los trabajos del CEDV” en el trabajo *En la vida y en la muerte somos del Señor*, Valencia, Edicep, 1993, pág. 180.

las variables no fisiológicas y por lo tanto tampoco conseguir establecer alguna pauta objetiva de cuál dolor es insoportable y cuál es soportable.

En definitiva, bastará con que se denuncie padecer el dolor insoportable para que se habilite la condición necesaria para poder reclamar el acto eutanásico.

En tal aspecto habría que señalar que viola una de las características generales que hace a la misma esencia de la norma general, que es la ley, como es que sea general ⁷¹. El supuesto de hecho en el caso que ahora nos ocupa, en modo alguno puede ser comprendido como general, puesto que no se ajusta a una conducta regular y típica de «dolor insoportable», sino que remite a una condición subjetiva pura y por lo tanto, claramente discriminatoria en una medida y arbitraria en la restante.

El supuesto de hecho en la ley holandesa es, entonces, particular y no general, porque está fuera de duda que existen individuos que están dispuestos a sacrificios y dolores que otros en modo alguno podrían sobrellevar, y ello de manera alguna resulta posible de ser cuantificado externamente; cada uno conoce aquello que le duele y cuánto es que le duele; reiteramos que “*el dolor es el resultado individual y específico de la interrelación entre los siguientes componentes: a) Sensación física transmitida por un sistema nociceptivo, b) estado psicoemocional del paciente y c) creencias, influencias y fantasías que actúen sobre el enfermo*” ⁷². Aparece como un severo despropósito el intentar cuantificar el dolor individual ⁷³, como igualmente sería en vano tratar de medir la alegría espiritual que los individuos poseen; y ello se ve multiplicado en la complejidad de la construcción normativa, cuando además es una tercera persona la que tiene que evaluar el grado de insoportabilidad que tiene el dolor.

⁷¹ Confr. C. DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.

⁷² A. BENLLOCH POVEDA, “Aspectos pastorales en los trabajos del CEDV” en el trabajo *En la vida y en la muerte somos del Señor*, Valencia, Edicep, 1993, pág. 180.

⁷³ Bien se ha puntualizado en dicho orden que: “*La persona es única en el mundo en todas las dimensiones de su ser. Por lo tanto, el deterioro de su equilibrio orgánico, psíquico o social, que produce el sufrimiento, adoptará coloraciones singulares; hasta tal punto que quedará siempre en cada sufrimiento algo incomprensible e inefable*” (X. THÉVENOT, *La bioética*, Bilbao, Mensajero, 1990, pág. 126).

Además de esta deficiencia que se podría considerar claramente sustancial y ordenada respecto a la cuantificación objetiva del padecimiento y sólo admitiendo que por ello comprendemos dolor físico, puesto que como tendremos oportunidad de señalar, resulta obvio que existen otros tipos de padecimientos no físicos y que por lo tanto, denunciados que sean ellos como insoportables porque igualmente resultan de absoluta desmarcación por parámetros externos y objetivos, es que el acto eutanásico quedará formalmente habilitado.

Mas volviendo a la hipótesis de que el padecimiento sea el dolor físico, en rigor no se puede desconocer que la voluntad misma del enfermo cumple en la emergencia un papel decisor, pues sólo él conoce la cuantificación de su dolor y por ello el carácter de insoportable del mismo; pero a la vez no se puede ocultar que la mencionada voluntad subjetiva individual se encuentra claramente alterada. Alterada a grado tal que el mismo dolor, según los datos de los cuales disponemos, queda conformado en gran medida por sus propias competencias psicológicas: de esta manera aparece gravitante una suerte de razonamiento circular que como tal sostiene la misma estructura nuclear de la ley, lo cual en rigor de verdad no hace otra cosa que poner en grado de evidencia un severo despropósito dentro de ella.

Se ha dicho y creemos que con la más absoluta evidencia científica, que generalmente el paciente que solicita su propia muerte se encuentra, en muchas ocasiones, en un estado de depresión tan notoria que hace difícil que se pueda considerar dicha decisión como verdaderamente libre. No se podría dejar de advertir en dicho orden de cuestiones que, tal como los estudios de la doctora Elizabeth Kübler Ross sugieren, el moribundo sigue su propio proceso psicológico ante la enfermedad, que se va mostrando a lo largo del periplo en diversas fases, iniciándose con una que es la negación, ira, regateo y depresión, seguida de una segunda fase de aceptación ⁷⁴; con lo cual bien puede acontecer que el reclamo de la eutanasia por parte

⁷⁴ La nombrada clasificación se enumera en la siguientes fases: negación, ira, pacto, depresión y aceptación. Con posterioridad se formularon algunas otras más completas, por caso Sporken, quien dice: 1. Fase de ignorancia: conspiración del silencio; 2. Fase de inseguridad: esperanza y expectativa; 3. Fase de negación implícita: se hacen planes ambiciosos de futuro; 4. Fase de comunicación de la verdad: es conveniente comunicarlo en estadios tardíos; 5. Fase de negación, depresión y aceptación.

del enfermo sea coincidente con dicha fase de severa angustia y que tal como en términos generales la misma ciencia médica tiene acreditado, resulta un primer estadio en el difícil proceso del paciente en estado terminal ⁷⁵ y que también en muchos casos, resulta ser etapa también superada ulteriormente. Con la gravedad, obviamente, de que aquí dicho tránsito se ha impedido de cumplir, por la muerte anterior del sujeto.

De tal forma que colaborar con el reclamo de eutanasia que efectúe el paciente significa en gran medida interferir el ciclo psicológico que los pacientes llevan en el mismo curso del trabajo de la muerte, en la expresión de Kübler Ross. Sin duda que aquellos que completan con éxito esta transición psicológica, de la negación a la aceptación, mueren con un espíritu esperanzado, porque dicho recurso jamás dejó de estar ausente ⁷⁶. La eutanasia no sólo es intrínsecamente maléfica, sino que operativamente impide conseguir en el enfermo este objetivo igualmente primario, como es ganar una reflexión esperanzadora acerca de la experiencia de la muerte, la que queda arrebatada de modo imperdonable por la misma ciencia médica, que colabora acelerando los tiempos históricos, privando al paciente del espacio psicológico de la nombrada experiencia ⁷⁷.

⁷⁵ La noción de estado terminal define una situación de muerte inminente inevitable, en la que las medidas de soporte vital sólo pueden conseguir un breve aplazamiento del momento de la muerte. Se afirma también que para poder hablar con propiedad de estado terminal ha de tratarse de una enfermedad incurable con pronóstico infausto a corto plazo. No puede considerarse paciente en estado terminal al que, con una enfermedad incurable y de pronóstico fatal, tiene una esperanza de vida razonable superior a seis meses.

⁷⁶ *“El recurso a la esperanza no tiene posibilidades de dar sus frutos sino cuando quien lo promueve asume este doble movimiento: mirar de frente al mal en lo que tiene de más desalentador y angustiioso, pero descubriendo en medio de esta angustia un futuro posible, por tenue que sea”* (X. THÉVENOT, *La bioética*, Bilbao, Mensajero, 1990, pág. 132).

⁷⁷ Señala Thomas, al menos desde la autoridad de la estadística en la cual afirma cada tesis, que en los casos en que el moribundo ha logrado la aceptación de la realidad que se le avecina, y acoge con serenidad la muerte, se advierten incluso «mejorías espectaculares» -aunque en rigor clínico no sean tales- y que se exteriorizan por un desencadenamiento de la libido que se muestra por medio de dos movimientos que pueden estar relacionados y que se pueden señalar como: una apetencia relacional y una expansión libidinal que introduce al paciente por última vez en el ámbito de la acción. Pues como se advierte, cualquiera de las dos manifestaciones no son menores para quien está por morir, ni tampoco para quienes están sufriendo la muerte del moribundo (Confr. L. THOMAS, *La muerte - Una lectura cultural*, Barcelona, Paidós, 1991, pág. 71).

En esta línea, el Dr. Robert Twycross, profesor de medicina paliativa en la Clínica MacMillan de la Universidad de Oxford, concluye: “*He trabajado durante veinte años en la medicina paliativa. Cuando se tienen en cuenta todos los factores -físicos, psíquicos, sociales y espirituales-, la eutanasia no es la respuesta*”⁷⁸.

Cabe agregar además que hoy por hoy la medicina paliativa se ve acompañada en algunos países bajo un modelo de «unidades hospices» o simplemente «albergues», que rigurosamente se han convertido en un verdadero símbolo de la mejor medicina que se puede ofrecer para este tipo de pacientes⁷⁹.

Lo cierto y definitivo en relación con el dolor físico, es que se puede afirmar sin riesgo a cometer falacia alguna, que por este tiempo existen medicamentos que hacen a la posibilidad real de poder controlarlo de manera eficaz en el 99% de los casos, tal como indica la misma Asociación Médica Británica; además de ello no se puede ocultar que integra parte de uno de los deberes positivos requeridos a la comunidad médica en general, en razón del llamado «derecho a la dignidad» que los médicos han declarado reconocer y que se enuncia así: “El paciente tiene derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales”⁸⁰.

En este mismo orden y con no menor trascendencia, si bien no desde la medicina, pero sí desde el punto de vista claramente confesional, en el Catecismo de la Iglesia Católica se ha sostenido: “Aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad

⁷⁸ Vide J. FERNÁNDEZ CREHUET, “Eutanasia, atención a pacientes terminales y profesionales de la salud. Intervención en la Comisión del Senado de España sobre eutanasia (1999)” en *Cuadernos de Bioética* N° 44 (2001), pág. 55/62.

⁷⁹ El movimiento de los ‘hospices’ se inició en Gran Bretaña en 1948 bajo los aportes de la Dra. Cicely Saunders en St. Thoms Hospital, habiéndose ya consolidado como estructura compleja a partir de la década del setenta.

⁸⁰ Confr. Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos de los Pacientes, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial (1981), enmendada por la 47ª Asamblea General, Bali, Indonesia, 1995.

humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable. Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben ser alentados”⁸¹.

Resulta valioso puntualizar atento a lo indicado y para evitar caer en un exceso de la farmacología, que se deben cumplir ciertas condiciones para que dichos cuidados no puedan encubrir en definitiva intenciones claramente eutanásicas, por caso: 1) Que no haya otra alternativa mejor que ellos, 2) No se pueden utilizar otras terapéuticas o, utilizadas, devienen fútiles; 3) Se advierte la existencia evidente de dolor físico en el paciente, 4) El enfermo cumplió o puede razonablemente hacerlo después, con sus deberes religiosos, personales, familiares y civiles respectivos. No debe existir entonces sobredosis alguna de analgésicos; el propósito debe ser aliviar el dolor al paciente y no eliminar al doliente⁸².

De todas maneras no se puede dejar de señalar, por ser también un dato de la realidad, que personas vinculadas con el movimiento de los «*hospices*» han señalado que aun pacientes claramente atendidos a la luz de la medicina paliativa han expresado su deseo de morir de manera clara y meditada⁸³, lo cual en rigor de verdad no debe sorprender ni tampoco alarmar en tal ámbito en el que merodea siempre la muerte⁸⁴; más aún, el Dr. Julius Hackethal, reconocido oncólogo y director de una clínica quirúrgica para enfermos oncológicos en Ale-

⁸¹ Conferencia Episcopal Argentina, *Catecismo de la Iglesia Católica*, N° 2279.

⁸² Vide Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de la Salud, *Carta de los agentes de la salud*, N° 123, donde se apunta: “*Cuando ‘motivos proporcionados’ lo exijan, ‘está permitido utilizar con moderación narcóticos que calmarían el dolor; pero también conducirían a una muerte más rápida’. En tal caso ‘la muerte no es querida o buscada en ningún modo, aunque se corre este riesgo por una causa justificable: simplemente se tiene la intención de limitar el dolor de manera eficaz, usando para tal fin aquellos analgésicos de los cuales dispone la medicina’*”.

⁸³ Confr. H. KÜNG y W. JENS, *Morir con dignidad - Un alegato a favor de la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 93.

⁸⁴ Quizás con alguna dureza se los ha nombrado también como «moritorios»; criticándoseles a ellos, que a pesar de sus buenas intenciones, aíslan, alejan y excluyen a la muerte del mundo de los vivos (J. BAUDOIN y D. BLONDEAU, *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Barcelona, Herder, 1995, pág. 114).

mania, y que ha hecho de los cuidados paliativos una eficaz arma de tratamiento a sus pacientes, admite haber recibido con alguna frecuencia por parte de ellos el pedido de ayuda para el suicidio, y dice también haber accedido a tal petición ⁸⁵.

A ello se le puede agregar una no menor consideración que fuera brindada por Sherwin Nuland, que desde una experiencia poco igualable, ha sostenido de manera concluyente que *“En líneas generales, la muerte es trabajosa (...); aunque unos miles mueran de repente cada año tras un instante corto de malestar (...), sigue siendo verdad que tan sólo uno de cada cinco seres humanos muere en tan felices circunstancias. Incluso aquellos que se nos van rodeados de una paz ejemplar dejan a menudo a sus espaldas días y semanas de sufrimientos físicos y psíquicos”* ⁸⁶.

De cualquier manera ello no obstaculiza las conclusiones anteriores, sin perjuicio de reconocer que no deja de tener la mencionada consideración una fuerte incidencia en la toma de decisión para la elaboración misma de la norma. Se podría llegar a considerar incluso, que la ley holandesa que nos ocupa es un raro caso, que ha sido resultado, en términos relativos, claro está, de una utilización no aleatoria del mismo argumento *ad misericordiam* y que como es rigurosamente sabido es falaz, al menos en el campo que ahora nos ocupa ⁸⁷.

⁸⁵ Confr. A. KRAUS y A. ALVAREZ, *La eutanasia*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1998, pág. 45.

⁸⁶ S. NULANDA, *Cómo morimos: Reflexiones sobre el último capítulo de la vida*, Madrid, Alianza, 1995, pág. 141.

⁸⁷ La falacia *ad misericordiam* “consiste en apelar a la piedad para lograr el asentimiento cuando se carece de argumentos. Trata de forzar al adversario jugando con su compasión (o la del público), no para completar las razones de una opinión, sino para sustituirlas” (R. GARCÍA DAMBORENEA, *Uso de razón - Diccionario de falacia*, Madrid, Nueva, 2000, pág. 271). En el supuesto que nos ocupa, en donde la cuestión no es meramente una posición o tesis argumentativa que se intenta defender, sino una ley que se pretende -y de hecho se logró- promulgar, vuelven a brillar con color especial las consideraciones de quien fuera uno de los más ilustres sofistas de todos los tiempos, GORGIAS, quien dijera: *“Las palabras que mueven a la piedad, las súplicas y ruegos a los amigos son eficaces cuando el juicio depende de la multitud”* (*Defensa de Palamedes*, compilación Llanos, A., *Los presocráticos y sus fragmentos*, Buenos Aires, Juárez, 1968, pág. 270).

Por ello, admitir que hay dolores incontrolables o insoportables no tiene una justificación clínica rigurosa, por lo cual, bajo ningún aspecto pueden ser ellos el mismo supuesto de hecho de la norma jurídica. Por el contrario, creemos que el nombrado hecho genera un espacio para una especulación en modo alguna menor, como es la de abrir espacio para otras razones, tal como se ha deslizado ya que son en verdad las que hacen a la misma realidad del instituto que la ley como tal regla; y que no sólo hacen a la misma legalización de la eutanasia, sino que promueven su ejercicio ⁸⁸. Pues no sólo entonces vemos que la ley tolera la realización de la nombrada actividad, sino que decididamente promueve su ejecución, todo ello en atención de la misma laxitud de los requisitos que como tal la autorizan.

No podemos dejar de ocultar la no menor preocupación que nos embarga cuando asistimos a normativas como la que en la ocasión analizamos. Pues un breve *racconto* histórico demuestra que no sólo ella era previsible sino que ahora también son previsibles las nuevas consecuencias sociales que de ella se habrán de generar. Se ha puesto en marcha, sin duda, el argumento de la pendiente resbaladiza y que a poco de andar se advierte cumplido que otrora los promotores de la eutanasia y del suicidio asistido comenzaron por retirar la alimentación e hidratación a los enfermos comatosos, luego alentaron el suministro de una inyección letal con el consentimiento de sus familiares; ahora, matando a propia petición a los moribundos que así lo solicitan, seguramente luego darán muerte a quienes no lo soliciten pero sean terminales y quizás algún día decidirán simplemente qué enfermos deben vivir y cuáles morir ⁸⁹.

⁸⁸ En una apretada síntesis se puede señalar que aquellas «otras razones» de alguna manera se encuentran claramente sugeridas tras las siguientes categorías: ocultación de la muerte, cultura del bienestar y ética utilitarista. En este orden el discurso de Juan Pablo II a los participantes en la V Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida: “La dignidad del moribundo”, del 27/2/99 resulta claramente elocuente, aun en su brevedad. En este mismo sentido, resulta valiosa la *Carta de los agentes de la salud*, del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de Salud, 1994, párrafo 147.

⁸⁹ Formulamos un juicio tan severo sobre la base no sólo de lecturas que así lo orientan, sino por la gravedad que trasciende de una editorial del diario *The Wall Street Journal* (30/9/99), en donde comentando el modelo holandés se refiere: “Karel Gunning, médico y conocido opositor a la eutanasia en el país, teme que estas medidas pequen de

Reiteramos que nos parece sumamente equívoca la noción que se ha utilizado en el texto, y en función de ello es que ya no podríamos sostener todo el crédito lingüístico que hemos dado a la ley más arriba. Somos de la opinión de que hablar del «padecimiento insoportable» es haber elegido precisa y deliberadamente una noción de por sí de una textura abierta y que como tal difícilmente pueda encontrar cortapisas y que entonces, torna la soportabilidad -o su ausencia- en una cuestión protoplasmática que permite anidar bajo su matriz cualquier otra intencionalidad.

En cuanto al segundo punto, respecto a que no deben existir esperanzas acerca de la mejora del enfermo, nos coloca frente a otro tipo de dificultad. No se trata de una afirmación que resulte de imposible control como la anterior, sino que se encuentra en los umbrales de ser falaz.

Todos los médicos han tenido experiencias personales, o conocen de otros que las han tenido, sobre situaciones médicamente terminales y en las cuales sin embargo, factores que resultan propiamente extraños y poco explicables desde dicha perspectiva, han gravitado de tal manera que han modificado una diagnosis precisa⁹⁰; desde este punto de vista con la misma tenacidad con que se puede sostener la debilidad de la misma pena de muerte al conocer la falibilidad que los jueces han podido tener ya sea en la meritución de la prueba o en el conocimiento de los hechos históricos que fueran juzgados, aquí acontece lo análogo. La existencia misma de un solo caso que como tal

exceso de confianza en los médicos. Es bastante posible, afirma, que los médicos mientan al afirmar que el paciente solicitó la eutanasia. Para quien piense que tales temores son desproporcionados, conviene reparar en que el *Journal of the American Medical Association* detectó, al hacer una encuesta entre médicos holandeses, que en un gran número de las eutanasias practicadas en Holanda entre 1990 y 1995 no hubo petición alguna por parte del paciente”.

⁹⁰ Desde una perspectiva católica en verdad resulta fácilmente comprensible el tema, toda vez que corresponde que sea ubicado en un contexto de esperanza, tal como se ha definido: “*La esperanza cristiana lleva en sí la base para nuevo despliegue, como ella es por su parte despliegue de la fe. Entre los frutos de la esperanza pueden mentarse la oración, la paciencia y la caridad*”. “*El que reconoce por la fe que está destinado por Dios a un fin sobrenatural, que no puede alcanzar por sus propias fuerzas, sino sólo con ayuda de la gracia de Dios, y el que, desplegando su fe, dirige sus aspiraciones a este fin, es decir, toda la actitud de la esperanza, se ve por el mero hecho impulsado a pedir la ayuda de la gracia*” (K. HÖRMANN, *Diccionario de moral cristiana*, Barcelona, Herder, 1985, pág. 242, 2ª col.).

haya demostrado que la misma existencia de la enfermedad terminal no implica rigurosamente siempre el término de la vida del paciente, pone en severa tela de juicio la existencia clara, definitiva y permanente de la ausencia de esperanza en la mejora.

Además, nos cuesta en verdad admitir que en el futuro muchas de las enfermedades y padecimientos hoy existentes no habrán ya dejado de serlo, con lo cual técnicamente nos parece que sería menester haber indicado en la ley que tal situación de desesperanza en la mejora debe ser juzgada en aquella época y en ninguna otra; lo contrario y tal como queda redactada la norma en la actualidad, permitiría afirmar mañana que se propició y colaboró con la muerte de individuos que por dicha fecha tienen clara capacidad de curación ⁹¹.

En este sentido la ley es un reconocimiento mediático de la incapacidad de la medicina contemporánea para resolver ciertas enfermedades, lo cual en verdad no estaría intrínsecamente mal que ocurra, mas si lo está, ¿por qué en vez de acusar su intrínseca deficiencia porque ontológicamente ello debe ser de esa manera, prefiere trasladar el mismo costo de su déficit al sujeto pasivo de la nombrada ciencia como es el paciente mismo?

No dudamos de que ese aspecto será uno de los puntos que con mayor firmeza la comunidad médica internacional habrá de cuestionar de la nombrada ley.

Desde otra perspectiva también se puede advertir que el hecho mismo de que no exista esperanza de mejora en el enfermo, en sí mismo no quiere decir tampoco y acorde a lo que resulta del exclusivo texto de la ley, que esa enfermedad de la que no se vaya a mejorar o curar el paciente sea de la cual también advenga la muerte. Existe una gran cantidad de individuos

⁹¹ De cualquier manera no se puede dejar de apuntar que en un caso o en otro, los nombrados profesionales, desde el punto de vista moral, han colaborado formalmente al cumplimiento de dicho acto que el paciente decidió autónomamente realizar. Podemos afirmar que la cooperación (profesional) formal que aquí los médicos cumplen lo es porque ellos así quieren, con libre iniciativa, y por lo tanto implicando con su conducta aprobación de la misma acción ajena. Huelga destacar que la cooperación formal al mal nunca es moralmente lícita, mientras que aquella otra material podrá serlo (Confr. A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 1991, pág. 303 y ss.).

que viven desde el inicio mismo de su vida enfermos; con una enfermedad que conocen *prima facie* al menos que tampoco va a ser curada y sin embargo ello no autoriza, o al menos el sentido común así lo sugiere, a que puedan solicitar la colaboración o asistencia al suicidio de un médico.

En el orden de lo que acabamos de señalar, debemos meditar, destacando que no nos resulta cómodo ser torpes en la consideración, pero a veces los casos particulares sin duda pueden superar cualquier previsión de la ley; y coincidimos -otorgando el crédito a la ley- que ella no ha querido pensar en la hipótesis de un enfermo con diabetes y que la nombrada dolencia genera en el enfermo un padecimiento inicialmente moral, como además de físico, de características de ser el mismo insoportable y por lo cual llevar adelante el reclamo que la ley holandesa autoriza, como es, la colaboración o asistencia al suicidio; lo cual tornaría evidente los designios aberrantes que la ley como hipótesis podría generar, con lo cual sería el primado de las razones no expresas hoy las que justifican la misma declaración legislativa.

La consideración que estamos realizando en la ocasión, de modo alguno debe ser comprendida como una bajeza por nuestra parte y que pueda ser rotulada como una deslealtad en la cooperación que al discurso normativo corresponde atender ⁹², sino que resulta claramente adecuada y contextualizada a la ley que comentamos.

Pues es de dicha manera porque tal como se advierte, en oportunidad alguna la ley dice que el sujeto que solicita la eutanasia debe ser un enfermo que como tal puede ser considerado afectado de una enfermedad terminal ⁹³, acorde con los parámetros universal y médicamente co-

⁹² Confr. T. MIRANDA ALONSO, *El juego de la argumentación*, Madrid, De la Torre, 1995, pág. 118 y ss.. En el caso concreto, nos referimos a la regla de cooperación de Walton que aparece adaptada por nosotros al ámbito de la hermenéutica legislativa y no puramente del diálogo argumentativo.

⁹³ La enfermedad es la terminal y el paciente en todo caso, es irrecuperable. Ha dicho -descriptivamente- Zulaica Aristi que "... *la situación de enfermedad terminal se puede definir como: 1) Presencia de enfermedad avanzada e incurable por los medios técnicos existentes, 2) Imposibilidad de respuesta a tratamientos específicos, 3) Presencia de síntomas múltiples, multifactoriales y cambiantes que condicionan la inestabilidad evolutiva del paciente, 4) Impacto emocional (debido a la presencia de la muerte) en el paciente, familia y equipo terapéutico, 5) Pronóstico de la vida breve (inferior a seis*

nocidos para ello. En modo alguno; puede ser perfectamente un sujeto a quien se le amputa sólo un brazo, pierde un ojo o alguna cuestión semejante, que está fuera de toda duda que es ello siempre grave y triste, pero que *prima facie* y razonablemente considerado parecen tales déficits realmente poco relevantes, para un acto tan comprometido como es el de estar legalmente autorizado a matar a otro cuando ese otro así lo requiere.

C. Información al paciente de la situación

La totalidad de los incisos que restan del mencionado art. 2º, son de carácter objetivo y también de cumplimiento por el médico. Pues en los anteriores, por el contrario -incs. a y b-, el médico había reconocido subjetivamente el cumplimiento de ciertos estados de ánimo en el enfermo, como así también el mismo convencimiento de la solicitud de la eutanasia que le era requerida por el nombrado paciente; ahora se trata de que el facultativo haya cumplimentado en el inc. c -al menos- dos condiciones objetivas; y que como tal, seguramente tienden a asegurar no sólo la misma verosimilitud de la información que ha sido brindada al paciente acerca de su estado sanitario, sino también el resguardo de tener debidamente documentado el llamado consentimiento por el médico; como así también haber destacado cuáles son las perspectivas futuras de la enfermedad.

Se trata, tal como se reconoce, de una suerte de consentimiento informado que el médico obtendrá del paciente que está requiriendo el acto eutanásico; sin embargo, no se puede dejar de apuntar una no menor cuestión que en el caso ocurre. Pues como es conocido, el nombrado consentimiento informado presupone al menos una parte que brinda información y otra que la comprende y en consecuencia a ella asiente o no, acerca de lo que le es requerido ⁹⁴. En el caso que nos ocupa, el

meses)” (cit. por L. BLANCO, *Muerte digna - Consideraciones bioético-jurídicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pág. 69).

⁹⁴ Brevemente podemos apuntar, atento a la excelente bibliografía existente en la materia, que por defecto el médico está obligado a informar al paciente de todo aquello que pueda serle relevante en su proceso de toma de decisión. Informar y entender lo informado

nombrado consentimiento-información que es solicitado que el médico objetivamente cumplimente, desde la tradición de bioética resulta claramente insuficiente.

Al médico, objetivamente, la ley no le impone que encuentre una recepción de la información que ha sido brindada, esto es, no debe generarle preocupación que el paciente no comprenda definitivamente lo que el médico indica que padece; como al médico tampoco le generará dificultad alguna, ni de conciencia ni de cualquier otro orden, que el paciente haya comprendido o no su información; pues le resultará suficiente con advertir que lo nota «convencido» de la petición que está reclamando; aunque definitivamente pueda tener algún desconocimiento mayor o menor de lo que el mismo médico se encargó de explicar.

Se podrá considerar desmedida nuestra apreciación en el punto, se podrá contra-argumentar que si existe el convencimiento también se reúne el conocimiento; cuando en definitiva no es de esa manera. Primero, porque la nota de convencimiento que tiene el paciente para reclamar la eutanasia la juzga el médico y, como hemos dicho, puede tener un grado de contenido no somático de elevada preponderancia; además de ello, estar sin más convencido de algo no significa conocer algo. Cuando la materia acerca de lo que se desconoce es de la realidad de una enfermedad y de lo que se dispone es de la propia vida, bien se puede decir que dicha ignorancia es letal.

Consideramos entonces que una omisión de tal envergadura dentro de la ley no resulta de modo alguno fruto de una actitud involuntaria; quizás pueda para ello existir una explicación más severa que la que intentaremos nosotros brindar y que pasa por sostener que el argumento racional que en verdad a veces se le suele atribuir a toda solicitud de eutanasia, es prácticamente inexistente. Pues consideramos que ella se asienta en definitiva en la deficiencia psicológica que un individuo tiene cuando se encuentra frente al proceso de muerte; que como tal, lo puede

aparecen como notas inmediatamente vinculadas; no existe consentimiento informado sin comprensión y no existe asentimiento de lo informado y comprendido, sin un consentimiento que aparezca expreso o por actos inequívocos. Seguramente que una de las mejores obras en español que por este tiempo existen sobre el tema es P. SIMÓN, *El consentimiento informado*, Madrid, Triacastela, 2000.

vivenciar mejor desde su misma dimensión afectiva antes que desde la racional, puesto que ella -la faz racional- en términos generales habrá de dimensionar en el análisis otras cuestiones que tales como el dolor o el mero miedo a éste, obstaculizan.

Por ello consideramos que la ley busca, no que el enfermo conozca lo que tiene, sino que muestre un convencimiento de la solicitud, nada más que ello. Ahora bien, deviene adecuado, sin saber también en los términos de consentimiento informado, que ha comprendido racionalmente el problema.

Finalmente, podemos señalar que resulta obvio del mencionado ítem, que no se le requiere al médico otra cosa que no sea la de poner de manifiesto cuál es la «razón médica» que como tal importará la misma definición del caso; y tal como de ella resulta volvemos a hacer notar que de manera alguna se requiere que la mencionada enfermedad deba tener alguna gravedad. Bien pueden existir situaciones, tal como lo hemos apuntado ya, en que existen sin lugar a dudas estados de compromiso sanitario que resultan claramente irreversibles y por lo tanto, sin posibilidad alguna de mejora en el futuro, y que como tal, habrán de generar padecimientos no menores en lo que respecta al ámbito de lo moral o incluso espiritual; que como lo hemos sostenido resulta de discutible entidad y de profunda peligrosidad el atenderlo.

D. Inexistencia de otra solución razonable

El nombrado inciso tiene una importancia en modo alguno menor, pues como se puede reconocer más allá de lo que inmediatamente sugiere, se debe advertir que aquí aparece evidente y notoria la existencia de una relación de cooperación formal (al mal) que el médico establece con el paciente ⁹⁵; puesto que -tal como lo impone el texto normativo- el

⁹⁵ *“La cooperación consiste en la ayuda o facilitación que mi acción presta a la ejecución de lo que otro ya ha decidido autónomamente hacer. Nuestra cooperación a la acción ajena, en cuanto ésta es buena o mala, puede ser querida directamente y por libre iniciativa, y como tal implica aprobación de la acción ajena (cooperación formal), o puede*

médico debe estar convencido ⁹⁶ junto con el paciente, de que no existe otra solución razonable que no sea dar muerte al último de los mencionados. No se trata ya de una apreciación técnica la que al médico se le requiere, sino una participación volitiva semejante a la que el mismo paciente tiene; de allí entonces que no se puede dejar de establecer alguna preocupación por la manera en que puede influir dentro del propio médico el mismo querer matar a su paciente, que como se advierte no es un requisito menor, a la hora de tener que efectuar las restantes valoraciones objetivas y propias de la ciencia médica.

El inciso en cuestión también postula acerca de la inviabilidad de otra solución razonable para la situación del enfermo; y si bien no se puede dejar de advertir ahora una cierta ambigüedad en la norma, toda vez que la remisión que realiza a la «situación del paciente» debió ser explicitada, puesto que dicho perfil puede ser considerado desde diferentes ángulos en el análisis, por caso: psicológico, fisiológico, moral, económico, social, etcétera. En rigor parece ser que se puede colegir, sólo por hermenéutica legislativa y dándole al legislador el crédito de ser un individuo razonable y previsor, que se vincularía la nombrada situación una vez más con los ya descritos padecimientos insoportables que sufre el paciente, como así también con la no esperanza de mejora ulterior.

Mas en realidad siendo ello de esa manera, la ley vuelve a poner en grado de evidencia que los intereses que la animan no son sólo los expresamente indicados, puesto que bastaría con mostrar que existien-

*ser tolerada, sin que ello implique aprobación del comportamiento ajeno, en cuanto la cooperación se desprende inevitablemente de una acción que bajo algún aspecto tenemos necesidad de poner (cooperación material)” (A. RODRÍGUEZ LUÑO, A., *Ética general*, Pamplona, EUNSA, 1991, pág. 141). Finalmente hay que destacar que la cooperación formal al mal nunca es moralmente lícita.*

⁹⁶ Se trata entonces, no de una mera aquiescencia que el médico pueda tener en función de una adecuada gestión argumentativa que el enfermo pueda haber llevado a cabo, y que al menos como hipótesis teórica habría que considerar como posible; sino que tiene que existir además de ello, una total reflexión racional que hace que el médico no sólo esté persuadido de la realización práctica del acto eutanásico, sino claramente convencido y por ello es su voluntad movida al ejercicio ante una toma de reconocimiento racional de tal actuación (Confr. Ch. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación - La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, pág. 65).

do una adecuada medicina paliativa el padecimiento no se torna insoportable y por ello tampoco resulta posible el acto eutanásico tal como la ley autoriza. La medicina paliativa, con la totalidad de facetas que la constituyen, desde los aspectos puramente clínicos hasta los acompañamientos de contención psicológica, ha demostrado sin lugar a dudas que es «otra solución razonable» para situaciones como las que se pueden encontrar dichos enfermos.

Los cuidados paliativos son el mejor recurso contra la eutanasia: el enfermo no quiere la muerte, sino evitar el sufrimiento. De todas maneras no resulta menor señalar que ello tendría que imponer que las políticas sanitarias de los Estados deberían ser orgánicas en generar una clara red de contención sanitaria a partir de dicho espacio ⁹⁷; en cuanto ello esté más distanciado del real apoyo que pueda brindarse a los enfermos en situación terminal, seguramente el espacio para modelos eutanásicos semejantes al de Holanda es posible que resulte más fecundo.

Pero seguramente resulta mucho más complicada la nombrada implementación respecto a la misma atención personal que hay que brindar al enfermo, que la vía que sugiere el camino de la eutanasia; toda vez que en tal ocasión lo que se está ponderando es la integralidad de la naturaleza humana comprometida en su totalidad por una enfermedad acerca de la cual no existe pronóstico de sobrevivencia; y no sólo atendiendo a ciertos y determinados aspectos o facetas como acontece en la presente ley y que en rigor de verdad, si son considerados los únicos valiosos y ponderables no dudamos que habrá no poca dificultad en encontrar otra solución razonable.

Pues definitivamente habría que discutir si la cuota de razonabilidad que la ley propone como la otra solución alternativa y más valiosa está siendo dispuesta en favor del paciente sufriente, de sus propios parientes que ya se encuentran desesperanzados por la situación del enfermo, o hasta y en el no peor supuesto, que la cuota de razonabilidad esté brinda-

⁹⁷ Por caso se puede señalar que desde diciembre del 2000, en España el llamado Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, estableció las bases para el desarrollo de un Plan Nacional de Cuidados Paliativos; en detalle puede ser consultado en revista *Enfermería Actualidad*, abril de 2001.

da a partir de un cálculo económico del costo del enfermo terminal y que, tal como se ha dicho, no resulta de modo alguno menor.

E. Consulta y visita por un médico extraño

Respecto al inc. e se trata de una suerte de comprobación cruzada y por la cual otro médico acredita en el mismo sentido que aquel que llevara a cabo el cumplimiento de la solicitud de terminación de la vida del paciente, de que la totalidad de los extremos anteriores se encuentran debidamente acreditados. De cualquier manera, no se puede ocultar que atento a que el mencionado extremo era ya existente en la práctica tolerada desde 1993, se duda de que efectivamente el número de casos denunciados por ejemplo para 1999 de aproximadamente 3.600 (próximo al 3% del total de muertes ocurridas en Holanda) sea en realidad el número total y no exista una cifra aún mayor.

Vuelve a resultar restricta la letra de la ley frente a los hechos que en verdad se pueden presentar. Debe advertirse que se ha omitido cualquier consideración que diga acerca de la especialidad que el médico tercero debe tener; por lo cual parece que la misma opinión que se pueda conformar de la nombrada situación será siempre parcial e imprecisa acerca de lo que debe recabar.

Si por una parte se trata de un médico dedicado a la psiquiatría, seguramente estará en mejores condiciones profesionales que otros de poder reconocer la existencia del convencimiento requerido por la ley tanto en el médico que solicita la suerte de «interconsulta tanática», como así también en el paciente; pero es previsible que si fuera -insistimos- un especialista en psiquiatría quien cumple este reaseguro de la definición primaria del médico del enfermo, esa misma capacidad de poder reconocer el nombrado extremo psicológico puede implicar algún desmedro en la evaluación técnica rigurosa del estado del paciente desde el orden fisiológico en general.

Por el contrario, si se trata de organizar una gestión suficientemente técnica desde el punto de vista fisiológico o clínico en general, quizás el déficit quede centrado en la dificultad de reconocer los aspectos psicológicos del mismo convencimiento que el paciente tiene que demostrar tener, para que la norma de la ley funcione como tal y no haya consecuencia penal sobre el médico que ayuda o ejecuta el acto eutanásico.

F. Matar con el máximo cuidado y esmero profesional

Finalmente, el inc. f se refiere materialmente a la acción directa del médico en el cumplimiento de la terminación de la vida o del auxilio al suicidio de su paciente; en él se le solicita que ponga el máximo cuidado y esmero profesional en ello. Y si bien en un primer momento puede parecer de notable mal gusto dicha recomendación, tal vez desde la misma psicología social se le pueda encontrar alguna suerte de explicación.

En dicho orden destacamos que tiende a sugerir que en la ocasión se articule una adecuada estética en torno al cumplimiento del acto tanático ⁹⁸, de tal modo que hasta se pueda llegar a confundir, quizás no inmediatamente pero luego en el tiempo, que el mismo acto de dar muerte al enfermo casi no fue cumplido o al menos queda notoriamente desdibujado ⁹⁹.

En tal orden corresponde reflexionar que una sociedad como la holandesa, con leyes como las que consideramos, y más allá de todas las otras consideraciones que hemos realizado, de seguro se advierte que tiende a proponer de manera notable la privación a cada hombre de su propia muerte ¹⁰⁰, ofreciéndole a cambio en dicha emergencia caminos

⁹⁸ De hecho que la práctica que en Holanda se viene cumpliendo desde hace varios años a esta parte, es mediante la administración de una primera inyección con la cual se logra un estado comatoso en el paciente, y luego de ello se le administra una segunda con la cual se detiene el corazón, produciéndose el deceso.

⁹⁹ No se puede dejar de señalar en este orden de cuestiones vinculadas con la estética de la muerte, ahora ya en concreto sobre el acto mismo de dar muerte, donde resulta desde ya evidente el progreso existente, si uno mira retrospectivamente desde la pócima de cicuta de Sócrates y la inyección letal suministrada a estos enfermos. Sin embargo, no puede dejar de advertirse que la tendencia ya venía orientada en dicho orden; al menos así se puede juzgar dentro de la cultura anglosajona toda vez que ya había habido una notable preocupación en tal sentido y explicitada a partir de los llamados «ritos funerarios», en donde el «aseo funerario» es un dato absolutamente cualificante, por caso: embalsamamiento momentáneo del cuerpo para otorgarle cierta cuota de naturalidad, la exposición del cuerpo en las *funeral homes* -y no salas velatorias como podemos creer- donde es más una reunión social -con refrigerios y música- que un acompañar. Definitivamente parece que a la estética de la muerte se le agrega el carácter de haber llegado a ser también un objeto de consumo.

¹⁰⁰ Aparece de clara pertinencia un párrafo de Philippe ARIÈS donde señala: “*Acabamos de ver cómo la sociedad moderna privó al hombre de su muerte y cómo sólo se la*

alternativos que de seguro no son adecuadamente ponderados por el mismo enfermo, porque es su misma visión de la realidad la que está desfasada de alguna manera por su misma enfermedad, porque su situación de estado de vida es claramente conclusiva.

No se puede ignorar que esta estética de la muerte se presenta no ya sólo mirando a quien habrá de morir sino a quienes lo verán morir; quienes en última instancia, siendo la muerte de aquel otro tan anunciada y esperada, no podrán -y quizás de alguna manera les está también proscrito- efectuar expresiones de su duelo, como manifestación legítima y natural de la desposesión física de otro por el cual se sentía amor, afecto, cariño, amistad, etcétera.

No puede haber duelo porque la moral higienista de la muerte programada y solicitada del enfermo asegura un método que reúne la totalidad de las condiciones de éxito técnico y también afectivo; se trataría de una nueva especie del llamado género de la «muerte prohibida», en cuanto que tanto como se la desea -los parientes en el paciente- se la tiende a ocultar o mitigar. Aparecen como pocos, frente a la realidad cuantitativa existente, en los cuales se asume cuál fue la vía que precipitó el desenlace; aunque ella como tal es deseada, sigue siendo críptica.

La crónica de las muertes anunciadas impone una lógica de la consecuencia de los actos; quien ha colaborado de manera indirecta para tal consecución, como es por caso el no haber opuesto resistencia, ofreciendo razones de peso para impedir la progresión de la solicitud de colaboración a la muerte propia por parte del médico o la asistencia al suicidio, en rigor no debe luego condolerse del nombrado desenlace; más, parecería en verdad (y sin querer ser sarcástico), que debería experimentar una cierta cuota de mejoría; mejoría que creemos que en modo alguno es equiparable con aquella que sienten hijos cuando mueren sus padres después de alguna agonía, no porque precipitaron su muerte sino porque ella lo encontró al enfermo allí donde era su tiempo.

restituye si no la utiliza para perturbar a los vivos. Recíprocamente, prohíbe a los vivos que se muestren emocionados por la muerte de los otros, no les permite ni llorar a los difuntos ni demostrar extrañarlos” (Morir en Occidente, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2000, pág. 213).

El hecho de suavizar todo lo posible el enfrentamiento con el instrumental de la muerte tiende a insinuar al mismo paciente y también a los parientes -que sin duda tienen un papel gravitante a la hora de haber llegado a la conformación de la convicción el mismo paciente- que tal acto será rápido, eficaz y en manera alguna cruento; seguramente que si al enfermo se le propusiera la misma solución de la ley, pero por procedimientos primitivos y tortuosos, su elección no sería desde ya la misma, por lo cual tampoco se puede ocultar el valor persuasivo que el método de eliminación como tal tiene, y que ante sujetos con un estado emocional y psicológico en principio afectado queda demostrada la notable cuota de manipulación existente. De allí es que se puede volver a remarcar que definitivamente dentro de las causas explícitas que nombramos como manifiestas para la realización del acto eutanásico está el temor -fundado desde ya- al dolor y al sufrimiento por lo cruento que el proceso de muerte resultará. Es redundante volver entonces a marcar la importancia de la medicina paliativa integral.

Por lo que hemos señalado, en definitiva destacamos que vuelve a aparecer en modo evidente en el análisis del presente inciso, la noción de que antes que nada no existe una comprensión limpia y consciente del paciente acerca de lo que reclama para sí, puesto que su conciencia se encuentra severamente viciada; y por lo tanto no se le puede otorgar bajo ningún aspecto efectos jurídicos de clase alguna, y mucho más cuando se trata de solicitar a otro que le quite la vida. Como además también, que el flagelo real que genera la enfermedad sin esperanza de sobrevivida, en un grado significativo es rigurosamente el temor al dolor físico que ella importa y que como hemos dicho también, es una de las variables que con mayor crédito se pueden equilibrar.

LA JURISPRUDENCIA PENAL CORDOBESA EN EL PERÍODO TARDO COLONIAL 1776-1810

por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA *

SUMARIO: I. Advertencia preliminar. II. La aplicación de las penas. III. El rol del asesor letrado: dictámenes jurídicos y conformidad del juez interviniente. IV. Análisis de un caso testigo. V. Conclusiones.

La presente investigación es parte de un trabajo mayor sobre la pervivencia del derecho penal castellano indiano en el período 1776-1810, en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán.

El trabajo se ha realizado sobre los fondos documentales existentes en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba.

Se han compulsado 84 legajos que representan 953 causas con sentencia referidas a la comisión de los delitos de homicidio, hurto y robos, abigeato, injurias, lesiones, amistad ilícita, amancebamiento, vagancia, ociosidad y *malentretenimiento*, desacato, amenazas, violación, estupro, incesto, fuga de presos, desertión, juegos prohibidos, adulterio, rapto de mujeres y falsificación de moneda. Período: 1776-1810.

I. Advertencia preliminar

Descripción de ficha técnica período 1776-1810

La Memoria de los expedientes trabajados arroja los siguientes resultados:

* Disertación del académico de número, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en la sesión privada del 2 de octubre de 2001.

Legajos consultados	84
Expedientes	953

Las causas examinadas corresponden a los delitos que a continuación se mencionan:

Homicidios	126
Injurias	108
Hurto y robos	263
Robo de ganado	
Lesiones	44
Violaciones	3
Amistad ilícita	25
Desacato	28
Estupro	4
Rapto de mujeres	7
Juegos prohibidos	9
Adulterio	5
Desertores	5
Amancebamiento	37
Vagos y ociosos y vagos y <i>mal entretenidos</i>	53
Fuga de presos	5
Amenazas	5
Incesto	4
Falsificación de monedas	3
Otras causas: Malos tratos, salteadores, contrabando, etcétera	153

En este trabajo se intenta abordar el estudio de una visión de conjunto sobre uno de los repositorios penales más lúcidos de nuestro país.

Resulta esclarecedor para la comprensión de cómo funcionaba la organización de la justicia castellana en una remota jurisdicción del imperio, donde el rígido esquema de las pruebas legales se muestra mu-

cho más flexible y elástico al aplicarse por jueces legos que se dejaban guiar en forma preponderante por su conocimiento personal de la causa, el medio y el propio reo y hasta sus propios intereses de clase a la hora de impartir justicia.

Expondremos a continuación los resultados más sobresalientes de este proceso de aplicación de las penas.

II. La aplicación de las penas

Una relación de las penas ordinarias aplicadas con mayor frecuencia en las figuras delictuales señaladas en la jurisdicción en estudio, arroja los siguientes resultados:

Injurias

- 1) Pago de las costas causadas.
- 2) Ordena que no falte el respeto a los jueces, y que por las más leve queja será castigado.
- 3) Manda se abstenga en lo sucesivo de las violencias.
- 4) Multas pecuniarias y pago de las costas del proceso.
- 5) Libertad bajo fianza.
- 6) Cárcel por 8 días y pago de las costas judiciales.
- 7) Las partes acuerdan el pago de las costas del pleito por mitad.
- 8) La causa concluye por transacción con el ofendido.
- 9) Manda mudar la conducta del ofensor, sin expresa condenación de las costas causadas.
- 10) Desistimiento y condena en costas por mitades.
- 11) Desestima la acción promovida, con costas al agraviado.
- 12) Por disculpas de la ofensa cometida. El magistrado aconseja a las partes que en lo sucesivo “*se guarde perpetuo silencio*” y ordena que las costas sean soportadas por mitades.
- 13) Advierte a la ofendida que mantenga su opinión y buen nombre y que se abstenga en lo sucesivo de dar entrada a su casa y tener trato alguno con el ofensor.

Desacato

- 1) Ordena pago de las costas procesales.
- 2) Cadena y trabajo en las obras públicas hasta nueva orden.
- 3) 1 año de cadena y trabajo en las obras públicas.

Amistad ilícita

- 1) Destierro de 2 años y multa de 200 pesos.
- 2) Destino a la frontera en calidad de poblador y pago de las costas procesales.
- 3) Depósito de los hijos.
- 4) Condena por tiempos menores hasta su remisión como pobladoras a la frontera.
- 5) Depósito, hasta verificar su casamiento.
- 6) Condena a 6 meses de cadena y destierro del partido de residencia de la manceba.

Violación

- 1) Destino a presidio.
- 2) Destino como poblador de frontera.

Homicidio

- 1) Pena ordinaria de muerte a la horca.
- 2) Destierro a las Islas Malvinas.
- 3) Destierro de 3, 5 o 6 años a presidio.
- 4) Pena ordinaria de muerte y confiscación de bienes.
- 5) Presidio 10 años.
- 6) 200 azotes y 10 años de presidio.
- 7) Destierro de 5 años y 200 azotes.
- 8) Destierro de 10 años.
- 9) Pena ordinaria de muerte a la horca y a su cómplice reclusión perpetua.
- 10) 6 meses de presidio en Montevideo.
- 11) Prisión de 4 años.
- 12) 8 años de reclusión en el Hospital de Mujeres.
- 13) Condena a 5 años de trabajo en las obras públicas.
- 14) En algún caso en que no se logró probar el delito se dispuso la libertad del reo, ordenándole *no salir de la ciudad*.

Abigeato

- 1) Destierro por 6 años en el presidio de las Islas Malvinas.
- 2) Condena al pago del valor de las mulas a los vecinos y las costas judiciales.
- 3) Condena a pagar las costas judiciales.
- 4) Condena de 1 año de trabajo en las obras públicas.
- 5) Destino por 6 años de *cadena a servir en las obras públicas*.
- 6) Destino por 1 año de cadena, debiendo pagar los perjuicios causados con sus bienes.
- 7) Cadena de hasta 2 años.
- 8) Vergüenza pública, paseo en un jumento con cabezas de ganado colgadas, y servicio en la cárcel por 6 meses.
- 9) Remisión en calidad de *poblador* al Fuerte de las Tunas y 4 meses de cadena.
- 10) Azotes y excarcelación, pasándose oficio al juez, y debiéndose presentar el reo todos los meses, *con papel de conchabo*.
- 11) En libertad y ordena el pago de las costas procesales.
- 12) En libertad, bajo fianza.
- 13) Transacción, abonando las costas procesales.
- 14) Servicio a los bajeles de Su Majestad.
- 15) Condena al pago del ganado mayor robado y las costas del pleito.
- 16) Cadena de 1 año.
- 17) Destino a poblaciones de frontera y 1 año de condena en las obras públicas.

Robos y hurtos

- 1) Destierro de 6 años en el presidio de las Islas Malvinas y pago de las costas procesales.
- 2) Condena al Fuerte del Tío.
- 3) Expulsión de la ciudad por 8 días.
- 4) 200 azotes y 10 años de destierro.
- 5) Destierro de 4 años en el presidio de las Islas Malvinas.
- 6) 100 azotes y 4 meses a la cadena.
- 7) 200 azotes.
- 8) Multa de 25 pesos.

- 9) Destino por 8 meses a la cadena.
- 10) Destino a las obras públicas por 2 años.
- 11) Idem 8 meses.
- 12) Multa de 6 pesos y pago de las costas judiciales.
- 13) Servicio en la obra pública de la acequia.
- 14) Presidio por 6 años a trabajar en obras públicas, con grillete y cadena, 200 azotes y 4 años más.
- 15) Condena a vivir en los bajeles de Su Majestad. En consideración de ser casado se lo destina al Fuerte de las Tunas.
- 16) 25 azotes y 6 meses de cadena en las obras públicas.
- 17) Preso a la frontera por tres meses, quedando después como *poblador* en La Carlota.
- 18) 6 meses de trabajo en la acequia de la ciudad.
- 19) Cadena de 6 meses y 25 azotes y destino como *poblador* a La Carlota.
- 20) Traslado en calidad de poblador a la Villa de Concepción.
- 21) Exposición a la vergüenza pública y 8 años de presidio.
- 22) Servicio en los bajeles de Su Majestad por 3 años.
- 23) Servicio en los bajeles de Su Majestad por 8 años y pagar las costas del proceso.
- 24) 25 azotes y 1 mes de cadena en las obras públicas.
- 25) En libertad y que salga de la jurisdicción.

Lesiones

- 1) 25 azotes y 6 meses de prisión.
- 2) 25 azotes y 6 meses de cadena.
- 3) 6 meses de trabajo en la acequia de la ciudad con fianza.
- 4) Cadena de 6 meses y si quiere trabajar en la acequia bajo fianza, se le conmuta la pena a 3 meses.
- 5) Condena de pago 60 pesos y todas las costas procesales.
- 6) 200 azotes y 6 años de prisión.
- 7) Destino a la frontera por 2 años sirviendo los primeros 4 meses en los trabajos más duros con pago de las costas procesales e imposición del pago de 20 pesos a favor del agraviado.
- 8) 25 azotes y 3 meses y medio de cadena.
- 9) Destino a los bajeles de Su Majestad.

Vagancia. Ociosidad. Malentretamiento

- 1) Cadena de 6 meses en el servicio de obras públicas de la ciudad.
- 2) 25 azotes y 1 año de servicio al Horno de San Francisco, debiendo llevar su familia y conchabarse.
- 3) 25 azotes y se lo destine en calidad de *poblador* a La Carlota.
- 4) 25 azotes y 6 meses de trabajos en las obras públicas y destino como *poblador* en La Carlota con su familia.
- 5) Cadena de 4 años debiendo salir *con papel de conchabo*.
- 6) Destino con su familia a las nuevas poblaciones de frontera.
- 7) Destino como poblador de la frontera del sur, por 1 año.
- 8) Condena a servir en los bajeles de Su Majestad.
- 9) Apercibimiento que de continuar en su vida ociosa será remitido a los navíos.
- 10) 2 meses de cadena y destino de poblador en la frontera.

Amancebamiento

- 1) Cadena por 1 mes a la concubina y depósito en casa honesta.
- 2) 25 azotes y 1 año de cadena destinado a la villa de La Carlota en calidad de poblador.
- 3) Se lo destina como poblador a La Carlota.
- 4) 25 azotes y 6 meses de cadena.
- 5) Cadena de 6 meses y cumplida no vuelva al partido.
- 6) Libertad a Eugenio Núñez y su mujer Micaela Oviedo y Márquez se mude a 20 leguas distante a la casa de Núñez.
- 7) Destino al fuerte de Santa Catalina.
- 8) Destino como poblador al Fuerte de las Tunas.
- 9) Destierro de 2 años y multa de 200 pesos.
- 10) Cadena de 3 meses.
- 11) Condena a servir a los bajeles de Su Majestad.

Juegos prohibidos

- 1) Multa de 12 pesos
- 2) Cadena de 2 meses.
- 3) Destierro.

- 4) Multa de 4 pesos.
- 5) Condena a la cadena por 3 meses en las obras públicas y multa de 25 pesos.
- 6) Destino en los bajeles de Su Majestad.

Falsificación de moneda

- 1) Pena de presidio de 8 años.
- 2) Pena de presidio por 6 años.
- 3) Pena de presidio por 4 años.

Fuga de presos

- 1) Cadena hasta nueva providencia.
- 2) Libertad bajo multa de 200 pesos.

Adulterio

- 1) Extrañamiento del partido y pago de las costas causadas.
- 2) Se lo condene al pago de las costas judiciales, ordenando luego la libertad.
- 3) Cadena de un año y 25 azotes.
- 4) Libertad. Se remite a Mendoza, para que haga *vida maridable* con su legítima esposa.

Estupro

- 1) Servicio con grillete, por un mes, en la Catedral.
- 2) Se le condena en 20 pesos y al pago de las costas procesales.
- 3) En libertad y ordena la entrega de todos los bienes.
- 4) Condena por 10 años y disposición del reo a favor de su hermano doctor José Santos Becerra, juez pedáneo del partido de su residencia.
- 5) Destino como *poblador* a la villa de La Carolina.
- 6) Destino al presidio de San Carlos.

Rapto de mujeres

- 1) Condena a los bajeles de Su Majestad, por 4 años.
- 2) Condena al pago de las costas causadas.

- 3) Destino por 4 meses en el servicio de las obras públicas, con prisiones y el pago de las costas del pleito.
- 4) Cadena por 3 meses y medio.
- 5) Confiscación de los bienes.
- 6) Destino en el servicio en las obras públicas por 8 meses.
- 7) Condena al pago de las costas judiciales.
- 8) Conchabo con persona de conducta.
- 9) Sobreseimiento, con *promesa de conchabarse*.
- 10) Servicio en los bajeles de Su Majestad.
- 11) Absolución, con condena del pago de las costas procesales.

III. El rol del asesor letrado: Dictámenes jurídicos y conformidad del juez interviniente

En el proceso judicial indiano, los magistrados eran generalmente legos y solían someter todo lo actuado en la causa a la asesoría de un letrado cuyos honorarios debían ser satisfechos por las mismas partes.

Esta facultad que tenía el juez estaba prevista en el procedimiento penal para ayudar a formar el criterio objetivo, legal y equitativo que debía aplicarse al caso, para de este modo, dictar una sentencia ajustada a derecho y a las constancias de autos.

Si el juez de la causa no se conformaba con la opinión del abogado consultado, solicitaba a otro letrado un nuevo dictamen, o en su defecto elevaba los autos en consulta al tribunal inmediato superior, quien dictaba sentencia, previa citación de las partes. Prácticamente el pronunciamiento definitivo se dictaba conforme a la opinión de los letrados que asesoraban la causa ¹.

¹ En la causa criminal seguida a Fernando Dulze, por violación de una menor, concluyó la primera etapa del proceso con el pronunciamiento emitido por don Juan López Cobo, alcalde ordinario de Primer Voto, declarando la libertad del esclavo acusado y su excarcelación, en donde adquiere fundamental importancia el dictamen del abogado consultado doctor Victorino Rodríguez. Al resolver, el juez dispuso: “... *Fallo atento al mérito de los autos conformándome con el expresado dictamen del abogado en toda y cada*

Los litigantes podían recusar a los letrados, pero para evitar mayores dilataciones, la Real Cédula del 18 de noviembre de 1773 prohibía “... *las recusaciones evidentemente frívolas, ni para determinados interlocutorias como no tengan fuerzas de autos definitivos o incluyan gravamen irreparable para ello. Que ningún evento se admitan tampoco recusaciones universales de todos los abogados de la ciudad de la provincia o del Reino; y que jamás se pueda recusar sino sólo tres abogados por cada parte litigante; pero que esto se entienda en el caso de que en la ciudad o su inmediación queden otros idóneos de quienes los jueces puedan valerse*” ².

En cuanto a la responsabilidad de los magistrados, la Real Cédula del 22 de setiembre de 1798 disponía que los jueces legos no eran responsables de las providencias que dictaran, cuando lo hicieran conformándose con la opinión de abogado consultado, quien asumía la responsabilidad que traía aparejada la resolución, cuando hubiese dictaminado sin arreglo a derecho.

En la organización judicial indiana sólo los oidores y estos asesores letrados eran abogados. A partir de la Real Ordenanza de Intendentes también lo fueron los tenientes letrados.

El Cabildo de Córdoba tuvo su primer asesor letrado a partir del 15 de abril de 1814, siendo el cargo rentado, sin perjuicio, claro, como era norma habitual, de la percepción de los honorarios correspondientes a las partes.

IV. Análisis de un caso testigo

El 7 de diciembre de 1787, Atanasio Luque Pardo, esclavo de Félix Luque, vecino de la ciudad de Córdoba, daba noticia al juez pedáneo de

una de las partes”. Remitidas las actuaciones en consulta a la Real Audiencia de Buenos Aires, el Alto Tribunal resolvió revocar el auto consultado por el alcalde del Primer Voto y condena a Fernando Dulze al presidio de San Carlos. Sin lugar a dudas que el Tribunal de Alzada tuvo en cuenta el alegato de Manuel Jacinto Nieto, fiscal designado por el alcalde para que ponga al reo acusación en forma, como así también la opinión vertida por el fiscal de la Real Audiencia. Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante A.H.P.C.), Crimen, Leg. 46, Exp. 11., año 1789.

² Juan José MATRAYA Y RICCI, *Catálogo Cronológico de Pragmáticas, Cédulas, Decretos, Ordenes y Resoluciones Reales* (1819), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Bs. As., 1978, pág. 350.

Río Segundo, jurisdicción de la ciudad, de la muerte de su yerno a quien había encontrado en las chacras de su amo.

El juez ordenó la apertura de la sumaria información que sirviese de “*cabeza de proceso*”; a tal fin y en cumplimiento de las normas vigentes sobre la materia fue citado a comparecer como testigo el propio denunciante.

Su declaración, tomada el mismo día, inculpó a Santiago Baldez, sujeto que dijo al declarante “*vivía enredado con su hija María Luque*”, mujer del finado Melchor Ruiz.

Otros detalles de esta primera declaración redondean la historia: “*... llorando la hija del declarante le pidió que fuera a ver a su marido que había muerto y que no le echase la culpa a nadie y que guardase el secreto... y el declarante le respondió que no hallaría en él amparo alguno, pues no había querido oír sus consejos y que estas cosas no podían callarse*”.

Los dichos del esclavo fueron suficientes para mandar librar orden de prisión contra Santiago Baldez y María de la Visitación Luque a quienes se les toma declaración seguidamente.

María de la Visitación Luque confirma y completa con algunos detalles la declaración de su padre. Dijo: “*Que hacía cosa de un mes que había venido enredándose con Santiago Baldez y desde que cobró aquella mala amistad con él le ha andado (Baldez) instando a la declarante que le quiten la vida entre ambos a su marido y que ella le respondió que no se animaba ni tenía coraje para ello y que si él quería hacerlo solo que lo hiciese*”.

Agregó además “*... que el día 12 del corriente estando acostada con su marido en el puesto y chacra de su amo don Félix Luna, cayó Santiago Baldez y le quitó la vida a su marido y luego se fue con ella y la alzó en ancas en su cabalgadura y la llevó al puesto principal donde se hallaba su padre*”, enseñándole por el camino Baldez que se presentara como la autora del homicidio.

Manifestó también María Luque que Baldez había muerto a Ruiz por ahogo, como se lo anunciaba desde tiempo atrás.

Santiago Baldez confiesa por su parte confirmando sus relaciones con María, “*... y que desde aquel tiempo tenía presumido que podía casarse con ella quitándole la vida al marido*”. Agrega que llegó, ya pasada la oración, a la chacra del finado, que estaba con su mujer, que se ocultó y manteniéndose de esa suerte oyó “*que el finado Melchor esta-*

ba pleiteando con su mujer y esperó que se sosegase y se acostaron y lo que sintió silencio se fue donde él estaba... presumiendo hallarlo dormido y lo encontró despierto y le agarró por la garganta y lo ahogó y que a esta sazón se levantó la mujer del finado, y salió huyendo y después de haber fenecido salió fuera el declarante dejando el cadáver dentro del rancho en que estaba, y alzó en ancas en su cabalgadura y se la llevó al puesto principal de su amo, en donde la hizo que se bajase". Confirma además los otros extremos de la declaración de la mujer.

Concluidas estas diligencias fueron remitidas por el juez pedáneo al alcalde de segundo voto, para que en vista de las actuaciones proveyera lo que por derecho correspondiera.

El 20 de diciembre de 1787, el juez de la causa dictó providencia teniendo por recibida la sumaria y ordenó que los reos Santiago Baldez y María Luque ratificaran sus declaraciones prestadas ante el juez pedáneo, librando providencia al juez comisionado para que comprobara el cuerpo del delito y citara a las personas que amortajaron y sepultaron a Melchor Ruiz.

El 27 de enero de 1788 se incorpora en calidad de nuevo alcalde de segundo voto Francisco Antonio González, quien citó a comparecer a los reos.

Santiago Baldez intentó modificar su primera declaración. Afirmó que María le había incitado a matar a su marido bajo promesa de subsiguiente matrimonio, y que la noche del crimen había concurrido al puesto donde vivía Ruiz por pedido de la propia María, noticia que le había llegado por una negra esclava de Luque, que llegó y escondido presencié la riña y que con ánimo únicamente de sacar de allí a la manceba se arrimó al rancho, "*pero que sorprendido por Ruiz se trabó en lucha con él y Baldez*", le pegó un garrotazo en la cabeza del que cayó al suelo, se sentó sobre el declarante, le quitó el cuchillo y guardólo. Le replicó siempre ella al declarante diciendo "*que no lo dejara herido y entonces lo agarró de la garganta con una mano y la otra el brazo y lo ahogó en esta forma, y dejando el cadáver se retiró, llevando en ancas en su caballo a María Luque, al puesto principal donde estaba el padre de ella, que la dejó como escondida y se retiró a dormir el resto de la noche*".

El 1° de febrero de 1788, el alcalde de Segundo Voto dictó providencia nombrando a María de la Visitación Luque, por ser menor de 25 años, curador y defensor, al regidor defensor de pobres don Joaquín José Pérez, quien aceptó el cargo bajo juramento de ley.

María de la Visitación presta luego declaración en presencia de su curador ratificando la instrucción con excepción *“de haber asentido el homicidio que ejecutó en su marido Santiago Baldez, porque por más instancias que éste le hizo a fin de que contribuyera a dicha muerte nunca lo permitió ni otorgó su consentimiento”*.

Las contradicciones entre las respectivas aclaraciones obligan al careo entre las partes: así lo dispone el nuevo juez Victorino Rodríguez. En dicha instancia procesal ambas partes ratifican sus anteriores dichos.

Entretanto ante el juez pedáneo comparecen otros testigos que habían amortajado y enterrado el cadáver, quienes describen las lesiones que presentaba. Estas nuevas actuaciones son remitidas al alcalde con fecha 25 de junio de 1788.

Cumplidas otras diligencias procesales y clausurado el término de prueba se corren los traslados de ley para alegar de bien probado.

El promotor fiscal nombrado de oficio, Francisco Antonio de las Heras Canceco, alegó: *“En vista de lo actuado en el proceso no puede menos que sufrir Baldez la pena del último suplicio según lo prevenido por leyes y pragmáticas de su majestad por hallarse convicto y confeso y en lo que respecta a la concubina María Luque, aunque los indicios que tiene contra sí son bastantes para que se le aplique la misma pena por haber instado a Baldez a quitarle la vida a su marido, según ésta lo confiesa en su última declaración, pero atendiendo a la negativa que tuvo el careo”*, pide el Fiscal se la ponga en tormento para que de este modo *“confiese la verdad”*.

El defensor de don Santiago Baldez, don Manuel Cardozo, alegó: *“Debe su rectitud liberrar de la pena criminaria a Santiago Baldez en consideración de no haber testigo alguno que deponga haberle dado la muerte que le acaeció, yendo a robar a su manceba María Luque, mujer del finado”*. Sostuvo también que la variación de la confesión de María Luque *“le hace sospechosa de que ignoró cómo murió su marido: Dijo primeramente a su padre cómo consta en su declaración al juez comisionado, que ella lo había muerto y a nadie se le echase la culpa, y después afirmó que lo había muerto el dicho Baldez”*.

Por ello pidió *“que en caso de duda se ha de favorecer al reo, debe ser creído en las expresiones que insinúa su confesión, esto es que no condujo con ánimo de matarlo sino de robar la mujer, procedió la resistencia de su marido que le quitó el arma, y para liberarse la opresión de ahogo, circunstancia que constituye el homicidio en causal y modere la pena”*.

El último de los alegatos presentados fue el del regidor defensor de pobres don Agustín de Igarzábal, quien dijo: “*Que en mérito de las constancias obrantes en el expediente, debe absolver a mi parte de la complicidad que se le arguye, dando por bastante pena la prisión que ha sufrido imponiéndole alguna leve, arbitraria, que satisfaga algún indicio remoto que contra ella resulte, que la única que a primera vista haber margen para la sospecha era la de Atanasio Luque, padre de mi protegida, pero bien reflexionada en nada la perjudica, pues toda es relativa a narrar lo que ella le había contado en fuerza de las malignas y perversas sugerencias del reo Baldez, autor del presente hecho*”.

Dio por conclusa Victorino Rodríguez la causa y mandó en asesoría los autos al doctor Miguel José de Galigniana, abogado de la Real Audiencia del Distrito y residente en Buenos Aires, sin pago de honorarios por la pobreza de la parte rea.

El dictamen del asesor presentado el 22 de febrero de 1790, aconsejó la aplicación de la pena de muerte ejecutable en horca para Baldez, que llegaría al patíbulo arrastrado en un carro tirado por un jumento, al no existir -decía- dudas de su culpabilidad. Con relación a María, recomienda que en atención a su menor edad (17 años), se le aminore la pena aplicada, que consiste en asistir a la ejecución de Baldez, exposición pública, pasar debajo de la horca y reclusión para toda la vida.

Concluye el asesor recomendando se consulte a la Audiencia. Con fecha 28 de mayo de 1790, el nuevo juez Antonio de la Quintana dictó la sentencia, adhiriendo totalmente a los dictados del asesor, “*conformándose con el citado parecer en todas y cada uno de sus partes*”.

Elevados los autos en consulta a la Audiencia el 31 de mayo de 1790, resolvió ésta el 27 de julio del mismo año confirmar la sentencia consultada contra Baldez y revocar parcialmente el tiempo de reclusión de María Luque, que quedó reducido a 6 años.

La novedad que importa este caso radica en que un juez, versado en derecho, que se desempeñaría como profesor de Instituta dos años después en la Universidad Real de Córdoba, recurrió de todos modos al dictamen de un asesor letrado³.

³ A.H.P.C., Crimen, Leg. 89, Exp. 4., año 1801.

V. Conclusiones

En la justicia indiana se recurría al dictamen de un abogado, asesor de los autos, cuando una persona o ambas partes del pleito así lo solicitaren.

También solían los magistrados, en caso de complejidad judicial o especial envergadura del material tratado, requerir la concurrencia del asesor para que aconsejara la buena marcha del proceso, diese su parecer en el dictado de resoluciones trascendentes o importantes, meritase las constancias de autos, y aclarara la ley de aplicación y las condenas que debían imponerse.

A partir de la vigencia de la Real Ordenanza de Intendentes, fue común que en los casos complicados se remitieran las causas en consulta al señor teniente asesor del gobernador intendente de oficio o a solicitud de parte y, en los casos en que la intervención de un asesor letrado o el teniente asesor del gobernador intendente era requerido por las partes, éstas lo hacían bajo la protesta de pedir la nulidad de la sentencia en caso de dictarse un pronunciamiento sin consulta del asesor.

No faltan ocasiones en que el propio fiscal solicita la intervención del asesor a fin de suplir insuficiencias confesas de la propia Fiscalía.

También se ha observado que en aquellas causas en que no habiendo motivos valederos, por no tratarse de cuestiones complicadas o de difícil trámite para el juez, ambas partes o sólo alguna de ellas requiere la intervención del asesor, ofrece cargar con los honorarios respectivos, y generalmente el juez al dictar sentencia siguiendo siempre muy de cerca los dictados del asesor a los cuales en ocasiones expresamente se remitía, determinaba que eran a cargo de quien había solicitado la intervención del asesor.

Por otra parte, si producido el dictamen del asesor, este mismo no había determinado quién debía satisfacer el honorario y/o las costas del juicio, el expediente era habitualmente devuelto al asesor consultado para que se expidiera al respecto.

En causas judiciales de fuste y de larga tramitación actuaba más de un asesor, porque las partes o el juez interviniente no se conformaban siempre con el dictamen inicial y solicitaban el parecer de otro u otros letrados, como ocurrió en los autos «Peralta, José Ignacio por lesiones a Bernardo Hastina». La causa significó once años de litigios, importó tres aperturas de prueba y fueron designados nueve asesores letrados, cuatro

de los cuales se excusaron. Los restantes, que actuaron en el proceso, fueron: Manuel Gigena Molina, Carmen María de Aguirre, Juan Prudencio Palacios, José Antonio Arias Hidalgo y Mariano Zavaleta ⁴.

No parece en cambio haber ocurrido, en la jurisprudencia penal de los tribunales de Córdoba del siglo XVIII, una actuación simultánea de asesores y jueces, suscribiendo la sentencia “*por ambos a la vez*” o una redacción de resoluciones de puño, letra y tinta del asesor suplantando la mano del juez, como se ha denunciado ocurría en otras jurisdicciones de nuestro Virreinato en el mismo tiempo que nos ocupa.

Hemos observado además en el período en estudio que no se practicó el instituto de recusación del asesor. No así la situación inversa, la excusación, habida cuenta que en numerosos casos solía inhibirse de intervenir o continuar en la tramitación del proceso, con variedad de fundamentos: enfermedad, distancia, ocupación, parentesco directo con una de las partes o con el juez o funcionarios judiciales o con el asesor que reemplazaba.

Hemos comprobado también que el nombramiento del asesor letrado era facultad exclusiva del magistrado de la causa.

En las causas analizadas, los magistrados controlaban el fiel cumplimiento de las distintas etapas del proceso, como así también la aplicación de las disposiciones procesales.

La prueba confesional y testimonial fueron las utilizadas, siendo notable el elevado número de testigos que prestaban declaración, especialmente en los delitos de homicidio, violación, hurto y robo.

Las citas doctrinarias y legales más usadas durante la tramitación de las causas por el agresor, defensor de pobre, fiscal, asesor letrado y demás partes intervinientes fueron:

Doctrina:

- Alonso de Acevedo
- Bártolo de Saxoferrato
- Julio Claro

⁴ A..H.P.C., Crimen, Leg. 52, Exp. 5., año 1790.

- *Praxis et Thericae Criminalis* de Próspero Farinaccio
- Gregorio López
- Antonio Gómez
- Arnold Vinnius
- Lorenzo Matheu y Sanz
- *Curia Filiphica* de Hevia Bolaños
- Juan de Solórzano Pereira
- Manuel de Lardizábal y Uribe
- Juan Matienzo
- Alférez de Paz

Legislación:

- El Fuero Juzgo
- El Fuero Real de España
- Leyes de Estilo
- Las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484
- La Nueva Recopilación de 1567
- La Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias
- Las Siete Partidas

Las penas que aplicaron los tribunales de Córdoba del Tucumán fueron más atenuadas que las establecidas en la legislación pertinente.

Prácticamente, las sentencias no contaban con disposiciones legales y citas doctrinarias; es importante destacar que los cuerpos jurídicos de aplicación principal en esa época eran: la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, fundamentalmente las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, en especial la Partida VII; la legislación posterior a los ordenamientos citados, tanto indiana como castellana (esta última, desde 1614, en cuanto fuese admitida por el Consejo de Indias, ya que no todas las disposiciones tomadas para la Península resultaban aplicables en América) y con especial mención las disposiciones de carácter local, autos acordados por las Audiencias y bando de buen gobierno, promulgados por gobernadores y virreyes; también tenían relevancia las otras fuentes formales como las costumbres y jurisprudencia.

Generalmente en los expedientes judiciales de homicidio, las sentencias condenatorias de pena de muerte disponían que: “Debían darse cuenta de su ejecución a la Real Audiencia Pretorial del Distrito y definitivamente hablando. Así lo pronuncio, mando y firmo”, como está resuelto en la causa criminal contra Juan Carranza por muerte que efectuara a Petrona Calderón, aplicándole la pena de muerte en la horca, fallo que fue confirmado por el Alto Tribunal de Alzada ⁵.

Para el delito de injurias, penas atenuadas, y la condena más común para los agravios verbales fue la de desdecirse y la imposición de pena pecuniaria.

Bibliografía

ÁVILA MARTEL, Alamiro de, *Esquema del Derecho Penal Indiano*, Santiago de Chile, 1941.

ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de Derecho Real de España*, acondicionadas con varios apéndices, párrafos por Dalmacio Vélez Sársfield, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834.

BENTHAM, Jeremías, *Compendio de los Tratados de la Legislación Civil y Penal*, Madrid, 1839.

- *Teorías de las Penas y de las Recompensas*, París, 1826.

BONESANA CESARE, Marqués de Beccaría, *El Derecho Penal. De los Delitos y las Penas*, Madrid, 1930.

CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores vasallos en tiempos de paz y guerra para preladados en lo espiritual y lo temporal entre legos, jueces de comisión, regidores, abogados, etc...*, Madrid, Imprenta de Joachin Ibarra, 1759.

Códigos Españoles concordados y anotados, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848.

DU BOYS, M., Alberto, *Historia del Derecho Penal de España*, Madrid, 1872.

⁵ A.H.P.C., Crimen, Leg. 105, Exp. 28., año 1805.

- ECHEVERRÍA Y OJEDA, D. Pedro Antonio, *Manual de Delitos y Penas según las Leyes y Pragmáticas de España*, Madrid, Imprenta de Aznar, 1802.
- ELIZONDO, Francisco Antonio de, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España e Indias*, Madrid, 1976.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, con citas del derecho, notas y ediciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, Madrid, Madrid, Librería de Calleja e hijos, 1842.
- *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid, 1866.
- FILANGIERI, Cayetano, *Ciencia de la Legislación* nuevamente traducida por D. Juan Ribera, 2ª ed., Burdeos, Imprenta de Don Pedro Beaume, 1823.
- GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1977.
- GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villapando, 1824.
- HESPANA, Antonio M., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, Madrid, Imprenta de Ulloa, 1790.
- JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782.
- LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978.
- "La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano", en R.H.D. N° 6, Buenos Aires, 1978.
- "Aspectos del Derecho Penal Indiano, según José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de la Villota", en *Estudios en Honor de Alamino de Avila Martel*, Santiago de Chile, Anales de la Universidad de Chile, 20, (1989), 1990.
- LEVENE, Ricardo, *Introducción a la historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1924.

- MALLO, Silvia, “Hombres, mujeres y honor. Injurias, calumnias y difamación en Buenos Aires (1770-1840). Un aspecto de la mentalidad vigente”, *Estudio Investigaciones*, 13, Universidad Nacional de La Plata, 1993.
- MARILUZ URQUIJO, José María, “El asesor letrado del Virreynato del Río de la Plata”, Buenos Aires, *Revista de Historia del Derecho*, 3, 1975.
- MATRAYA Y RICCI, Juan José, *Catálogo cronológico de Pragmáticas, Cédulas, Decretos, Órdenes y Resoluciones Reales (1819)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978.
- MOLINARIO, Alfredo J., “La retractación de los delitos contra el honor. Un ensayo de historia interna en Derecho Penal”, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, Conferencias y Comunicaciones XXIV, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1949.
- PEÑA, Roberto Ignacio, “Principios doctrinarios del Derecho Penal Castellano Indiano. La Jurisprudencia”, Valparaíso, Chile, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVI, 1994.
- “Los fundamentos ontológicos del Derecho Penal Castellano Indiano”, Córdoba, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, XXXI, 1982.
- PUGLIESE, María Rosa, “De la justicia lega a la justicia letrada. Abogados y asesores en el Río de La Plata 1776-1821”, Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2000.
- RAMOS, Juan P., “Los delitos contra el honor”, Buenos Aires, 1939.
- “*Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del rey Don Carlos II*”, Madrid, 1841.
- SERRA Ruiz, Rafael, “Honor, honra e injuria en el derecho medieval español”, Departamento Historia del Derecho, Universidad de Murcia, 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI - XVII - XVIII)*, Madrid, 1969.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal de España por Quintiliano Saldaña, 2ª edición, Madrid, 1926.

YANZI FERREIRA, Ramón Pedro, “El asesor letrado en Córdoba del Tucumán. Un estudio de la Jurisprudencia del siglo XVIII”, Veracruz, México, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1997.

- “Los delitos contra las personas en el Derecho Penal Castellano Indiano”, en libro *Homenaje In Memoriam al Profesor Carlos Díaz Rementería*, Universidad de Huelva, España, 1998.

- “Los delitos contra el honor en el Derecho Penal Castellano Indiano. La injuria en la Jurisprudencia Penal Cordobesa en las postrimerías del régimen jurídico colonial. 1776-1810”, Buenos Aires, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1997.

- “La aplicación del Derecho Castellano Indiano a través del análisis de un expediente judicial”, Buenos Aires, Revista de Historia del Derecho “R. Levene”, 28, 1991.

- “La aplicación del Derecho Penal Castellano Indiano en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán 1776-1810”, publicado en Actas del Undécimo Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2001.

LEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN EDUCATIVA

por FERNANDO MARTÍNEZ PAZ *

SUMARIO: Primera cuestión: el proceso de deslegitimación. El proceso de desinstitucionalización. El proceso de deconstrucción. 1. El camino de la legitimación científica: la reforma del pensamiento. 2. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación antropológica de la acción educativa. 3. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación social de la acción educativa. 4. Búsqueda de nuevos criterios de legitimación cultural de la acción educativa. 5. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación ética de la acción educativa.

Cuando se producen cambios profundos en la sociedad y en la cultura y transformaciones en los sistemas escolares (reformas en gran escala), se profundiza un proceso de deslegitimación de la acción educativa, que es más o menos agudo según la situación y el nivel del sistema y de otra variables.

Dos son los ejes centrales del tema que voy a presentar:

- El primero tiene como referencia esta pregunta: ¿cómo vive el docente ese proceso de deslegitimación?

- El segundo se pregunta acerca de cómo ha vivido, y vive hoy, los desafíos del proceso de deslegitimación de su acción educativa en su tarea cotidiana.

El esquema de esta presentación consta de dos partes:

a) Se refiere al proceso de deslegitimación en su contexto sociocultural y en la situación educativa,

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Educación. Disertación efectuada el 20 de noviembre de 2001.

b) Muestra algunos caminos en la búsqueda de la legitimación. Una advertencia: se propondrán sólo algunas orientaciones, criterios y aproximaciones a la conceptualización y a las principales cuestiones vinculadas a los objetivos de este trabajo.

Como una vía de aproximación al tema, puede señalarse:

- Que en general, la legitimidad hace referencia al conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que operan como criterios de justificación de normas, instituciones, acciones, y también de la acción educativa. Y puede agregarse que el deseo de legitimidad de las acciones es un anhelo profundo de los hombres y de las sociedades.

- Por su parte la legitimación es un proceso cuyo resultado es la legitimidad... Es un proceso que explica y justifica el orden institucional, las normas y las acciones. Se trata entonces de presentar, esquemáticamente, el proceso de legitimación desde la perspectiva de la acción educativa.

Parece oportuno recordar aquí las ideas de Gimeno Sacristán, cuando sostiene que la formación del docente y su actualización no se deducen sólo de la posesión de destrezas o de conocimientos seguros. Por el contrario, lo fundamental en la formación es ser el fruto de la reflexión sobre las acciones. De modo que los profesores serán respetados en la medida en que expliquen y justifiquen las razones de sus actos y de sus decisiones.

Primera cuestión: el proceso de deslegitimación

Se puede señalar que en el contexto sociocultural de la deslegitimación se destacan procesos fundamentales, que se entrecruzan y que permiten caracterizar la deslegitimación de la acción educativa en las sociedades contemporáneas en transformación.

Entre ellos se señalan:

a) la desinstitucionalización; b) la deconstrucción; c) la desidentificación y la globalización.

El proceso de desinstitucionalización

1. Se desdibujan las pautas de conducta, que reiteradas y predictivas, contribuyen a definir y a solucionar las distintas situaciones o problemas sociales;
2. Se deterioran las reglas del discurso y los canales de comunicación social y personal:
3. Disminuyen la certeza, la predecibilidad y la seguridad que ofrecen las instituciones.

En síntesis, se rompen las ligaduras, las lealtades, las relaciones y los vínculos sociales. Al mismo tiempo se debilita la trama de la estructura social y quedan insatisfechas necesidades sociales básicas.

El proceso de deconstrucción

Del proceso de deconstrucción -presentado y trabajado por Jacques Derrida- sólo interesa destacar algunos aspectos que hacen, específicamente, a la deslegitimación. Deconstruir es un término que implica -como se ha señalado- una ruptura más profunda que la de la crítica. Expresa la des-sedimentación, no sólo de afirmaciones parciales o de hipótesis específicas, sino de las premisas y de los supuestos ocultos desde los cuales se habla. Por este camino se intenta, además, deconstruir los encuadramientos teóricos generales, la ciencia social convencional, la antropología anterior al advenimiento de la posmodernidad, y podría agregarse, los fundamentos de legitimación de la acción educativa.

El proceso de des-identificación

En la identidad los actores sociales se reconocen a sí mismos como personas y en su condición humana justifican el sentido de sus acciones, reconocen el significado de la acción educativa y reconocen otras identidades. El proceso de des-identificación, por el contrario, aparece como un vaciamiento del sentido de la vida y de los soportes culturales que conforman la identidad, erosionando la acción educativa.

El proceso de globalización

En la presentación de este proceso sólo se señalarán aquellos aspectos de mayor interés por sus relaciones con la acción educativa. Se trata de un proceso que tiene la particularidad de modificar dos nociones fundamentales, espacio y tiempo, que al desdoblarse originan tensiones entre:

1. lo local y lo global
2. lo micro y lo macro
3. la homogeneidad y la diversidad
4. la experiencia y el simulacro

Estas cuestiones han sido abordadas, desde la perspectiva educativa, por el Informe Delors. Cabe agregar que, como puede advertirse, son temas íntimamente vinculados a los procesos que se acaban de mencionar y que, sin duda, constituyen una referencia ineludible para el análisis de la acción educativa. Tampoco puede dejar de mencionarse la importancia de la distinción entre experiencia y simulacro, en esa acción. Puede decirse, además, que la globalización genera un rápido proceso de cambio, vinculado a una posmodernidad que expresa un relativismo cultural. Por otra parte son conocidas las diversas interpretaciones y críticas del proceso de globalización referidas a la posmodernidad, a las crisis del Estado Nacional, o al relativismo cultural. Y creo oportuno recordar aquí las ideas de Joaquín Brunner que señala, como rasgo significativo del hombre de la globalización, un estado de ánimo unido al miedo:

Miedo a perder lo que se tiene, sobre todo las convenciones y jerarquías sobre las que se afirma la seguridad;

Miedo a perder aquello que se conoce, en especial valores y verdades que orienten la conducta;

Y miedo a perder lo que se es, porque está en juego la identidad personal.

El docente, tanto en su situación como en sus relaciones educativas, puede correr el peligro de convertirse en este hombre de la globalización, y sentir una angustia cotidiana, ante la necesidad de explicar y justificar las razones de sus actos y de sus decisiones.

Segunda cuestión: algunos caminos en la búsqueda de la legitimación de la acción educativa.

Como se ha señalado en páginas anteriores, este trabajo consta de dos partes: la primera referida al proceso de deslegitimación de la acción educativa, que se acaba de presentar, y la segunda, que se abre ahora, vinculada a la búsqueda de algunos caminos de legitimación de aquella acción.

Cinco son los caminos estratégicos de legitimación, para una búsqueda que parte de la multidimensionalidad del fenómeno educativo. Son los caminos de las legitimaciones científica, antropológica, social, cultural y ética.

1. El camino de la legitimación científica: la reforma del pensamiento

Desde hace algún tiempo se está desarrollando un importante movimiento de ideas que propone una reforma del pensamiento y puede ayudar a responder los problemas del contexto sociocultural que se acaba de considerar. Uno de sus representantes es Edgar Morin, cuyas propuestas parten de un diagnóstico que descubre la situación del conocimiento contemporáneo. De modo que:

- Los saberes aparecen disociados y parcelados en disciplinas, hecho que pone de manifiesto una falta de adecuación frente a realidades o problemas cada vez más pluridisciplinarios, transversales, multidimensionales, globales y planetarios;
- Ningún problema particular puede plantearse y resolverse correctamente fuera de su contexto;
- El pensamiento no es unidimensional sino complejo, lo mismo que la realidad, y en él se manifiestan relaciones entre las partes y el todo; el fenómeno educativo es multidimensional y complejo;
- Nuestro sistema de enseñanza se ha apoyado, básicamente, en los desarrollos disciplinarios de las ciencias, que si bien aportaron la ventaja de la división del trabajo, trajeron el inconveniente de la fragmentación del saber;
- Es necesario trabajar sobre las propuestas interdisciplinarias.
- Hoy se sostiene que las disciplinas se legitiman y justifican cuando desde su campo de visión conciben y reconocen la existencia de vínculos

y solidaridades entre ellas. Por eso se insiste en el surgimiento de un nuevo paradigma cognitivo, que permite articulaciones organizadoras o estructurales entre las disciplinas. Y si bien estos temas han sido siempre una preocupación de la educación formal, hoy se plantean de manera perentoria y con nuevos problemas referidos, tanto al desarrollo de las ciencias cognitivas, como a las distintas situaciones del contexto:

- El conocimiento progresa, sobre todo, no por la sofisticación, la formalización y la abstracción, sino por su capacidad para contextualizar y totalizar.

En síntesis, es preciso afrontar la complejidad.

2. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación antropológica de la acción educativa

Nada hay tan determinante del estilo de educación de una época como la noción de hombre que emplea como punto de referencia. Y hoy se observa la crisis de una concepción de hombre de la que resulta una experiencia de disociación cada vez más compleja y hasta difícil de comprender.

Al mismo tiempo se discuten y profundizan nuevos paradigmas de la antropología pedagógica, que partiendo de una reestructuración, articula en torno a un eje común los elementos constitutivos de la compleja realidad que es el hombre.

El nuevo paradigma personalista se centra en el concepto de persona, que por una parte contribuye a definir los problemas del hombre contemporáneo -en especial los derechos humanos- y por otra, propone volver a las raíces. Reconoce la identidad de la persona, no como el individuo atomizado del paradigma individualista, sino en sus relaciones con los demás, fundamento de la vida social. Reconoce al hombre en su realidad existencial, en su individualidad y personalidad, en su trascendencia, en el sentido de su historia y en el de su proyección en la historia de los demás.

Es una antropología que garantiza los derechos humanos, permite progresar en el conocimiento y descubrimientos de esos derechos al niño y al hombre y se interesa por ampliar los espacios legítimos de libertad exterior y por ofrecer los medios para crear las condiciones sociales y culturales para que el hombre no se vea privado de su libertad interior.

En síntesis, es un paradigma que considera al hombre un ser inacabado y con un porvenir abierto, que elige, decide, tiene razón y voluntad libres y que puede construir, reformar o destruir su propio mundo.

Este camino de legitimación antropológica exige investigar y clarificar, desde la interdisciplina, las cuestiones que plantea hoy la antropología pedagógica, sin descuidar sus vinculaciones con los problemas fundamentales de las acciones que inspiran las políticas educativas.

3. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación social de la acción educativa

Los nuevos caminos de legitimación social de la acción educativa se recorren hoy en el marco de la sociedad democrática, a partir de la revisión de los procesos sociales básicos.

Esta legitimación rechaza los modelos que se afirman en legitimaciones negativas, como por ejemplo: la legitimación por falta de alternativas, que justifica la inoperancia del modelo vigente debido a la falta de propuestas, o la legitimación por el miedo al cambio, que atribuye a determinados modelos la capacidad de contrarrestar los problemas que acosan a la sociedad, aun cuando no satisfacen las expectativas sociales, culturales y educativas.

La legitimación social de la acción educativa exige, entonces, definir las perspectivas y los criterios necesarios para justificar una educación para la apertura, la participación y el pluralismo, en cuanto componentes esenciales de las sociedades democráticas contemporáneas. Pero reconoce, al mismo tiempo, un núcleo de valores no negociables, entre ellos la dignidad de la persona, el derecho a la vida, la no discriminación y en general, los derechos fundamentales del hombre.

4. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación cultural de la acción educativa

La acción educativa ha estado vinculada, durante mucho tiempo y casi exclusivamente, a una concepción unitaria y filosófica de la cultura con una importante tradición en la pedagogía.

Pero a finales de la década del 50, Snow propuso una distinción que rompió el concepto unitario de cultura, al presentar la idea de las dos culturas y al afirmar que las humanidades y las ciencias y la técnica, habían dejado de ser mundos distintos aunque pertenecientes al mismo universo, para convertirse en universos independientes. Estas ideas tuvieron gran influencia en la pedagogía y justificaron una brecha importante entre las humanidades y la ciencia y la técnica, que se proyectó a la educación.

Y hoy la legitimación está transitando los nuevos caminos abiertos por la concepción pluralista de la cultura.

Por su parte Edgar Morin considera que hay varias culturas en nuestra cultura, y que si bien la cultura es una, se presenta con una triple dimensión: humanista, científica y mediática. Estas tres culturas, distintas pero complementarias y a veces en conflicto, pueden coexistir, y de hecho coexisten en una misma persona, y cuentan con sus propias metodologías para seleccionar, organizar y estructurar el saber. Y puede agregarse que cada una tiene su historia, sus clásicos y sus contemporáneos.

También desde una perspectiva sociológica, este concepto de cultura permite hablar de la pluralidad de las culturas, entendidas como las diversas maneras de pensar y de sentir de cada pueblo. En este sentido la escuela ha sido definida como encrucijada de culturas.

Son ideas que dejan abierta una serie de cuestiones vinculadas a la acción educativa y ofrecen nuevos modelos apoyados en una perspectiva dinámica de la cultura, para una educación multicultural. De esta manera se proponen afrontar la diversidad cultural, en y desde la educación, a fin de permitir que los educadores desarrollen distintos modos de promoción del pluralismo cultural.

Asimismo, Angel Pérez Gómez sostiene que en la escuela conviven diferentes culturas: la cultura intelectual propia de las disciplinas, la cultura académica expresada en el curriculum y la cultura escolar que como tal, tiene sus pautas de comportamiento.

El tema que debe clarificarse es cómo se produce el intercambio entre estas tres culturas en el aula, con los profesores y con los alumnos.

Pérez Gómez agrega a estas tres culturas, la cultura social, entendida como el conjunto de significados y comportamientos dominantes en una comunidad y la cultura biográfica, que lleva cada alumno a la institución educativa.

En la actualidad el mayor desafío para la legitimación cultural que aquí se trata, es lograr la síntesis que reclaman la comprensión y la construcción del mundo contemporáneo.

5. Búsqueda de nuevos caminos de legitimación ética de la acción educativa

Esta legitimación vive hoy un momento de crisis, en cuanto se denuncia un cambio en la estimativa de los valores éticos y una desmoralización de la sociedad contemporánea. Se percibe además, un descenso del nivel ético y un clima social, institucionalizado, en el que las personas muchas veces violan normas, sin incurrir en sanciones.

Esto ha llevado a decir a autores como Lipowetsky que estamos viviendo la época del post-deber, propia de un modelo inédito: el de las culturas post-moralistas. Además, como respuesta a la crisis, se alientan éticas fragmentarias que sólo proponen soluciones pragmáticas de los conflictos.

En este esquemático marco de referencia, emergen y se desarrollan las perspectivas que afirman que la situación del hombre contemporáneo conlleva un problema ético, al que es preciso afrontar desde una ética de la responsabilidad y el compromiso.

Es necesario, entonces, reflexionar sobre los fines y los valores, teniendo en cuenta los problemas de las sociedades complejas y plurales. Porque ya no se trata únicamente de reconocer la diversificación del discurso ético, sino de orientar el compromiso moral de las conciencias individuales, para con los valores no negociables y pertenecientes a una problemática común a todos los hombres.

Recordemos que hace ya muchas décadas José Ortega y Gasset señaló que entrábamos a tiempos nuevos, y que con la investigación de los valores nacía una nueva dimensión de la ética. Y agregó que cada época parecía tener una peculiar sensibilidad para determinados valores y una extraña ceguera para otros, hecho éste que determinaba el perfil estimativo de los pueblos.

Y en este momento crece en los sistemas escolares un importante movimiento pedagógico, que pone su interés y su preocupación en la educación moral, en el marco de las sociedades democráticas. Cabe preguntar, entonces, qué papel deben desempeñar las instituciones educativas en el proceso de clarificación de los valores para los que este tiempo tiene sensibilidad y qué caminos conducen a aquellos valores ocultos a los ojos del hombre contemporáneo.

Este trabajo ha recorrido algunos caminos en la búsqueda de principios legitimadores de la acción educativa, pero aún falta mucho por transitar porque creo que para el educador de hoy, esta búsqueda es un problema prioritario de análisis y de investigación.

En tiempos de cambio y de transformaciones, tiene además, una gran importancia, porque se trata de una búsqueda vinculada, no sólo a grandes decisiones de la política educacional, sino a decisiones institucionales, pedagógicas, didácticas, de objetivos, de contenidos, de evaluación.

Y sobre todo, porque es una oportunidad para afianzar nuestra fe en la tarea cotidiana, en la educación y en su poder, y para renovar el compromiso de ayudar a construir un mundo más humano, libre, justo y solidario.

INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS

INCORPORACIÓN DEL MIEMBRO DE NÚMERO DRA. ZLATA DRNAS DE CLÉMENT *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Pedro J. Frías,
en acto público llevado a cabo el 15 de mayo de 2001.

Palabras del académico de número Dr. Pedro J. Frías

Hay un académico que por su especialidad científica y por largos años de colaboración es más calificado que yo para saludar a la Dra. Zlata Drnas de Clément en nombre de la Corporación. Pero he aceptado sin reservas porque aunque nuestra colaboración es reciente, he llegado a ese punto de la amistad que se convierte en admiración.

Admiración, sí, por la serenidad y la racionalidad con que sabe apasionarse por grandes causas. Admiración por su docencia innovadora, creativa y perseverante. También por su trato cálido en las formas más finas de la amistad. Sin quererlo, es una protagonista de nuestra vida cultural y académica en Córdoba.

No importa si en su retiro en Villa La Angostura, trata más con los pájaros y las flores que con las relaciones internacionales. Creo que éstas serían más confiables si los estadistas aceptaran a los otros como los acepta Zlata.

Aunque yo no sea internacionalista ni ambientalista como ella, me atribuyo el título pero sin credencial. Soy un aficionado que discierne y puede equivocarse. Pero reconozco los méritos de quien ha estudiado en dos libros exhaustivamente el derecho ambiental en Córdoba y ha colaborado siempre en las iniciativas del Instituto de Federalismo en esta materia.

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 133.

No suelo ser prolijo con el curriculum, pero aunque tengo uno condensado, es tan rico que algo recapitularé.

Se doctoró en la Universidad Nacional de Córdoba, con nota sobresaliente y recomendación de publicación. Pero sus posgrados son tan numerosos que sólo me detengo en el del Comité Jurídico de la OEA y en la Academia de La Haya.

Inicia su docencia de tanta proyección. Actualmente es adjunta por concurso en la Universidad Nacional de Córdoba y titular en Universidad Católica de Córdoba. Pero lo notable de Zlata es la formación de recursos humanos. En los últimos cuatro años, ha dirigido veinte tesis y ha sido jurado en veinticuatro. Sólo en los últimos cuatro años.

Ha recibido muchas distinciones pero me detengo en su autoridad como operadora cultural por tantas asociaciones que la han vinculado, por tantas jornadas de estudio que ha dirigido o en que ha enseñado.

Y la operadora cultural -lo sé bien- se prestigia en la dirección del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales entre nosotros, pero si no está en Villa La Angostura, está en el CONICET o en CONEAU como evaluadora de la calidad de las Universidades argentinas.

A medida que pude apreciar su dimensión humana y su prestigio científico, me propuse sumarme a quienes aprenden de ella. La incorporé pues a la Comisión Directiva de la Filial Córdoba del Instituto Argentino Chileno de Cultura, que espera mucho de ella.

Y hay mucho más. La conferencia que nos aprestamos a oír podría darla en inglés, alemán, francés y ruso.

Pero ésta es una presentación de quien no necesita presentación. Es su personalidad la que prevalece en su generosa actividad cultural. Y como la cultura es lo que queda después que todo lo demás se ha olvidado, la saludo como tal personalidad que enriquecerá nuestras reflexiones y seguirá proyectándose a la sociedad, no sólo cordobesa sino del mundo.

INCORPORACIÓN DEL MIEMBRO DE NÚMERO PBRO. DR. NELSON C. DELLAFERRERA *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Humberto Vázquez y se llevó a cabo en acto público el 29 de mayo de 2001.

Palabras del académico de número Dr. Humberto Vázquez

Este mes de Mayo, mes de la Patria, ha sido un “mes de estrenos” para la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Hemos estrenado un nuevo presidente, el Dr. Olsen Ghirardi, y por consecuencia lógica un nuevo vicepresidente, el Dr. Ricardo Haro, y también un nuevo presidente de honor, el Dr. Luis Moisset de Espanés.

Hace pocos días estrenamos también, supliendo con la calidad, la cantidad que exige del “cupó femenino”, la incorporación lujosa de una brillante internacionalista, la Dra. Zlata Drnas de Clement.

Pero hoy, colegas académicos, amigos que nos acompañan, el estreno es por partida doble: porque “estrenamos” un nuevo académico, pero que es, a la par, *el primer sacerdote* que se incorpora como miembro de número a la Academia Nacional de Derecho.

A usted, Pbro. Dr. Nelson Carlos Dellaferrera, no digo que le cabe ese timbre de honor, aunque en verdad lo es y en grado sumo, sino digo que le cabe una *gran responsabilidad*.

Porque desde que el cristianismo advino al mundo, *la vida del hombre ha cobrado un destino trascendente*, que no conoció el mundo antiguo.

Acaso lo presintió ya el filósofo Platón cuando imaginó su “*topos uranos*”, y lo preanunció luego el poeta Virgilio, en el dulce caramillo de sus versos precursores.

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 165.

Pero es el sacerdote, luz del mundo y sal de la tierra, el que, desde Pedro y Pablo orienta y guía a los hombres hacia ese destino trascendente.

En este caleidoscopio de disciplinas jurídicas que viven bullentes en el seno de la Academia, epicentro fructuoso y múltiple de la actividad intelectual: Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Comercial, Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, etcétera, etcétera, nos estaba faltando el Derecho Canónico.

Por eso usted, padre doctor, hombre como nosotros, pero “*homo Dei*”, hombre de Dios, al incorporarse a la Academia trae consigo los Evangelios, las Encíclicas, los Concilios, los Sínodos... Viene con usted el “*verbum Dei*”, la palabra de Dios...

Y particularmente viene con usted, padre, el Derecho Canónico, su campo de acción y de labranza, en esta “vía” hacia aquel destino trascendente.

Rememoro, entonces, aquel imperecedero *ius romanum* que sobrevive a las cenizas del Imperio y en la Edad Media se ensambla con el *ius canonicum* luego del “*Decretum Gratiani*”, para alumbrar juntos ese inmenso, ese enorme *ius commune*, Derecho Común o Intermedio, con vigencia en toda la Europa durante esos siglos.

Ese *ius commune* europeo es el fundamento, el sostén, la gleba nutricia en que frutecieron los códigos de los distintos Estados, que se fueron formando al desmoronarse los imperios.

De allí también el nacimiento, entre los siglos XI y XIII, de grandes universidades en Italia, Francia y España, donde se enseñaba el Derecho Canónico a la par del Derecho Civil, egresando sus laureados con el título de “*Doctor utriusque iuris*”, doctor en uno y otro derecho: los derechos Civil y Canónico.

De esta stirpe canónica e historiadora proviene el sacerdote jurista que se incorpora hoy a la Academia de Derecho.

Cursó los estudios de Humanidades, Filosofía y Teología (doce granados años) en el Seminario Metropolitano “*Nuestra Señora de Loreto*” de esta ciudad de Córdoba.

Ordenado sacerdote un 5 de diciembre de 1953, pronto nomás partió hacia Roma, donde la eternidad se toca con la punta de los dedos. Allí, durante seis años, cursó sucesivamente el Bachillerato, la Licenciatura y finalmente el Doctorado en Derecho Canónico, en la Pontificia Universidad Gregoriana de la ciudad eterna.

¿Recuerda, padre, aquel himno de los estudiantes gregorianos, llegados de toda América a Roma: “*Tiernos hijos de América hermosa, que alma abriga la eterna ciudad...*”?

Por ello profesa hoy al frente de la Cátedra de Derecho Romano, en el “Estudio Teológico de Córdoba”. Es profesor ordinario de Historia del Derecho y de las fuentes del Derecho Canónico, en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina al igual que profesor de Derecho Penal Canónico, en la misma Facultad.

Ha dictado inúmeros cursos y conferencias en universidades e Institutos del país y del extranjero: México, Perú, Puerto Rico, España, etcétera.

Un caudal vasto de publicaciones enriquecen su curriculum. Su pluma, seria, acuciosas, inquisitiva, perescruta episodios notables de nuestra historia, en especial la historia eclesíástica.

Émulo del padre Furlong como del padre Grenón, es colaborador permanente de los *Cuadernos de Historia*, publicación del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, al igual que en la Revista *Criterio* y en el *Anuario Argentino de Derecho Canónico*.

Presbítero, doctor, Nelson Carlos Dellaferrera, para escuchar su “Epístola a los Académicos” sobre la “Acción espiritual y civilizadora de la justicia eclesíástica”, vamos a transformar, por unos instantes, este ámbito académico en un recinto sagrado, por el que ha de cruzar, así lo siento, como una ráfaga, el espíritu del patrono de esta Academia, el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, que egresó de nuestra Universidad de Córdoba con el título de “*Bachiller in utroque iure*”, bachiller en uno y otro derecho, es decir, en Derecho Civil y Derecho Canónico.

Presbítero, Doctor, Nelson Carlos Dellaferrera, Padre Nelson: *Gratulatio de adventu, Alleluia, Ad multos annos...!*

He aquí una “vía” más hacia ese destino trascendente.

*

Palabras del Dr. Nelson C. Dellaferrera

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Señor cardenal y arzobispo emérito, Señor arzobispo de Córdoba, Señor secretario de Culto de la Nación, Señores académicos, Señoras y señores:

Incorporar un canonista a esta benemérita Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, supone de parte de sus miembros una cuota no común de grandeza y de audacia. Quienes me escuchan conocen bien el aforismo medieval: “*Legista sine canonibus parum; canonista sine legibus nihil*”.

Hoy se agrega a esta corporación alguien que sólo posee la ciencia de los cánones, porque carece de título académico en la ciencia y el arte del derecho civil.

Los señores académicos han querido valorar una legislación bimilenaria, asentada en el recto pensar filosófico-teológico, que ya desde los primeros concilios ecuménicos fue capaz de enseñar a Occidente un novedoso concepto de persona que los griegos jamás habían soñado. Esta inédita concepción de la persona permitió mitigar la rigidez del Derecho Civil e hizo posible elaborar el concepto de persona jurídica.

La importancia que el Derecho Canónico y las instituciones que éste supo crear, marcaron la cultura jurídica de Occidente y con la llegada de la Edad Moderna se extendió a los países hispano-americanos, donde Papado y Corona pusieron las bases del Derecho Canónico Indiano, fragua y matriz de un derecho particular inédito.

Con este gesto los señores académicos han hecho posible que ambos derechos vuelvan a estar juntos en Córdoba, no para generar discusiones con respecto al *ius commune* romano-canónico en tanto que distinto de la ley local o costumbre, ni para producir conflictos entre la jurisdicción eclesiástica y la secular, sino para un mejor servicio a la comunidad.

La ceremonia que nos congrega despierta en mí sentimientos muy hondos.

Gracias, señores académicos, porque en mi persona han querido tributar, sinceramente, el honor a la Iglesia Católica en Córdoba.

Quizás algunos valoraron en poco la decisión del rector Francisco Delich y el beneplácito del señor cardenal arzobispo de colocar en el salón de grados de la Facultad de Derecho las efigies de los santos mártires rioplatenses Alonso Rodríguez y Juan del Castillo, ex alumnos de la Facultad de Teología de la Universidad.

Pocos apreciaron el gesto de la académica doctora Berta Kaller de Orchansky, quien siendo decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional autorizó el dictado de cursos de Derecho Canónico en esa Facultad en los años 1983 y 1984, apenas promulgado el nuevo Código de

Derecho Canónico, cursos en los que tuve la honra de participar junto a laicos dedicados al estudio del derecho canónico y del derecho eclesiástico.

Quiero agradecer a los señores arzobispos de esta sede cuatro veces centenaria. En primer lugar a monseñor Fermín E. Lafitte, quien alentó mis estudios en Europa y gestionó la beca que los hizo posibles. Gracias a monseñor Ramón J. Castellano, quien guió mis primeros pasos como joven canonista de la curia cordobesa. Gracias al señor cardenal Raúl Francisco Primatesta, que me tuvo a su lado como fiscal de Curia en el Tribunal Eclesiástico y me hizo su asesor en los trabajos de codificación y reforma del Código promulgado en 1983. Gracias al actual Sr. arzobispo porque me ha ratificado su confianza. Gracias al señor arzobispo emérito de Mendoza, monseñor Cándido G. Rubiolo, quien siendo rector del Seminario de Loreto me presentó como candidato a la beca otorgada por el gobierno nacional.

Gracias al Dr. Roberto Ignacio Peña, quien a partir de 1962 me propuso la vida intelectual como un apostolado, me instó a escribir y me distinguió con su amistad. Gracias al Dr. José María Mariluz Urquijo, a la Dra. Daisy Rípodas Ardanaz y al Dr. Víctor Tau Anzoátegui, que me orientaron en mis trabajos de historia del derecho.

Gracias a todos los amigos que me acompañan esta tarde.

Gracias a mis padres y a toda mi familia.

*

En cumplimiento de lo establecido en los estatutos de la Academia me referiré al sillón que he elegido y se me ha adjudicado y a quien me ha precedido en él.

El sillón Manuel Lucero había sido creado el 23 de setiembre de 1964. Doce años después, el siete de diciembre de 1972, era ocupado por primera vez por el Dr. José Severo Caballero, quien en diciembre de 1984 pasó al sillón Cornelio Moyano Gacitúa. Con una vacancia de casi diecisiete años me apresto a ocuparlo y honrarlo como su titular merece.

Lucero fue el gran rector que puso los cimientos de la Universidad moderna. Casi me atrevería a decir que es el hombre que materializó las ideas de Sarmiento para promover las ciencias fisicomatemáticas, la investigación y la creación de los primeros centros de desarrollo científico en la provincia. A partir de 1874, Lucero será el continuador laico del

obispo Trejo y Sanabria, de los grandes rectores y organizadores de la Compañía de Jesús, de los padres franciscanos, del Deán Funes y el clero secular en la primera gran reforma decimonónica.

A él debemos el acrecentamiento del patrimonio de la Biblioteca Jesuítica, la consolidación de la Academia de Ciencias creada por Sarmiento en 1869. La firmeza y la cautela de Lucero posibilitaron la aprobación del reglamento de esa institución y su independencia de la Universidad en 1878. Él será uno de los principales propulsores de la creación de la Facultad de Ciencias Matemáticas y Físicas, así como de la Facultad de Ciencias Médicas en 1877.

Lucero es el político sagaz y visionario, inteligente e incansable artífice de los intereses del interior. A él debemos la ley de derechos diferenciales y la motorización de una política que habría permitido el desarrollo armónico de las provincias interiores unidas a la hermana del puerto.

Había nacido en San Javier, en el valle de Traslasierra, de familia cristiana. Fue masón, es verdad, pero amó intensamente a su patria, su ciudad y a su universidad. No es menos verdad que solicitó la presencia de un sacerdote en sus últimos días. En su hora postrera, el delirio le hizo soñar la Facultad de Medicina y a la Virgen Inmaculada, Patrona de la Universidad, cuya solemnidad quería celebrar con pompa nunca vista.

El Dr. José Severo Caballero llegó a esta Academia después de haberse desempeñado en la magistratura, en la cátedra universitaria y en la investigación científica. Verdadero hombre de ciencia, recorrió su camino con pie firme. En su obra se advierten la sutileza de ingenio y la continuidad en el esfuerzo metódico que lo condujeron a la plenitud.

Es suficiente leer uno de sus últimos trabajos acerca de “La usurpación, art. 181 del C.P. -según la Ley 24.454- y su relación con la acción de despojo del Código Civil” para advertir hasta qué punto el análisis de las raíces romano-canónicas de los arts. 2468 al 2501 del Código de Vélez Sársfield se entronca con las prescripciones del c. *Saepe contingit* del IVº Concilio de Letrán de 1215 ¹.

¹ Confr. A. GARCÍA Y GARCÍA, *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum*, en *Monumenta Iuris Canonici*. Series A: *Corpus Glossatorum*, vol. 2, Città del Vaticano, 1981, c. 39, pág. 81.

Se puede afirmar que la doctrina de la protección de la posesión y la adquisición por posesión prolongada fueron escritos nuevamente por los canonistas. Basta traer a la memoria el antiguo principio “*Spoliatus ante omnia restituendus*”, con el que los canonistas protegieron la propiedad de la Iglesia frente a la prepotencia de los señores feudales.

A este propósito, ya en 1930, Bibiloni había señalado en su Anteproyecto de Código Civil, palabras que sólo pueden escribir aquellos que realmente conocen la letra y el espíritu del derecho. Decía al efecto:

*“Con deshacerse rápidamente de ella, el autor de un ataque armado contra la posesión de otro, haciéndola pasar a manos de una persona de buena fe, o sucesivamente a la de ocultadores de segundo grado, burla el derecho del poseedor despojado con violencia. La posesión no le ha servido para nada; la ley no la ampara; no es acción real. Mejor la defendía el Concilio de Letrán en plena Edad Media”*².

El núcleo de las acciones posesorias está centrado en el antiguo derecho romano-canónico, que todavía hoy tienen en cuenta las modernas legislaciones seculares.

Por eso, cuando Caballero analiza los modos de comisión del despojo y estudia la violencia, las amenazas, los engaños, los abusos de confianza y la clandestinidad, está rescatando antiguos conceptos canónicos.

Finalmente, teniendo en cuenta que el c. 1500 del CIC 1983 establece que: “*sobre la naturaleza y efectos de la acción posesoria, deben observarse las normas del derecho civil los lugares en que se encuentra la cosa cuya posesión se discute*”, se advierte fácilmente que el nuevo código ha optado por la supresión de toda norma propia relativa a la posesión, sentando así el precepto de la remisión a la ley civil.

De este modo, la Iglesia, Madre y Maestra, entrega al mundo la riqueza de sus formulaciones jurídicas, confía a la sociedad el legado histórico que hace posible transvasar el espíritu del derecho canónico a la letra y el espíritu de la legislación secular. Con palabras lapidarias lo formuló R. von Ihering:

² BIBILONI, *Anteproyecto de Código Civil*, Buenos Aires, 1930, págs. 94-95, “De las defensas y acciones posesorias”, notas a los arts. 35-37.

*“Tres veces Roma dictó leyes al mundo y sirvió de lazo de unión entre los pueblos: primero por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego por la unidad de la Iglesia a la caída del imperio romano; finalmente, la tercera vez, por la unidad del derecho como consecuencia de la recepción del derecho romano en la Edad Media. La primera vez por la coacción externa mediante la fuerza de las armas, las otras dos veces mediante la fuerza del espíritu”*³.

Hoy vuelve a repetir el gesto asumiendo ella misma en su cuerpo legal la normativa del derecho secular. Lo hace en reiteradas ocasiones con una única salvedad contenida en el c. 22: *“Las leyes civiles a las que se remite el derecho de la Iglesia, deben observarse en el derecho canónico con los mismos efectos, en cuanto no sean contrarias al derecho divino ni se disponga otra cosa en el derecho canónico”*.

Las principales remisiones sin ser las únicas, pueden verse con respecto al nombramiento del tutor (c. 98 § 2); sobre la adopción (c. 110); en materia de prescripción (c. 197) y en los contratos (c. 1290); tocante a las *disposiciones mortis causa* (c. 1299); cuando se trata del testamento de los religiosos (c. 668); en lo referente a la transacción y compromiso arbitral (cc. 1414 y 1716). Por otra parte remite al fuero civil en las causas de efectos meramente civiles del matrimonio (c. 1762) y en las causas de separación de los cónyuges (c. 1692, §§ 2 y 3).

Es labor del canonista resolver las dificultades que puedan presentarse con respecto a las disposiciones del derecho canónico. Nunca habrá de olvidar el espíritu del derecho canónico si quiere moverse con libertad, de manera que nadie crea, como advierte la jurisprudencia de la Rota Romana, que *“no puede salir nunca del cancel de la ley civil”*.

Córdoba, 29 de mayo de 2001.

³ R. VON IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, versión francesa de O. Meulenaere, t. I, París, 1877, pág. 1.

INCORPORACIÓN DEL MIEMBRO DE NÚMERO DR. ARMANDO ANDRUET (H) *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Olsen A. Ghirardi y se llevó a cabo en acto público el 26 de junio de 2001.

Palabras del académico de número Dr. Olsen A. Ghirardi

Señora presidenta del Superior Tribunal de Justicia, Dra. Berta Kaller de Orchansky, señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Ramón Yanzi Ferreira, señor camarista federal, Dr. Luis Roberto Rueda, señores presidentes honorarios de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores académicos, señoras y señores:

En la tarde de hoy nos complacemos en recibir al Dr. Armando Andruet (h) que se incorpora como miembro de número de nuestra corporación. Lamentablemente debo hacer, en primer lugar, un anuncio que a mí, personalmente, mucho me hiere por el afecto que nos unía: ha fallecido en la fecha nuestro miembro correspondiente en La Plata, Dr. Juan Carlos Smith. Fue presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, afiliada a la I.V.R., durante casi veinte años, tarea en la que yo le acompañara como vicepresidente. Le tocó al Dr. Juan Carlos Smith refundar dicha institución, quien le dio una proyección nacional e internacional, cuyos frutos se manifestaron con la elección como presidente de la I.V.R., de un iusfilósofo argentino, el Dr. Eugenio Bulygin. Concluido su ciclo en dicha asociación, el espíritu inquieto del Dr. Smith le condujo a fundar la Escuela de Filosofía Práctica, con sede en La Plata, tarea en la

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 223.

que yo también le acompañara. Pido nos pongamos de pie y guardemos silencio un instante como homenaje a su memoria.

Comúnmente el presidente, en un acto de incorporación, se limita a abrir el acto y dar intervención a quien saluda al miembro que ingresa. Pero, esta tarde, por la propia decisión del nuevo miembro, me corresponde a mí saludar al Dr. Armando Andruet (h) y lo hago con superlativa complacencia no exenta de emoción.

Los merecimientos que le llevaron a esta Academia le encuentran muy joven aun. Es cierto que es mayor que Condorcet, aquel ejemplar estudioso que llegó a la Academia de Francia a los veintiséis años y fue su secretario a los treinta y tres, pero su caso no es nada común entre nosotros. Y le recibimos siendo abogado, doctor en Derecho y vocal de la Excma. Cámara Civil y Comercial Quinta de esta Capital. Ha participado, además, en numerosos congresos, simposios y cursos y ha dictado no menos de cincuenta conferencias en diversos lugares del país y del extranjero. Actualmente se desempeña también como profesor titular de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Igualmente es profesor de post grado en la cátedra de Ética Médica de la Facultad de Ciencias Médicas y es profesor de actividades de post grado de la Universidad Católica de Santa Fe, de la Universidad Austral de Buenos Aires, de la Universidad de Deusto (España) y en la Universidad de Unisinos (Brasil). Después de recorrer toda la gama de cargos jerárquicos llegó a desempeñar el cargo de decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, cargo que desempeñó durante aproximadamente doce años. Fue Presidente de la Comisión Nacional de Justicia y Paz de la Conferencia Episcopal desde 1998 hasta 2000. A pesar de su juventud ya ha escrito varios libros, entre los que caben mencionar *Estudios de Filosofía del Derecho* (1993), *Deontología del Derecho. Estado actual de la cuestión* (2000), publicado por esta Academia y *Ejercicio de la Abogacía y Deontología del Derecho*. Es un antiguo conocido de nuestra Academia puesto que ha recibido el premio *Joven Jurista* y ha sido premiada su tesis con el *Premio Dalmacio Vélez Sársfield. Tesis Sobresaliente*. Por otra parte, ha colaborado en publicaciones colectivas, especialmente en nuestro Instituto de Filosofía del Derecho, del cual es uno de sus miembros, además de secretario, cargo en el que se muestra prolijo, concienzudo y eficiente. Ha publicado artículos en número no menor de setenta en revistas de la es-

pecialidad que cultiva. Es, finalmente, aunque esta enumeración no es exhaustiva, director de la Sala de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Córdoba y es miembro ordinario del Comité de Bioética de la Universidad Católica de Córdoba, colaborador de la Revista *Foro de Córdoba*, de la editorial Alveroni y autor de un anteproyecto de Código de Ética, modelo para la Magistratura de Córdoba. Estos son méritos académicos logrados paso a paso en una labor permanente y constante. Aún recuerdo cuando comenzó a asistir a mis clases de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica, siendo ya abogado, con humildad y persistencia. Así se inició, trabajando y perseverando en sus tareas, estudiando, escribiendo, dictando conferencias y, en su virtud, ha logrado suficientes méritos para ser miembro de número de esta Academia.

A raíz de una nota-recensión que me envió hace poco, ha tocado mis fibras más íntimas y profundas. Ello me invita a hacer una reflexión acerca de las relaciones que pueden existir entre el profesor titular de una cátedra y quienes se acercan a esa cátedra y comienzan desde el peldaño más humilde. Yo diría que, cuando la relación es profícua y cuando existe afinidad intelectual, la carrera y la labor se hacen más sencillas para todos los que intervienen en ella. Hace pocos días, en una visita que me hizo el académico Dr. Fernando Martínez Paz, tuvimos un diálogo realmente nutricional, en cuyo desarrollo hablamos de temas muy importantes referidos a los problemas de la educación y a los problemas sociales que se presentan frecuentemente en nuestro país, y, en cierto momento, me hizo, de improviso, una pregunta: “¿Por qué existen tan pocos discípulos que se desempeñan al lado de sus maestros al culminar su carrera? ¿Por qué ocurre eso?”. Sin meditar le contesté con apenas tres palabras: “Por el desarraigo”. Y, en efecto, cuando pienso en el antiguo pueblo griego, en esa tríada famosa de Sócrates, Platón y Aristóteles, me asombra siempre, realmente quedo asombrado, comparando esa situación y los tiempos actuales de nuestro país, al comprobar que, desde el año 470 a. de J.C., fecha aproximada del nacimiento de Sócrates y el año 322, también a. de J. C., fecha de la muerte de Aristóteles, algo más de siglo y medio, hubo una relación de maestro a discípulo verdaderamente ejemplar. Sócrates muere -como todos ustedes sin duda saben- bebiendo la cicuta a los setenta años. Platón, que le seguía desde los veintisiete años, lloró en el acto de la muerte del maestro y su *Apología* demuestra que no hubo una mera relación impersonal sino una mucho más profunda. Las lágrimas no fueron un gemir de circunstancia: había una relación profunda, afectiva, de amor intelectual, que trascendía la mera formalidad de

las clases. Lo mismo podemos decir, luego, del maestro Platón y de su discípulo Aristóteles. Esos fueron maestros de verdad y discípulos sin par. La condena a muerte de Sócrates, que murió para dar el supremo ejemplo del maestro que había enseñado a obedecer las leyes de su país y rechazó una posible huida de su cárcel, nos dice que esta inmola-ción era la muestra más acabada del amor por sus discípulos. Y no se crea que aquellos eran años de bonanza. En su transcurso, hubo conju-ras, revoluciones, guerras, pero, sin embargo, los vínculos permanecie-ron incólumes. Maestros y discípulos permanecieron unidos en el saber, en el pensar, en el obrar. La unión en el amor a la Patria y el amor a la sabiduría fue inmovible.

Estas palabras que improviso pero no improvisa mi corazón- me ha-cen pensar que, entre nosotros, suele darse la contracara de aquellos remotos tiempos. Cuenta quien fuera presidente de esta Academia, el Dr. Enrique Martínez Paz, en su *Tratado de Filosofía del Derecho*, que ya en 1835, el profesor Ramón Ferreira, tuvo que alejarse de nuestras aulas, por cuestiones ideológicas y políticas, para refugiarse en el Perú donde publicó una obra sobre Derecho Natural. ¿Qué nos pasa, a noso-tros los argentinos? ¿Qué nos pasa que somos tan intolerantes? ¿Qué nos pasa que no podemos soportar opiniones diferentes a las nuestras? Y la consecuencia es el desarraigo, siempre el desarraigo. Desarraigo por mudar de país. Exiliarse yendo a un país extranjero. Exiliarse quedán-do-se en el propio país, cuando este exilio interno, suele ser, a veces, más cruel que el otro, pues comprobamos que se nos alejan, por temor -temor justificado- hasta nuestros propios amigos y nuestros discípulos.

Termino ahora estas palabras que se volcaron por sí mismas, casi sin ser pensadas, pero dictadas por el calor interno que nos impulsa a manifestarlas, para entregar al nuevo miembro de número que se incor-pora el diploma que lo acredita como tal.

*

Breve agradecimiento del Dr. Armando S. Andruet (h.)

Antes de proceder a dar lectura a nuestros discursos, quiero decir algunas palabras para efectuar unos merecidos agradecimien-tos personales.

Así es como el primero que corresponde lo es para quien me ha presentado, el Dr. Olsen Ghirardi, quien a lo largo de los años me ha prodigado no sólo la vocación por el estudio, sino su mismo afecto. Siento orgullo por el fecundo trabajo que he realizado a su lado, como así también me reconozco su deudor intelectual; y ello sin eufemismo alguno.

Una consideración también a la Corporación Académica que hoy me acoge como miembro de número, porque estimuló sanamente mi estudio e investigación, otrora como Premio Joven Jurista y más adelante premiando mi propia tesis doctoral. En igual jerarquía a la Universidad Católica de Córdoba y con ella a la Compañía de Jesús, donde profeso mi actividad académica y que me honrara con ser decano de su Facultad de Derecho, fortaleciendo con ello mi contracción al estudio, al orden y a la perseverancia.

Debo destacar también mi gratitud a los Sres. miembros de número, que admitieron mi incorporación a esta Corporación evaluando que mis antecedentes y méritos eran suficientes para ser considerado un par.

Por último mi gratitud no académica sino de vida a mi esposa Alicia, quien padece y se compadece por los éxitos y fracasos que nos han acompañado.

Les quedo entonces agradecido y reconocido por lo que han hecho por mí, y de seguro que no lo olvidaré de por vida.

Muchas gracias.

Recuerdo a la obra de Jorge Carranza

I. Tal como se nos impone por el Estatuto de esta Academia Nacional de Derecho ¹, antes de referirnos a nuestro trabajo científico preparado para esta privilegiada ocasión, debo tener un recuerdo de la obra realizada por mi antecesor en este «sillón académico» y que lleva por nombre el del reconocido maestro y jurista de no pocas generaciones de doctrinarios, profesores, magistrados y abogados, como es el de Enrique Martínez Paz; que fuera instituido como tal en 1952, primeramente ocu-

¹ Estatutos con sus reformas de 1965 y 1995, art. 7º; *vide en Anales t. XXXV.*

pado por el Dr. Enrique Martínez Paz (h.) desde 1957 hasta su fallecimiento, y luego, a partir 1993, por el Dr. Jorge Alberto Carranza, a quien me corresponde dignamente suceder.

Resulta difícil ponderar qué cosas decir y cuáles no cuando se trata de hacer una mirada retrospectiva de personalidades siempre ricas, no sólo en lo personal existencial sino también en lo científico y académico. Generalmente existe la nombrada duplicidad de virtudes: los grandes maestros son también grandes hombres. En verdad que de Jorge Carranza no se puede dudar en modo alguno de que dichas virtudes se sumaron, y una a otra potenciaron una figura de una talla tan robusta como la que físicamente tenía nuestro antecesor en el sillón de Enrique Martínez Paz.

De cualquier manera, algún camino deberé seguir para trasladar a ustedes dicho recuerdo, alertando también que me será difícil quitar del recuerdo, como no dudo que ocurrirá a muchos de los presentes, que habrán tenido una mayor proximidad afectiva -a más de intelectual- con nuestro recordado jurista, esa calidez de persona bien nacida y dispuesta antes que recibir a dar.

He preferido no el camino de la crónica de acontecimientos académicos y científicos que fueron jalonando la vida pública de Jorge Carranza, sin perjuicio de que algunos datos de tales referencias deban inexorablemente ser nombrados; tampoco me convertiré en exégeta de su obra jurídica, puesto que carezco de autoridad profesional para ello y su misma vastedad importaría asumir como verdad lo que en rigor no lo es. Sin embargo, también efectuaré algunas consideraciones sobre ella.

Finalmente debo decir que intentaré mostrar un rasgo del pensamiento de Carranza que permita obtener algunas conclusiones para el ámbito de nuestra disciplina de estudio que es la iusfilosofía y a la que sumaré con gran provecho aportes no menores que me fueran ofrecidos de un vasto epistolario del profesor de Río Cuarto con su amigo aquí presente, Dr. Luis Moisset de Espanés; el que me ha permitido conocer la absoluta continuidad bondadosa que existía en Carranza del pensamiento jurídico técnico del derecho a la acción concreta y singular, no sólo del jurista, sino también del litigante profesional, del amigo leal, del marido compañero y del padre ejemplar.

Vaya entonces mi profunda alegría y dignidad de poder ser sucesor en el sillón numerario de quien como muestra de generosidad desmedida y provocación al crecimiento intelectual, casi veinte años atrás, obsequió a aquel inquieto joven una de sus obras y en la cual escribió con

total exageración una dedicatoria que ahora recuerdo con sentido afecto ². Hoy, los caminos siempre imprevisibles de la vida me permiten hacer este recuerdo, que más que recuerdo es siempre gratitud; por todos los que de una u otra manera, y esta no fue menor, nos alentaron fatigosamente a veces, a no cesar en la gestión del pensamiento como modo de auténtico crecimiento.

II. Jorge Alberto Carranza nació en la ciudad sureña de Río Cuarto el 24 de febrero de 1928, lugar donde también lo tomaría la muerte, el 2 de agosto de 1997. A lo largo entonces de esos pocos 68 años, pudo desarrollar con total suficiencia presencias muy fuertes en todos los ámbitos en los cuales se vinculó; sus amigos de toda la vida recuerdan su bondad entrañable. Quizás como dato curioso se pueda señalar que el tiempo, lejos de oscurecerla, la ponía más de relieve; lo cual dice que no era mera ingenuidad sino auténtica hombría de bien nacido la que como tal fluía en su mismo acontecer.

Su actividad en los estudios de grado le hicieron merecedor del premio más digno para cualquier graduado como es la Medalla de Oro, la que obtuvo en la promoción de 1951 de la Universidad de Córdoba. Casi inmediatamente de obtenida su graduación, se incorpora a la actividad académica, como auxiliar, adscripto y finalmente titular en las cátedras de Derecho Civil I en la Universidad del Centro, en Río Cuarto, como así también en la misma cátedra en la Universidad Católica de Córdoba; acontecía todo ello en la década del 60 y nuestro maduro profesor ya de derecho civil, próximo a sus cuarenta años, disponía su mejor esfuerzo para la defensa de su tesis doctoral, la cual fuera recibida en 1969, calificada de modo sobresaliente y que llevara por título *El negocio fiduciario en el derecho civil argentino* (inédita).

A partir de la nombrada fecha, se puede señalar que existe una producción bibliográfica muy importante y que como tal, se advierte ro-

² La transcribimos, no por el elogio que se nos dispensa sino por la muestra de generosidad de su autor. Reza: “*Al capacitado jurista Dr. Armando Segundo Andruet, que pese a su juventud está en condiciones de proseguir la dura pero no por ello menos apasionante lucha por el derecho, desde la ética y la filosofía, esta monografía como homenaje cordial del autor. Córdoba, junio de 1984. Jorge Carranza*”.

busta al menos durante los próximos veinte años, notándose su decaimiento intelectual como reflejo irrefutable de que su propia salud no lo acompañaba como antes alrededor de la década del 90. A modo sólo de indicación cabe decir que no son menos de 150 publicaciones las que el profesor Carranza realizó, contabilizando en este número comentarios, reseñas, recensiones, artículos, prólogos y libros.

Resultaría caprichoso citar algunas obras y a la vez omitir otras tantas, sería arbitrario comentar algunas y callar lo importante que existe en las restantes. Motivo por el cual, y sólo con la licencia del entrañable afecto y respeto intelectual que guardo por Jorge Carranza y para ensayar una consideración que tenga alguna rigurosidad científica, debo señalar que habré de detenerme sólo en las obras mayores del profesor riocuartense, e intentaré espigar mediante ellas un perfil del nombrado jurista y con particular interés por aquello que no es lo propiamente civilístico que en él existe.

Describiremos, sobre las fuentes que contamos, cuatro períodos. El primero de ellos corre desde su egreso en 1952 hasta finales de la década del 60. Por dicha época, se advierte en sus artículos un interés al menos compartido no sólo por los temas del derecho en general, sino por aquellos otros más vinculados a la filosofía, a las artes en general e incluso a la psiquiatría. Dan muestra directa de ello, las diversas colaboraciones que tuviera en la revista local de Río Cuarto, *Trapalanda - Arte, Ciencia, Letras* y de la cual incluso (hasta donde conocemos) fuera su cofundador. De la misma manera los aportes que realizara en la revista *Pregón*, de características similares a la anterior, o en la menos conocida *Soco-Soco*, donde apuntaría entre otros, su ensayo de crítica literaria a la novela misma.

No debe parecer extraño lo indicado, puesto que quien recorra su obra escrita ulterior advertirá siempre no sólo una cuidadosa estética en sus escritos, sino también una preocupación que siempre intenta atravesar el mero fenómeno social de lo jurídico, intentando dar explicaciones acerca de él desde la propia filosofía. En verdad hay que destacar que Carranza fue hasta los últimos años de su vida productiva un auténtico promotor de la cultura en general, hombre que disfrutaba de la pintura, que formó parte de la Sociedad Argentina de Escritores, que por el solo amor a los libros de pronto se convirtió en librero.

Recién luego de los años 60, en el segundo momento, se comienza a advertir una notable incidencia de lo jurídico con predominio sobre lo

estético en general; dicha gestión se verá coronada con su defensa de tesis doctoral en la convulsionada Córdoba del 69. En esa década se puede seguir la pista de la preocupación intelectual del autor en una producción muy importante de contribuciones efectuadas a revistas especializadas, particularmente a *Jurisprudencia Argentina*, en donde se advierte la mayor incidencia de los comentarios bibliográficos, que como tal y con rigor, revelaban las nutrientes intelectuales de un pensamiento que nacería casi, por así decirlo, ya maduro.

La tercera época de su proyección intelectual y que sin duda no puede desconocerse que está reflejando una verdadera madurez de pensamiento llega a los primeros años de la década del 80. Durante esos ricos años, Carranza habrá de alumbrar las seis obras mayores y a las que nos referiremos con algún detalle, como así también extender su universo de publicista a otras revistas tanto nacionales como internacionales. Por aquellos años, Carranza no sólo participaba activamente de conferencias, seminarios y congresos de su especialidad; además de publicista, mantenía actividad docente rigurosa, a la que sumaba su vasta experiencia profesional, que lo hacía ser sin duda alguna abogado de consulta para ya experimentados abogados.

De cualquier manera, en modo alguno permitía que tantos honores y elogios externos, académicos unos, profesionales los otros, modificaran la propia cosmovisión de sus amigos, de su familia, de lo trascendente en general. Seguía cultivando con la misma alegría y modestia sus relaciones personales, que en no pocos casos habían trascendido de lo puramente académico a lo claramente afectivo de la amistad. Su familia se había visto claramente robustecida porque a su siempre querida esposa Teté se habían sumado cinco hijos: Jorge Luis, María José, Alejandro Javier, María del Carmen y Fernando Angel, que sin duda fueron sus ojos de todo aquello que por él no fuera visto.

Finalmente, en el período que se extiende desde los primeros años de la década del 80 hasta los primeros del 90, se advierte con notoria claridad, por una parte el ápice de todo jurista y más aún cuando ha sido durante toda su vida un abogado litigante, como es el de agregar a su experiencia profesional el ejercicio de la magistratura misma y en el ámbito más digno para una profusa vida académico-profesional, como fuera el ser vocal del Tribunal Superior de Justicia. Hasta el día de hoy, abogados memoriosos y otros impuestos por las exigencias de la vida profesio-

nal, recuerdan el paradigmático caso «Bracco...»³ entre otros, pronunciamientos que no sólo fueron giros copernicanos en la jurisprudencia, sino que volvían a delatar y evidenciar una preocupación iusfilosófica de Carranza, que no fuera otra que aceptar jurisprudencialmente lo que desde la doctrina y la cátedra el aquí presente doctor Olsen A. Ghirardi nos enseñaba a sus acólitos, como los errores *in cogitando*, lo que hoy es territorio todavía fecundo para nuestro estudio.

Los comienzos de 1991, con el fallecimiento de su esposa luego de una extensa dolencia y otras circunstancias igualmente tristes, son seguramente disparadoras para una merma notoria en su antes vertiginosa vibración por los temas y problemas jurídicos.

III. He señalado la referencia a las obras mayores del profesor Carranza y me disculpo con antelación por la manera rápida en que lo efectuaré; mas los tiempos así lo imponen. En 1969 se publica *El vicio de la lesión en la reforma del Código Civil*⁴, en donde aparece con todo brillo una nota que acompañará siempre a Carranza: los institutos jurídicos son sólo instrumentos que colaborarán a una mejor convivencia social; es tarea del jurista no renunciar a ello. Por lo cual también afirma, y no era fácil decirlo en tal época, el carácter dialéctico del derecho, para lo cual el camino de Hartmann le resulta de adecuado transitar. Casi sin interrupción, en 70 publica *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*⁵; en esta obra, tempranamente se advierte sin cortapisas que la única explicación posible del funcionamiento del instituto es partiendo de la afirmación del sometimiento del derecho a la moral, como así también, el tránsito de la fenomenología de Hartmann al trialismo de Goldschmidt.

En 1972 ve la luz su libro *Los trasplantes de órganos frente al derecho civil*⁶; inmediatamente se advierte que Carranza era antes que

³ “Bracco Andrés c/ Martinotti, Daniel - Recurso de revisión”, T.S.J., 8/5/84; publicada en L.L.C. 1984-1041.

⁴ Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 87. Sin prólogo.

⁵ Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 51. Sin prólogo.

⁶ La Plata, Platense, pág. 92. Prólogo de Héctor Masnatta.

cualquier cosa, un hombre de infatigable observación de la realidad y sus transformaciones sociales. Muchas de sus obras son casi respuestas a dicho avance técnico-científico, y en ningún caso se puede advertir irreflexibilidad por falta de merituación sino lo contrario, una pluma exquisita trabajando sobre una visión problemática del derecho. Resultaba provocativo, invitaba a desdogmatizar los problemas, suscitar ideas antes que imponer conclusiones. En 1973 se edita *El dolo en el derecho civil y comercial*⁷, libro que sin duda, desde esta mirada poco ortodoxa que realizamos aparece pergeñado con una antelación notable para nuestro país, la problemática hoy todavía no del todo instalada del llamado análisis económico del derecho. Sin embargo, no se puede dejar de apuntar que motiva el autor a que los jueces sean artífices de un verdadero giro copernicano en su mirada respecto a los negocios jurídicos.

En 1975 se publica *Los medios masivos de comunicación y el derecho privado*⁸; una vez más aparece la preocupación por comprender los cambios en general, que sobre el derecho pueden tener incidencia ulterior. Con un espíritu inquieto, re-piensa en todo momento lo ya existente, nunca destruye, siempre suma. Se advierte con evidencia en el libro, seguro porque la temática de los derechos personalísimos colabora a ello, una declarada adhesión al derecho natural, para afirmar, junto a Coing, que constituye el mismo fundamento del derecho positivo. El autor se siente compelido, ante la urgencia de los cambios, a volver a plantear un nuevo humanismo, para el cual el derecho es el instrumento apto por esencia. Finalmente, en 1977 se edita *Las fundaciones en el derecho privado*⁹, valioso estudio en verdad de derecho comparado en la materia y a partir del cual encuentra espacio fértil para referir las diversidades ideológicas que sostienen las posiciones jurídicas en doctrina. La obra muestra una tensión ostensible entre el derecho y la misma sociedad a la que regula y por lo cual, apareciendo en modo prístino la consideración de que si el derecho no sirve al hombre, decididamente para nada sirve.

Para dar por cerrada esta reflexión sobre la obra de Carranza y esta particular manera de haberlo efectuado, no se puede dejar de señalar que

⁷ Buenos Aires, Astrea, pág. 109. Prólogo de Augusto M. Morello.

⁸ Buenos Aires, Lerner, pág. 203. Prólogo de Alberto G. Spota.

⁹ Buenos Aires, Depalma, pág. 83. Prólogo de Luis Moisset de Espanés.

el autor, queriéndolo o no, agregó a sus estudios de derecho civil una preocupación no menor por la utilidad del derecho en función definitivamente humanitaria; lo cual bien permite atribuirle su preclara contribución a un capítulo de la antropología jurídica argentina todavía no asumido.

IV. Obviamente que tan significativos aportes no pasaron desapercibidos para la comunidad jurídica nacional; fue designado entonces, el 7/10/75 académico correspondiente en Río Cuarto por esta Academia Nacional ¹⁰; luego, el 3/5/93, sería designado académico de número, adjudicándosele el respectivo «Sillón Académico Enrique Martínez Paz» el 3/9/93, oportunidad en que leyera su discurso intitulado *Planificación, economía y derecho* ¹¹. Su actividad ulterior se vio tristemente menguada por su propia indisposición física, hasta que fallece el 2/8/97 signando un triste año para esta corporación, pues además fallecen durante su transcurso los doctores Ricardo Núñez y Guillermo Becerra Ferrer.

Por último, permítame el auditorio recordar un párrafo de lo que fuera la conferencia brindada por Carranza en esta Academia el día 28/8/83 a la memoria del profesor Federico de Castro, cuando decía: “... *Solamente así, con todas las potencias que emanan de una ética que debe volver a ser incorruptible; con la inestimable fuerza que da el amor al prójimo -que no puede nunca ser soslayado- y con la firmeza ineludible del trabajo constante, será que -con la ayuda de la prudencia y la providencia- llegaremos, en el siglo XXI, al lugar en que quisieron colocarnos nuestros fundadores, y al que -creemos- tenemos el legítimo derecho de acceder. Más que una toma de posición de optimismo utópico diríamos, con Aranguren, que integro una generación que espera, pero con esperanza*”.

Hasta aquí mi sincero y merecido recuerdo en memoria del Dr. Jorge Alberto Carranza, académico fallecido. Muchas gracias.

¹⁰ En tal ocasión fue presentado por el Dr. José A. Buteler y su discurso de apertura fue *Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas*, vide *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, t. XVI, 1978, pág. 43 y ss..

¹¹ Vide *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, t. XXXII, 1993, pág. 189 y ss.. La presentación del Dr. Carranza estuvo a cargo del Dr. Enrique C. Banchio.

**RECEPCIÓN DE NUEVOS
MIEMBROS CORRESPONDIENTES**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN PERÚ, DR. FERNANDO VIDAL RAMÍREZ *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Luis
Moisset de Espanés, el 10 de abril de 2001.

Palabras del académico Dr. Luis Moisset de Espanés

Nos encontramos reunidos hoy para recibir como académico correspondiente a un destacado jurista peruano, Fernando Vidal Ramírez, que ha tenido en más de una oportunidad relación con nuestra Casa, como bien lo saben todos nuestros académicos.

Quienes participamos en las actividades de las Academias Iberoamericanas de Derecho nos hemos acostumbrado a su presencia y activa participación; ha visitado Córdoba en más de una oportunidad, y aquí lo hemos visto actuar como coordinador internacional de la Comisión que estudió el tema de “Integración y Derecho” en el Congreso de Academias realizado en 1998, al que presentó una interesante ponencia sobre “El Perú en su camino a la integración”, y en la sesión de clausura, efectuada en el Salón de los Pasos Perdidos del Palacio de Justicia, tuvo a su cargo el informe de las conclusiones a que había llegado esa Comisión.

Por lo conocido de su figura, señores académicos, resulta ocioso repetir su curriculum e insistir en sus méritos, por lo que desearía referirme a otra cosa: es peruano y Perú, dentro de los países de América es el que ha demostrado siempre una hermandad más estrecha con Argentina. Este vínculo fraternal se remonta a los días en que San Martín llevó su gesta libertadora hasta Perú, donde gobernó como Protector y trazó las grandes líneas constitutivas de la futura República.

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 53.

Desde entonces ambas naciones han marchado muy unidas; Perú, sus hombres y mujeres, su pueblo y su gobierno, son quienes más nos han acompañado en horas aciagas, como las de la guerra de Malvinas, donde se puso de realce de manera efectiva el sentir de hermandad que ha tenido siempre todo el pueblo peruano para con nuestra Patria.

Entre los argentinos no sólo San Martín, y los soldados de su Ejército de los Andes, han combatido por Perú; yo voy a recordar la figura de un gran presidente argentino, aquel que implantó el voto secreto y obligatorio, Roque Sáenz Peña, que en momentos dolorosos para nuestros hermanos de Perú se trasladó para luchar en defensa del suelo peruano, y bajo el mando de Bolognesi luchó heroicamente en la tristemente célebre defensa del morro de Arica, donde Bolognesi perdió la vida, y el comportamiento heroico de Sáenz Peña llevó a que Perú lo honrara con el generalato.

Han transcurrido casi dos siglos desde que nuestros pueblos obtuvieron la independencia; son dos siglos de hermandad cuyos lazos se hacen más íntimos con el correr del tiempo. Por eso es para nosotros tan grato recibir un jurista como Fernando Vidal Ramírez.

A Fernando Vidal Ramírez lo he conocido como civilista; ésa ha sido, dentro de su carrera universitaria, una de las facetas predominantes, concretada en obras trascendentes, como los libros que ha dedicado al *Acto Jurídico* o a la *Prescripción*, de los cuales hay varias ediciones; pero no es sólo civilista, sino que también se ha destacado por numerosos artículos sobre temas de Derecho Comercial.

Además ha tenido una intensa actividad profesional, que lo ha llevado a la presidencia del Colegio de Abogados de Lima y, en otro campo de actividades, ha presidido la Bolsa de Comercio o Bolsa de Valores de Lima, como creo que se llamaba, y ha actuado en la Federación de Bolsas de América, que también ha presidido durante un par de años.

Se trata de un hombre multifacético, es un jurista con la visión que debe tener todo jurista, que es una visión total de la sociedad; y, finalmente, como todos sabemos, es por sobre todo un caballero y un hombre de bien, que cuando llegamos a su patria nos atiende con el afecto que sólo sabe brindar un verdadero amigo.

He dicho que no le iba a quitar el tiempo de su exposición; por eso me reduzco solamente a estas palabras, sin enumerar sus méritos, sin decir que ha cursado letras y derecho, que ha logrado las borlas doctorales...; no hago una relación detallada de sus libros y publicaciones, ni pongo aquí sobre la mesa su dilatada actuación de periodista, que ha publicado más de un centenar de artículos en "El Comercio" de Lima; no me detengo en esos detalles que me limito a mencionar pues sirven para destacar la figura de este gran jurista y amigo peruano, que hoy incorporamos a la Academia.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN PUERTO RICO, DR. PEDRO SILVA-RUIZ *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Eduardo I. Fanzolato, el 18 de septiembre de 2001.

Palabras del académico Dr. Eduardo I. Fanzolato

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se complace en incorporar al profesor doctor Pedro Silva-Ruiz como académico correspondiente en San Juan de Puerto Rico. De esta manera nuestra Corporación amplía sus vínculos en Latinoamérica extendiendo y cultivando relaciones con una importante comunidad caribeña con la que tenemos sólidos nexos gracias a un idéntico origen ibérico, lo que se traduce en comunes raíces y tradiciones culturales, religiosas, idiomáticas, a todo lo cual se suma, en este caso, la interesante particularidad de los especialísimos vínculos políticos que ostenta la Isla con los EE.UU..

Pedro F. Silva-Ruiz nació en Puerto Rico, donde ha vivido toda su vida, excepto durante aquellos períodos en que, respondiendo a la necesidad de todo isleño de romper el estrecho perímetro territorial y ampliar sus horizontes, se ausenta por varios meses, con el propósito de continuar estudios de grado o de posgraduación, o de profundizar alguna investigación sobre temas de actualidad, o de conocer culturas diferentes o de participar como profesor invitado en los cursos que organiza alguna universidad extranjera.

Realizó sus estudios primarios en la escuela pública y los preuniversitarios en un colegio católico. Su primer año de Universidad lo cursa en el Estado de Rhode Island, EE.UU., en una institución regida por la Orden Dominicana, regresando, luego, a la patria borinqueña en donde continuará sus estudios universitarios en la Universidad de Puerto Rico, en

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 267.

Río Piedras. Allí se graduó de Bachiller en Artes en Ciencias Políticas (4 años), ingresando en la Escuela de Derecho de la misma Universidad puertorriqueña, en la que se le confirió el grado de Juris Doctor (3 años).

Ambos títulos universitarios le fueron otorgados con altos honores, en el primer caso, con la Medalla de Ciencias Políticas para el alumno más aprovechado en esos estudios; y en la segunda graduación con la Medalla Teodoro Aguilar para el estudiante de mejores calificaciones en el campo del derecho penal.

Recordando que en la Isla no se puede ejercer la profesión de abogado sin semejante habilitación, se somete al examen de reválida para la práctica de la abogacía que ofrece el Tribunal Supremo de Puerto Rico y, aprobándolo sobradamente, es autorizado a ejercer como abogado.

Más tarde obtiene una beca de la Universidad de Puerto Rico para continuar estudios conducentes al grado de Doctor en Derecho, en la Universidad Complutense de Madrid, España (1969-1971). Allí nos conocimos, con motivo de uno de los cursos monográficos del doctorado, en el que se intentaba elaborar un “Anteproyecto de Código Único de Obligaciones para Hispanoamérica y Filipinas” que dirigía el profesor Federico Castejón. Su tesis doctoral versó sobre el tema de la causa y la “*consideration*” en el derecho de contratos, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico y la práctica jurídica puertorriqueña.

Al regresar a su país natal, se incorpora a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico en donde ejerció la docencia hasta 1973.

En 1973 es designado profesor a tarea completa, con plaza permanente, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, en donde ostenta el rango de Catedrático de Derecho (Civil, Comparado y Notarial). Así los profesores van rotando por todas las materias del Derecho Civil a diferencia de nuestra organización académica, en la que los docentes se especializan en cada una de las diversas partes del derecho privado.

Sus actividades docentes y de investigación han merecido distinciones y reconocimientos. Entre otras:

- Profesor Honorario de la Universidad de Arequipa, Perú.
- Medalla conferida por el Tribunal Supremo de Perú.
- Profesor Honorario de la Universidad de Chandigarli, en el Punjab, India, donde fue Profesor Visitante en 1980.

- El Colegio de Abogados de Puerto Rico en 1996, lo distinguió eligiéndolo como “Colegiado del Año”.
- Recibió el Premio “Obra Jurídica del Año”, otorgado por el Colegio de Abogados de Puerto Rico, por su libro “Derecho Notarial”.
- Reconocimiento especial del Colegio de Abogados de Puerto Rico, año 2001.

Publicaciones

A lo largo de su quehacer docente y académico ha publicado numerosos estudios, entre los que citaremos algunos:

- *Derecho de las personas y de la familia en Puerto Rico*, dos gruesos tomos que publica en coautoría con John De Passalacqua, en 1990.
- *Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el Siglo XXI en Puerto Rico* (1989).
- *Derecho civil de familia, constitucional español y puertorriqueño* (1989).
- *Maternidad subrogada o de alquiler* (1989), en el libro de homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló. Volumen III.
- *Manipulación de embriones humanos*, 1990.

En los últimos años se destacan varias publicaciones:

- “Análisis de las propuestas de modificaciones al Libro III (Derecho de Familia) del Código Civil de Perú de 1984”, publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico.
- “La interpretación del contrato”, publicado en la Revista de Derecho Comparado de nuestro país.
- “Más sobre el divorcio y los menores de edad” (2000), Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico.
- “Transexualismo y capitulaciones matrimoniales, comentarios a la jurisprudencia puertorriqueña”, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- “La clonación humana” en donde sostiene que la clonación de seres humanos debe ser analizada desde el punto de vista ético y luego, desde el punto de vista jurídico. Sostiene que la clonación *con miras a la reproducción de seres humanos vivos* debe estar prohibida; pero advierte que es indispensable deslindar meticulosamente las áreas

interdictas para la clonación humana, pues no es deseable detener la investigación genética. Hay que continuar el debate ético para convencer a los científicos y a los juristas de que la clonación humana es antiética, fundamentalmente por la pérdida de respecto a la dignidad y singularidad de la persona humana.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA, DR. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Antonio
María Hernández (h), el 26 de setiembre de 2001.

Palabras del académico Dr. Antonio María Hernández (h)

Tengo el alto honor en nombre de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de recibir y saludar como nuevo académico correspondiente en España, a Eduardo García de Enterría, personalidad polifacética que honra al derecho y la cultura de Europa y América.

Esta institución ha designado como otro de sus miembros a uno de los representantes más notables de nuestra madre patria, que continúa la tradición de sus humanistas y pensadores como Unamuno y Ortega y Gasset, de sus escritores como Cervantes, Lope de Vega y Calderón de la Barca, de sus artistas como Velázquez, Goya y Picasso, de sus oradores como Castelar y Maura y de sus juristas como Posada y Jordana de Pozas.

García de Enterría nació en Cantabria y estudió en la Universidad Complutense de Madrid, donde obtuvo la Licenciatura en Derecho y después el Doctorado, con premios extraordinarios. En 1957 fue catedrático en Valladolid y en 1962, luego de la oposición, catedrático en la Complutense, donde hoy es profesor emérito y todavía asiste a las reuniones de los miércoles del prestigioso Seminario de Derecho Administrativo, desde donde ha formado una escuela con discípulos que actualmente ocupan más de la mitad de las cátedras de dicha especialidad en España.

Es director de las Revistas de Administración Pública y Española de Derecho Administrativo, desde 1950 y 1974, respectivamente.

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 289.

Es miembro del Consejo Académico del Centro de Investigación de Derecho Europeo de la Universidad de Harvard.

Fue consagrado miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en 1970 y de la Real Academia Española, desde 1994.

Tuvo responsabilidades y reconocimientos más allá de las fronteras de su patria, al ser elegido como el primer juez español del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre 1978 y 1986, además de haber presidido la Federación Internacional de Derecho Europeo y de ser designado como experto del Parlamento Europeo para la redacción del Proyecto de Constitución Europea, en 1992, y del Comité de Sabios para la formulación de una política de Derechos Cívicos y Sociales de la Unión Europea, en la reunión del Tratado de Maastricht, en 1995 y 1996.

Es doctor *honoris causa* de veinte universidades europeas y americanas, entre las que mencionamos a París I Sorbona en 1977 y Bolonia en 1992 y las Nacionales de Buenos Aires en 2000 y de Córdoba en 2001, en nuestro país.

Su obra jurídica es una de las más sólidas, extensas y brillantes del derecho actual y alcanza a más de 30 libros y 400 artículos en revistas especializadas. Debemos destacar especialmente algunos títulos como su *Curso de derecho administrativo*, escrito junto a Tomás Ramón Fernández -del que dijera Federico de Castro, que es la más importante obra desde la Guerra Civil Española-, *La administración española, Revolución Francesa y administración contemporánea* o *Hacia una nueva justicia administrativa*, que ya son reputadas como obras clásicas de derecho administrativo. Pero no podemos dejar de mencionar especialmente las obras donde incursiona ya en otras ramas jurídicas, que demuestran su jerarquía de maestro del derecho, como las dedicadas al análisis de problemas de derecho constitucional y aun de teoría general del derecho, como sus libros *Democracia, jueces y control de la administración*, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *Estudio sobre autonomías territoriales* y *El derecho, la ley y el juez*, que se complementa con *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*.

En la primera de estas últimas obras citadas debemos destacar sus preclaros conceptos contrarios al gobierno de los jueces, sus referencias al principio del control antimayoritario de los jueces y su legitimidad democrática y su agudo análisis sobre la corrupción, donde pone de manifiesto su convicción en la práctica de una ética rigurosa como fundamento de la democracia misma y de la vida política.

En su estudio sobre control de la administración en Estados Unidos, demuestra conocer acabadamente los alcances y debates en el tema, así como en el control de constitucionalidad, donde analiza el caso de las inmunidades del presidente y el control de sus actos.

También debate sobre la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa española, con el magistrado Savan y los profesores Leguina, Sánchez Morón y Ortega.

En cuanto a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, lo consideramos como una obra esencial de teoría constitucional, destinada a intentar cambiar la tradición de dicho derecho en su país, para asegurar el valor normativo de la Constitución de 1978.

Explica con su claridad acostumbrada que el derecho contemporáneo es hijo del constitucionalismo y enlaza la Ley Suprema vigente con la Constitución de Cádiz de 1812.

Desarrolla el importante concepto del valor normativo de la Constitución, que en nuestra doctrina ha seguido Bidart Campos y luego analiza los criterios de fondo que fundamentan las decisiones del Tribunal Constitucional, o sea los problemas de la interpretación constitucional.

Estudia las posiciones de John H. Ely y de Peter Haberle al respecto y sostiene que el centro de la cuestión reside en extraer del texto constitucional los criterios de decisión de las sentencias, que muchas veces son “*principios jurídicos indeterminados*” o “*principios generales del derecho*”.

Advierte que los tribunales constitucionales no deben ejercer poder constituyente y además, analiza a Dworkin al adentrarse en el concepto de las textos abiertos de las fórmulas constitucionales.

En cuanto a su *Estudio sobre autonomías territoriales*, digamos sintéticamente que es la más completa y profunda exposición del Título VIII de la Constitución Española de 1978, acaso la muestra más acabada de la prudencia y equilibrio que signó dicho texto supremo y que posibilitara un cambio formidable en la configuración del Estado español, que hoy se caracteriza como uno de los ejemplos más notables de descentralización.

El derecho, la ley y el juez es una meditación profunda sobre temas fundamentales de la teoría general del derecho y de la filosofía jurídica.

Destaca la importancia de la ley como esencial a la democracia y advierte sobre el peligro de la dependencia de los “tecnócratas”, además de analizar el rol de los partidos políticos y problemas de representación política.

García de Enterría, en su extraordinaria vida de trabajo y dedicación al estudio, nos muestra una ascendente parábola que desde lo particular asciende a lo general, para alcanzar la jerarquía de maestro del derecho. En efecto, después de enseñar el derecho administrativo, se introdujo con sapiencia y profundidad en los derechos constitucional y político, para luego continuar con el derecho comunitario y aun con algunos aspectos de la teoría general del derecho y la filosofía del derecho.

Estos pasos sucesivos de una mente aguda, poderosa, clara y sistemática, que fue abarcando los campos del derecho, también fue capaz de desarrollar otra vocación también trascendente: la de las letras.

Y allí se destacan libros como *La lengua de los derechos* (que fue su discurso de incorporación a la Real Academia Española), *Liébona, tierra para volver*, *De montañas y hombres*, *De Fray Luis de León a Blas Rosales*, *La poesía de Borges y otros ensayos* y *Fervor de Borges*. Estas dos últimas obras, destinadas a nuestro genial escritor, como una prueba más de su especial relación y afecto entrañable por Argentina.

Estamos entonces ante la presencia de un gran jurista que también es un escritor y pensador, interesado en los problemas trascendentes del derecho, de las letras y del hombre.

Un hombre que luchó por sus convicciones jurídicas y democráticas contra el despotismo y las inmunidades del poder y predicó el valor normativo de la Constitución, porque sabía, con Malraux, que “*las ideas hay que vivirlas*”.

Un maestro que enseñó a muchas generaciones, con pensamiento claro y riguroso, practicando esta frase de Aristóteles: “*De todas las variedades de virtud, la generosidad es la más estimada*”. Una prueba elocuente de ello es el prólogo que dedicara para mi libro sobre *Integración y globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios*, que en esta solemne instancia vuelvo a agradecer.

Querido y respetado maestro Eduardo García de Enterría, dejo así expresado formalmente el beneplácito de esta corporación por su incorporación como académico correspondiente.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO, DR. HERNÁN RACCIATTI *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Luis
Moisset de Espanés, el 3 de abril de 2001.

Palabras del académico Dr. Luis Moisset de Espanés

Señores académicos, señoras, señores:

Aunque generalmente como presidente, no suelo hacer presentaciones, en este caso en razón de la materia que profesa nuestro nuevo compañero, con quien hemos compartido durante muchos años la enseñanza de la misma asignatura, he tomado a mi cargo la presentación del Dr. Hernán Racciatti, de Rosario.

Lo he conocido desde hace largo tiempo, en actividades vinculadas precisamente con lo académico; ya en octubre de 1961, en oportunidad de realizarse en Córdoba el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, conversamos por primera vez sobre temas de Derecho. En ese Congreso se trabajó intensamente toda una semana, y se aprobaron una veintena de recomendaciones, que significaron la columna vertebral de la posterior reforma del Código Civil, por la ley 17.711.

A partir de ese momento compartimos con Hernán numerosas tareas; por ejemplo las Primeras Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Santa Fe, en 1963. Jornadas que nacieron por el impulso de otro de nuestros académicos correspondientes, Roberto Brebbia, que era director del Instituto de Derecho Civil de la Universidad del Litoral, que en esa época funcionaba en Santa Fe, y enseñaba también en Rosario en la Escuela de Derecho, que dependía de la Facultad de Ciencias Económicas, que era donde profesaba como docente Hernán Racciatti. Recuerdo que me tocó

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 35.

desempeñarme como secretario de esas Jornadas, en las que también tuvimos días de trabajo muy intenso, compartidos con Hernán. Y se fueron reiterando los encuentros; en 1964, un año después en San Nicolás, en unas Jornadas Nacionales sobre Derecho y la Inflación, que era un tema acuciante en esa época.

Nos encontramos otra vez con Hernán en la ciudad de Tucumán, en 1967, para las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que completaron el ciclo de Jornadas anteriores a la Reforma que la ley 17.711 introdujo al Código; recuerdo que en esa oportunidad el tema vinculado con Derechos Reales fue la Prenotación Hipotecaria.

Luego, producida ya la Reforma del Código Civil, por ley del año 1968, el lugar de encuentro fue nuevamente Córdoba, en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en octubre de 1969, que se ocupó de analizar una cantidad muy grande de temas vinculados con esa importante reforma legislativa, que había puesto al día nuestra legislación civil.

También nos encontramos en Rosario en el Segundo Congreso de Propiedad Horizontal, donde Racciatti tuvo a su cargo la presidencia del Congreso, uno de cuyos animadores fue una persona a quien siempre recuerdo con gran cariño: el “Secretario perpetuo” del Colegio de Abogados de Rosario, Guillermo Ortiz de Guinea, un gran amigo, que durante más de sesenta años, desde su temprana juventud, trabajó para ese Colegio de Abogados, y al morir con 88 años de edad, después de 68 años al servicio al Colegio tenía más antigüedad en la Institución que cualquiera de los colegiados.

Voy a cerrar la enumeración de esta larga serie de encuentros, recordando una sola cosa: en 1979 se efectuaron en Rosario las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil en las que una vez más tuvimos oportunidad de trabajar en conjunto.

Pero con relación a estos encuentros científicos realizados en Provincia de Santa Fe, volveré un poco atrás en el tiempo, para destacar que las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Civil significaron la puntada inicial de una actividad que unió a los especialistas del país en el análisis de los puntos en que debía actualizarse y renovarse nuestro Código. Recordaré también, con nostalgia, que los organizadores de las Primeras Jornadas realizadas en Santa Fe nos llevaron a visitar las ruinas del primitivo emplazamiento de la ciudad, en el paraje de Cayastá, a ochenta kilómetros al norte, donde nos atendió Zapata Gollán, abogado de profesión y arqueólogo por vocación, que había sido quien descubriera el primer emplazamiento de la histórica ciudad, y que en los ini-

cios del siglo XVII fuera la primera salida portuaria con que contó el centro del país. He podido comprobar en los libros, que en aquellas épocas Córdoba no salía hacia Europa por Buenos Aires, sino que salía por Santa Fe, que era el lugar más cercano para que los productos del país llegaran por el río Paraná, y luego por el mar, a España, y para que las mercaderías de Europa nos llegaran a nosotros.

Hoy en la provincia de Santa Fe, esta Academia ha dado nacimiento a un Instituto que nuclea a todos académicos correspondientes santafesinos, uno de ellos Hernán Racciatti. Ese Instituto ha tenido en diciembre del año pasado su reunión inaugural y luego va a desarrollar durante todo este año un curso de estudio sobre un problema de particular interés: la casación civil nacional, que va a convocar a gran cantidad de juristas de todo el país. Yo tengo grandes esperanzas de que nuestros hermanos de provincia de Santa Fe, tanto de la ciudad capital como de Rosario y otras partes de la provincia, entreguen todo su esfuerzo dentro de nuestra Academia, para lograr que podamos seguir trabajando en la construcción del país que se necesita.

De Racciatti, docente, doctor en Derecho, hombre dedicado a su profesión, con más de cincuenta años, es decir medio siglo de trabajo en el estudio jurídico, con más de medio siglo, trataré de recordar algo de sus publicaciones.

Quizás muchos llegan hoy acá atraídos en especial por su obra cumbre: *Propiedad horizontal*. (¿Quién de los que han estudiado Derecho en este último medio siglo no ha tenido que recurrir a algunas de las reediciones del libro o al manual aparecido últimamente?; ¿quién no ha leído en las revistas jurídicas los múltiples estudios que, a lo largo del tiempo, ha dedicado a los diferentes problemas vinculados con la propiedad horizontal?) Pero la actividad jurídica de Racciatti no se limitó nunca a la propiedad horizontal, aunque haya sido un primer amor siempre cultivado.

Mencionaré algunos temas de obligaciones, que ha tratado con profundidad; por ejemplo, cuando la ley 17.771, de 1968, cambió el régimen de la mora, es decir sustituyó el art. 509, la nueva norma produjo muchos problemas a la doctrina nacional, que no contaba con antecedentes para su interpretación. Incluso un maestro como Jorge Joaquín Llambías publicó en *Jurisprudencia Argentina* un artículo que criticaba acerbamente la redacción del nuevo art. 509, la filosofía que lo inspiraba, y las soluciones que podían articularse.

Racciatti y yo también coincidimos en ese tema común, la mora, en artículos publicados en *Jurisprudencia Argentina*, y también coinci-

mos en el espíritu con el cual encaramos el estudio del tema, que no fue la crítica destructiva, sino la búsqueda de una solución que permitiese, en la vida práctica, hacer viable el funcionamiento de la nueva norma, porque entendíamos que la misión del jurista, cuando aparecen nuevas normas a las que pueden darse interpretaciones divergentes, es tratar de encontrar el camino de una interpretación que las haga armonizar con la totalidad del sistema y que permita, sobre todo, hacer justicia. Esta finalidad nos inspiró de manera casi espontánea y paralela, sin haber mediado una conversación previa, cuando Hernán Racciatti y yo publicamos en *Jurisprudencia Argentina*, en los años 1968 y 1969 estudios sobre el nuevo art. 509.

Sobre ese problema de la mora también ha vuelto en 1978, en *Jurisprudencia Argentina*, en otro artículo donde trata de la interpretación que debía darse a la nueva norma cuando el lugar del cumplimiento de la obligación es el domicilio del deudor. Y también hemos vuelto a coincidir con Racciatti, aunque lamentablemente la jurisprudencia mayoritaria, a partir de un plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, aplica a rajatabla -nosotros creemos que mal aplicado- un fragmento del artículo 5095 diciendo que en ese caso la mora es automática, y hace caer en mora automáticamente al pobre deudor, a pesar de que la obligación debía cumplirse en su domicilio. Se le impone, para liberarse, la carga de demostrar que el acreedor no concurrió a ese domicilio, lo que es una prueba imposible, realmente diabólica, porque es la prueba del hecho negativo.

Tanto Hernán como yo hemos sostenido, en distintos trabajos, que la mora puede ser no solamente del deudor sino del acreedor; lo que debe determinarse es cuál es el sujeto de la relación que omitió la actividad debida y en este caso el que debe demostrar que cumplió la actividad debida es el acreedor, que debía ir al domicilio del deudor; es la exigencia mínima que se puede imponer al acreedor, para que luego se reclame la existencia de mora del deudor. En este punto, y frente al error de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, hemos vuelto a coincidir con Racciatti.

Nuestro nuevo académico se ha ocupado en varios de sus trabajos de problemas de responsabilidad civil; también, debemos decirlo, ha desarrollado una actividad periodística prolongada en el diario *La Capital*, de Rosario, donde ha tratado, sobre todo, temas de Derecho Público Electoral, lo que demuestra la amplia gama de campos de estudio de aquel a quien hoy vamos a recibir y escuchar.

No deseo abrumar al auditorio, porque quien tiene que hablar es él; creo que todos estamos esperando escucharlo. Con mis palabras he procurado simplemente refrescar el conocimiento que ustedes pueden tener de su personalidad, y voy a proceder a hacerle entrega del diploma y las insignias que lo acreditan como miembro correspondiente de la Corporación.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO, DR. RICARDO LUIS LORENZETTI *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Efraín
Hugo Richard, el 8 de mayo de 2001.

Palabras del académico Dr. Efraín Hugo Richard

Una vez más un Premio Academia se incorpora como miembro de la Corporación. Recibió dicho premio en 1993 disertando sobre “La responsabilidad civil como deuda, como crédito y como relación jurídica”, publicada en *Anales* N° 93, pág. 239, ocasión en la que le presentó el hoy presidente honorario de la Academia, profesor emérito Dr. Luis Moisset de Espanés.

Obtuvo el Premio Accésit de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 1996.

Un abigarrado curriculum, cargado de distinciones académicas; pero detrás de las distinciones y reconocimientos hay obras y detrás de las obras un hombre, una familia...

Hombre joven del interior, nacido y afincado en Rafaela, donde reside con su esposa, criando a sus hijos como se crió él en un ambiente recoleto de las ciudades medianas -donde viví siendo adolescente-, irradió primero a Santa Fe donde se recibió de abogado y luego se doctoró a temprana edad. Posteriormente ejerció por concurso la titularidad de cátedras de grado en las universidades nacionales del Litoral y Buenos Aires y en la de Belgrano, y dirigió varios cursos de postgrado, siendo profesor estable de otros. Disertante itinerante en casi todas las universidades del país, y en muchas de América y Europa.

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 93.

Sus primeras inquietudes se centraron en el campo del derecho laboral y de la responsabilidad médica, veta de la que surgieron sus primeros libros: *Responsabilidad civil del médico* en 1986, *Contratos médicos*, con el maestro Jorge Mosset Iturraspe en 1991, culminando luego con *La responsabilidad profesional* en 1994 y *La empresa médica* en 1998; y en el campo del derecho social o laboral *Convenciones colectivas de trabajo*, de 1988 y *Responsabilidad por daños derivados de los accidentes de trabajo*, de 1993.

Expande su visión en su libro *Defensa del consumidor* (1993) -ese año recibe el Premio Academia de esta Corporación- y pergeña *Las normas fundamentales del derecho privado* -por el que recibe el referido Premio Accésit- en 1995.

Hay muchos otros libros y digestos, algunos en colaboración, que dejo de lado para no abrumar como apabulla la currícula de nuestro distinguido nuevo miembro, que culmina su obra con el *Tratado de los contratos*, en tres tomos publicados en 1999 y 2000, del que he hecho un comentario bibliográfico próximo a publicar.

Se suele syndicar a Lorenzetti como un eximio civilista, lo que no ponemos en duda, pero su visión es más integral, pues afronta la unidad del derecho privado, particularmente del derecho privado patrimonial negocial.

Pero lo que deseamos resaltar es esa visión integral propia de un jurista maduro. Lorenzetti reconoce, como lo hace Reich en *Mercado y derecho*, el doble carácter del sistema jurídico que, por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial el contrato, la propiedad privada, el derecho de la propiedad industrial, etcétera) y que, por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y, al mismo tiempo, obtener la consecución de determinados objetivos de política social. Así pues, el derecho resulta de este modo instrumentalizado doblemente: por parte del Estado (social) y por parte de los agentes que actúan en el mercado.

Esa es su visión del campo contractual en su referido *Tratado de los contratos*, con manejo del análisis económico del derecho, investigando acabadamente el campo de actuación de la autonomía de la voluntad, dentro de las herramientas que autoriza el legislador; tratado que no sólo se refiere a los contratos civiles sino también a los comerciales, en la apreciación de la unidad del derecho privado.

Y dentro de las asimetrías que genera el mercado constata las transformaciones habidas en la estructura económica en perjuicio de los más débiles, y los recursos que se brindan dentro de ese campo del derecho, que imponen un ejercicio pleno de los tres poderes, particularmente del Poder Judicial, para asegurar el equilibrio de los repartos.

A este mercado se dirigen las normas jurídicas, y se constata la contradicción que afecta al derecho de la economía, el cual debe, por una parte, organizar el desenvolvimiento de los procesos económicos de forma que el mercado desarrolle su función de autorregulación y, por la otra, en razón de los postulados del Estado social de derecho, debe intervenir en estos procesos, debe manipularlos. El derecho de la economía tiene, pues, carácter instrumental en un doble sentido y frente a esta autonomía -reflejo de los conflictos entre economía y política- no caben actitudes neutrales, rescatando su marcado sentido instrumental: orden del orden social pretendido.

Las condiciones mínimas a asegurar, según Lorenzetti serían: condiciones de desarrollo económico de los sujetos, que les permita disponer de recursos económicos en términos de valor suficientemente eficientes para evitar una subordinación por necesidad; la presencia de una administración de justicia suficientemente autónoma de los otros poderes pero lo suficientemente comprometida con los intereses de los ciudadanos minusválidos (económicos y jurídicos, Pymes, etcétera) de tal forma de reequilibrar la situación de poder fáctico; el espíritu de la ley en sentido integral y teleológico, por consiguiente considerar a la institución contrato como herramienta de calidad de vida; en la existencia de la idea común en los poderes constituidos de construir condiciones para que la sociedad civil actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil *versus* Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony Giddens en *Consecuencias de la modernidad*.

Al mismo tiempo, en relación a esa doble actuación del Estado, no ha dejado de vigilar los excesos que se producen, particularmente ante la emergencia económica que debiendo ser coyuntural se ha vuelto estructural. Y me he solazado en -como afirma, al igual que declaman todos los fallos- la necesidad del control de legalidad de constitucionalidad por parte de nuestro máximo Tribunal.

Y es importante ver el juicio crítico de Lorenzetti sosteniendo que “*la Corte tiene un criterio mínimo de las garantías*”, en torno a san-

ciones de la DGI, material salarial, limitación de la eficacia de los convenios colectivos de trabajo.

Se trata de lo que ha dado en llamar el derecho ambiguo, como lo hace en *Los contratos ante la emergencia económica*, publicado en La Ley año 1993 C Sección Doctrina pág. 811 y ss., pues cuando a un gobernante se le advierte que debe respetar las garantías individuales - y adviértase la fecha en que escribe Lorenzetti por la reiteración de situaciones y personajes-, responde que no hay tiempo, que el caos está presente a la vuelta de la esquina... Estamos acostumbrados a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho *ad hoc*. ... Somos individuos antes que ciudadanos. Decía Borges que las generalidades como el Estado o la sociedad nos parecen entealequias. El resultado es, como lo describe Carlos Nino, un país al margen de la ley. “*Es que tenemos un derecho ambiguo -sigue afirmando Lorenzetti-, que cada uno cree hecho a su medida, y que va oscilando demasiado fuertemente según pasan los años y los lobbies. Terminamos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías*”.

Lorenzetti asume que el orden público de dirección es legítimo en cuanto ordena la economía de un país dándole una determinada orientación, a condición de que respete las garantías individuales.

Así, en *Las normas fundamentales del derecho privado* subraya al derecho privado como límite al poder.

La visión de Lorenzetti, ya volviendo al campo del derecho patrimonial negocial, es globalizante, y así ordena un derecho privado colectivo, partiendo de los grupos institucionales, los grupos prestacionales, el análisis integral de relaciones aparentemente autónomas para descubrir la realidad funcional de los contratos en red. Refiere así a criterios de organización funcional que son muy caros a mi propia visión del sistema desde el punto de vista del derecho mercantil.

El nuevo miembro es joven de edad -por lo menos desde mi perspectiva- e incansable en la producción académica, pero sereno en el análisis sobrio, sintético y profundo en sus apreciaciones; es un anatomista del derecho, pues disecciona la actividad multifacética, compleja, para aplicar funcionalmente el derecho, con axiología clara para el destinatario: el

hombre viviendo en sociedad, disfrutando de la misma y sufriendo las angustias de su mortalidad.

No quiero extender esta presentación por más tiempo. Me unen a él múltiples encuentros académicos donde lo he apreciado en su dimensión humana -podría contar muchas anécdotas-, profesional y académica, como en el contexto de su integrada familia, donde cuenta el cariño de su esposa, cuyo apoyo y equilibrio le han permitido la actividad multifacética desplegada.

Bienvenido, Ricardo Luis Lorenzetti, a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO, DR. JUAN JOSÉ CASIELLO (*)

La presentación estuvo a cargo del señor académico
Dr. Pedro J. Frías, el 22 de mayo de 2001

Palabras del académico Dr. Pedro J. Frías

Cuando yo frecuentaba en Rosario la casa del inolvidable amigo e ilustre jurista del derecho público Dr. Juan Casiello, conocí en las sobremesas, muy joven aún, a Juan José Casiello, a quien recibo hoy en esta Corporación. Me llamó la atención la nobleza de su carácter y de sus aspiraciones. Y así fue coherente su vida a medida que asumía las responsabilidades que su talento, su empeño y su hombría de bien fueron sumándole.

Es que era connatural en su hogar el estudio y el servicio de los demás en un área pública no política. Juan José se especializó en la profesión de abogado y en la docencia.

Para ello se doctoró con una tesis sobresaliente sobre la responsabilidad civil. Profesor titular de Obligaciones en las dos Facultades de Rosario, pero también en otras carreras.

Desde temprano el Dr. Casiello abrazó el estudio del Derecho Civil. Y su primera obra de aliento, sobre *Desvalorización monetaria*, editada en 1961, mostró las preferencias del joven autor sobre un tema propio del Derecho de las Obligaciones, en el que muy pronto y a través de sucesivos estudios publicados, se constituyó en un verdadero especialista

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 145.

del mejor nivel, de cita obligada en la jurisprudencia y en la doctrina que se ocupaba del tema.

Un profesor de su talla participa también en cursos de Universidades extranjeras, pero destacó su protagonismo en el Congreso de Roma en 1986 sobre “*Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*”.

Como en el caso de todos nosotros, la docencia implica otras funciones, como la de jurado en varias universidades. Sé de su discernimiento, de su equidad y de la responsabilidad con que presta estos servicios tan frecuentes en nuestra vida de profesores.

Desde luego, tiene libros propios y es frecuente coautor en obras colectivas.

Pero de esta gesta docente, es inseparable en el Dr. Casiello el estilo profesional. Abogado para la equidad bajo la ley, goza de la estima de sus colegas; y no es poco lo que digo.

Tanto que ha sido presidente del Colegio de Abogados de Rosario, miembro del Tribunal de Ética, presidente del Instituto de Derecho Civil, titular en la mesa directiva de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, juez permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario, conjuez de la Suprema Corte de Santa Fe y otros.

Su estilo es el del buen negociador -o sea, la verdad, pero bien averiguada- y si transa es porque, como dice el *Diccionario del abogado exquisito* de Horacio Roitman, “*los pleitos son demasiados serios para dejárselos a los abogados*”. Alguna vez un colega que se había enfrentado con él, me relataba no sin admiración cómo el Dr. Casiello lo había convencido con el Código en la mano de algunos errores, pero había concedido lo que era necesario para que la equidad -que es la justicia en el caso particular- presidiera la solución del conflicto.

Su coherencia con sus convicciones me permiten darle la bienvenida a esta Academia, que no lo defraudará en sus expectativas de buen trabajo en equipo, ya que por iniciativa de su presidente anterior, ahora presidente honorario, tendrán bastante autonomía con el Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe. Estoy conmovido cuando pienso en la amistad con su familia y con él mismo: son las bondades de la vida.

Palabras del Dr. Juan José Casiello

Agradezco de todo corazón las palabras que acaba de pronunciar quien fuera durante varios períodos presidente de la Academia, y hoy presidente honorario, el profesor Pedro José Frías. Son palabras que me tocan muy en lo íntimo, porque traen el recuerdo de mi padre, el Dr. Juan Casiello, y no ocultan, a través de su bondadoso juicio ponderativo, el «hondo afecto fraterno» con que Pedro ha querido regalarme siempre.

Debo decir ahora, antes de comenzar mi exposición, que constituye para mí un motivo de honda satisfacción espiritual el título de académico correspondiente con que ha querido honrarme la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Tengo conciencia de que accedo, por generosidad de quienes han querido designarme, a una de las más prestigiosas entidades científicas de carácter jurídico del país, que ha congregado desde sus orígenes a los más destacados juristas argentinos. Sin omisión de los maestros de otras ramas del derecho, pero por mi condición de estudioso y profesor de derecho civil desde hace muchos años, quiero recordar especialmente a dos maestros: los profesores Pedro León y Alfredo Orgaz, egregios representantes de la llamada a justo título “escuela civilista cordobesa», que se presenta encabezada por la augusta figura de don Dalmacio Vélez Sársfield, el ilustre codificador, de cuyo natalicio se han cumplido recientemente doscientos años. “No fue el azar dijo una vez - Roberto Brebbia- sino el influjo de la recia personalidad del insigne Dalmacio, y la admiración que suscitara su obra legislativa, las circunstancias determinantes de que en esta tradicional comarca cordobesa la doctrina civilista adquiriera un notable desarrollo, llevándola a ser la sede natural de los cuatro primeros Congresos Nacionales de Derecho Civil, realizados en los años 1927, 1937, 1961 y 1969”. A esa escuela civilista de Córdoba, de tan ilustre raíz, y representada en la hora presente por juristas del mejor nivel que siguen iluminando el pensamiento nacional, rindo, pues, mi cumplido homenaje en este momento de mi ingreso a la Academia, con el compromiso de desplegar mis mejores esfuerzos para contribuir, dentro de su seno, a, la investigación, desarrollo y perfeccionamiento del derecho civil.

En lo personal, agradezco a Dios, mi Señor, que me dio la vida y las fuerzas suficientes para afrontar durante más de cincuenta años el ejercicio profesional de la abogacía, y atender a la vez mi vocación por el estudio y la enseñanza del derecho civil.

Mi reconocimiento a quienes fueron mis maestros y a quienes influyeron en mi formación. En primer lugar, a mi padre, el Dr. Juan Casiello, abogado consagrado y distinguido profesor de Derecho Constitucional, egresado de la Universidad de Córdoba, y a quien esta misma Universidad honrara con el Premio «Facultad», por la tesis presentada cuando obtuviera el lauro de Doctor en Jurisprudencia. Hombre ejemplar, fue mi maestro de vida.

Un recuerdo para la profesora María Antonia Leonfanti, enamorada del derecho civil, que lo enseñó con pasión a varias generaciones de estudiantes, en las Facultades de Derecho de Santa Fe, de Rosario, de Corrientes. No fui alumno de la Dra. Leonfanti, pero sí su discípulo cuando en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad Católica de Rosario, y en la biblioteca de su residencia, compartíamos muchas horas de estudio en las que con esa generosidad que la distinguía, me transmitió su vocación y su entusiasmo por el derecho civil.

Y una última mención, que nunca podría dejar de hacerla. Mi reconocimiento para mi querido maestro don Roberto Brebbia, que a más de su magisterio y su consulta permanente, me brindó su afectuosa amistad. Mi reconocimiento, en este caso, se ve doblemente comprometido porque don Roberto, si bien tiene espíritu joven, ya carga muchos años, y a pesar de ello se ha venido desde Rosario para acompañarme en este momento, y está aquí presente entre nosotros, ocupando un lugar de honor como a él corresponde, al lado del Sr. presidente de la Academia,

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO, DR. MIGUEL CARLOS ARAYA *

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Efraín Hugo Richard, el 5 de junio de 2001.

Palabras del académico Dr. Efraín Hugo Richard

Sr. presidente, Sres. presidentes honorarios, Sres. académicos, autoridades, señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba abre hoy nuevamente sus puertas en sesión pública, esta vez para recibir a un nuevo miembro correspondiente: Miguel Carlos Araya, confiándome su presentación como lo hiciera hace cuatro semanas con otro santafesino, Ricardo Lorenzetti, sumando en el intermedio la integración de Juan José Casiello.

Ello impone referirse a uno de los aspectos de la política de esta corporación ejercitada a través de sus institutos, como su *mano lunga*, donde sus académicos de número y correspondientes amplían la actuación ecuménica, no sólo en sus respectivas especialidades sino integrándose con miembros de esos institutos. Así el del Federalismo, de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, de Derecho Civil, de Educación, de la Empresa, de Filosofía del Derecho, de Derecho Comparado, y uno muy reciente.

Porque una de esas políticas académicas de esta corporación estuvo dirigida a nuclear a los numerosos miembros domiciliados en la provincia de Santa Fe, creando ese nuevo instituto, una nueva mano larga

* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 237.

de la Academia, su Instituto Santafesino de Estudios Jurídicos, que recientemente se organizó y comenzó una pujante actividad. Se unió a ello la designación de nuevos miembros correspondientes con ese domicilio, uno de ellos, en la llamada disciplina del Derecho Comercial o Mercantil, mi colega Miguel Carlos Araya, con domicilio en Rosario, que hoy incorporamos.

El nuevo académico concluye este año la década de sus cincuenta con este reconocimiento público a su madurez académica, pues en agosto va a alcanzar sus primeros 60 años.

Egresado en 1965 de la Universidad Nacional del Litoral, recorrió todas las jerarquías docentes a partir de 1974 en ella y en la de Rosario, hasta alcanzar la titularidad por concurso de la cátedra de Derecho Comercial, doctorándose en la Universidad Nacional de Rosario en el año 75, hoy director de su Escuela de Postgrado y miembro de su Consejo Directivo.

Director y presidente del Colegio de Abogados de Rosario, síndico de la Bolsa de Comercio de Rosario... son jalones de su actividad profesional y grupal.

Integrante del Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados de la Provincia de Santa Fe y conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe y de la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Rosario, en la que su padre fuera vocal. Con él publicó su primer libro sobre cheque, y ahora, como director de un libro colectivo en prensa sobre *Sociedades por acciones*, nos reúne a importantes juristas españoles y argentinos. Sus artículos de investigación y doctrina, como las presentaciones a congresos, son múltiples, como lo son sus participaciones en dichos eventos.

Profesor itinerante de postgrado en universidades nacionales y extranjeras, es miembro del Consejo Académico de la prestigiosa *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, también integrado con otros distinguidos académicos de Buenos Aires y Córdoba.

Con lo expresado y con remisión a los extensos antecedentes curriculares depositados en nuestra corporación, habría cumplido con la encomienda dispuesta por la Academia, Sr. presidente, pero permítanseme algunas mayores referencias personalísimas de lo que he compartido con el nuevo miembro.

Cuando formalizo esta introducción no puedo dejar de señalar algunas coincidencias y convergencias con él y sus actividades. Nacimos en Rosario, egresamos como abogados en la Universidad Nacional del Litoral, y nos doctoramos en esa provincia.

En esos orígenes se enraizaron mis relaciones con Miguel Carlos Araya, y quiero abrir el cofre de los recuerdos.

Nuestro nuevo miembro es hoy el segundo eslabón profesional, al que siguen sus promisorios herederos, Mercedes, aquí presente, y Mario Araya, hoy en Nueva York cumpliendo estudios de postgrado.

Pero quiero referirme al primer eslabón, a su padre, el Dr. Celestino R. Araya, a quien conocí en las Jornadas sobre Letras de Cambio, Pagaré y Cheques, hace 36 años, en mayo de 1965, organizadas por el Dr. Francisco Quintana Ferreyra. Allí forjamos una sólida relación basada en la vocación compartida. Cuando lo comenté con mi difunto padre, recordó de sus tiempos de funcionario del Banco Español al distinguido profesor como un abogado capaz y de ética acrisolada.

Poco tiempo después volví a encontrarme con el Dr. Celestino C. Araya en el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, donde los seminarios integraban la carrera del doctorado, donde forjaba la investigación de mi tesis. Su apoyo fue sólido, brindándome sus consejos.

Pero donde sentí la calidez de su apoyo fue en ocasión del Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1968, luego diferido para 1969, en Rosario, cuya Secretaría General ejercía. En aquellos tiempos la asistencia a congresos estaba limitada a profesores e invitados especiales, y con el Dr. Samuel F. Linares Bretón no teníamos esas calidades, por lo que me permití hablar con el Dr. Celestino Araya por el conocimiento personal que tenía de ambos. De inmediato recibimos sendas conceptuosas invitaciones personales, que nos facilitaron el camino que habíamos escogido.

Y paradójicamente, con ese aliento, organizamos los Congresos de Derecho Societario, el primero desde Córdoba con los maestros Cámara y Quintana Ferreyra, en La Cumbre en 1977. Y allí estaba Miguel Carlos Araya, quien presentó una ponencia junto con otro distinguido jurista rosarino, Jorge Robbiolo, con quien comparto el ser miembro del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario. Allí también estaba otro jurista de Rosario, Guillermo Casiello, hoy aquí presente, quien también nos acompañó hace 14 días en otro acto de la Academia.

Los sucesivos congresos de Derecho Societario, a los que se agregaron los de Derecho Concursal, recalificados luego como Iberoamericanos de la Empresa y de la Insolvencia, fueron acrisolando y solidificando esa relación con Miguel Carlos Araya, no sólo en la coincidencia de la vocación, sino en la concepción ética del ejercicio profesional, de la potenciación que genera la dinámica grupal y en la visión de la concepción social del derecho.

Tengo mucho que agradecerle, como a otros muchos que a ambos se vincularon, en mi desarrollo. En fraterna comunidad nos potenciamos recíprocamente.

Decía que desde 1977 participó activamente en todos los congresos, jornadas y encuentros de la especialidad; desde ese momento nos encontramos como espectadores interesados en la proyección de la legislación nacional.

En 1986 la unificación del derecho privado patrimonial negocial, como señalaba al presentar hace pocos días a Lorenzetti, nos encontró ya como protagonistas de una historia inacabada.

La labor de nuestro nuevo miembro quiero culminarla con referencia a tres comisiones de legislación:

Fue designado por la Cámara de Diputados de la Nación asesor de la Comisión Especial encargada de proyectar la unificación del régimen civil y comercial argentino, en julio de 1986; la Comisión produjo despacho el día 22 de abril de 1987, el proyecto fue aprobado por Diputados en el año 87 y por Senadores en 1991 y vetado por el presidente de la Nación.

Ínterin tuvimos varios encuentros, pero particularizo en Tucumán la Primera Jornada Internacional de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, donde tuvo la deferencia de integrarme junto con el maestro del Derecho Fernando López de Zavalía al panel de cierre reservado para los miembros de esa comisión.

Receptó las críticas constructivas que se formalizaron, lo que nos permitió forjar un sistema integral de análisis de la temática de las sociedades y los contratos asociativos, por lo que espero con mucha expectativa la comunicación que hoy nos brindará.

Juntos habíamos ido compartiendo e integrando nuestras propias experiencias, el análisis de la realidad, la ruptura con dogmatismo vacío o la

intolerancia dogmática. Nos acostumbramos a escuchar, a escucharnos, a compartir, a analizar.

Quizá por esa actitud, como hombres del interior fuimos convocados a la Comisión del Ministerio de Justicia de la Nación en 1991 para elaborar el proyecto de reformas a la ley 19.550, régimen de sociedades comerciales, el proyecto fue concluido y entregado al Ministerio el 30 de marzo de 1993,

Las anécdotas son múltiples. Desde un primer momento forjamos la metodología de la reforma, no su contenido, que fue integrándose paulatinamente. No obstante la prudencia de Araya frente a la actitud descollante de otros protagonistas en la comisión, me aconsejó esperar la eclosión de un enfrentamiento ideológico, que se produjo, y entonces naturalmente se aceptaron métodos e ideas que hubieran sido furiosamente descartadas en el inicio.

En esa época, su misma prudencia, contención y su galvanizada amistad me ayudaron a superar la frustración que sentí al ser convocado por el Ministerio de Economía para asesorar en el caso Aerolíneas en el segundo trimestre de 1992, y sentir que debía alejarme rápidamente de ese asesoramiento por los sospechosos cambios de decisiones de altísimos funcionarios no coherentes con lo que entendí debían ser los intereses en juego.

Coetáneamente se nos designó por la Cámara de Diputados de la Nación como asesor de la Comisión de Legislación General, que ha tomado a su cargo la tarea de revisar y modificar el proyecto antes citado. Esta comisión denominada Federal para la generación de un Código Civil que unificara las obligaciones y contratos comerciales, donde ya con más fuerza defendimos nuestra posición respecto a las relaciones de organización y asociativas, logrando sólo moderados avances frente a posiciones dogmáticas que, a nuestro entender, no analizan la realidad ni comportan un sistema integrado en ese aspecto, posiciones que son reiteradas por el último proyecto sin tratamiento legislativo aún, y que han merecido mis públicas observaciones en el último libro publicado por la Academia y en nota publicada en el homenaje a Vélez Sarsfield, por lo que soslayo en esta oportunidad reiterarlas, pero subrayo que las ideas centrales se corresponden a las posiciones forjadas junto a Araya. Esa comisión produjo despacho, elaborando un Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, que obtuviera media sanción en la Cámara de Diputados en 1993.

Ahora nos espera en octubre en Rosario como presidente de la Comisión Organizadora del próximo Congreso Iberoamericano de la Empresa y Nacional de Derecho Societario, cuya Secretaría Permanente integramos.

La familia le dio el apoyo y tranquilidad que su vida pública exigía. Sus padres primero, después su señora Beba -aquí presente- y sus hijos, en integración con su hermano abogado Mario Araya. No hay duda de que estos desempeños descollantes implican horas robadas del ambiente familiar que imponen el reconocimiento que formalizo.

Comprenderán entonces mi júbilo con esta incorporación, pues se trata de un jurista joven aún, pero maduro en su formación, sólido en su pensamiento, razonable en sus intervenciones, capacitado por la dinámica grupal que supone su integración a una corporación como la Academia, y específicamente a un Instituto Santafesino de Estudios Jurídicos que sin duda ha de enriquecer desde su perspectiva especializada.

PREMIOS

ACTO DE ENTREGA DE DIPLOMAS A LOS GANADORES
DEL PREMIO PUBLICACIÓN “DALMACIO VÉLEZ
SARFIELD, TESIS SOBRESALIENTES”

Córdoba, 11 de septiembre de 2001

Palabras de la Dra. Zlata Drnas de Clément

Este es el segundo año que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba otorga el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sarsfield, Tesis Sobresalientes”, creado el 5 de septiembre de 2000, adjudicándolo, en este ciclo, a los Dres. Miguel Ángel Acosta y Héctor A. Zucchi.

No podemos dejar de recordar que Vélez, designado como el hijo más ilustre de la Casa de Trejo, fue un estudioso incansable, investigador entusiasta. Su verdadera vocación de vida ha sido el estudio, tal como surge no sólo de sus obras sino también de la boca de sus hijos Aurelia y Constantino. Su legado intelectual ha enriquecido significativamente a nuestro país. Sus conocimientos, ricos en fuentes doctrinarias europeas, supieron recoger lo local, reconocer la idiosincrasia argentina, las características latinoamericanas. Junto con Bello y Teixeira de Freitas conformó la tríada de los grandes legisladores continentales que supieron salir de la condición discipular frente a Europa. La dedicación al derecho de Dalmacio Vélez ha marcado sendero a generaciones venideras para la profundización de la vocación de perfeccionamiento intelectual y de servicio a la sociedad. Precisamente, las tesis doctorales hoy premiadas vienen a reflejar un destacado esfuerzo en tal sentido.

Estamos lejos de la antigua concepción de “tesis de doctorado”, cuando, conforme al sentido etimológico de la palabra, aquélla consistía en sólo unas pocas proposiciones escritas sobre cuestión determinada, centrándose la labor del postulante a doctor en el ejercicio oral, la argumentación,

la defensa ante las objeciones que le formulaban los examinadores. Péries, en su obra *La Facultad de Derecho en la Antigua Universidad de París (1160-1793)* ¹, recuerda que esas proposiciones escritas solían hacerse en una gran hoja de papel, habiéndose establecido la costumbre de ornar la hoja con un grabado, el que solía ser ejecutado por grandes artistas, de modo tal que el adorno pasaba a ser lo central en la presentación y no el trabajo material de la composición tipográfica. Con el tiempo, por extensión, se ha dado el nombre de “tesis” a la disertación que el candidato hacía imprimir antes de sostener la discusión pública. Este escrito fue tornándose cada vez más importante tanto en extensión como en contenido. A menudo, especialmente en la Francia del siglo XIX, el doctorando no sólo debía defender sus posiciones propias, por escrito y verbalmente, sino dar cuenta de un acabado conocimiento del derecho en general ².

Los galardonados con el premio que se entrega hoy han puesto en evidencia el acierto de su creación intelectual, de su capacidad para atender un punto específico del derecho en el marco de una formación jurídica integral.

La tesis del Dr. Miguel Ángel Acosta se ocupa de “Aspectos jurídicos y económicos del warrant”. El autor, modestamente, señala que con su investigación no ha pretendido innovar ni crear una teoría propia del warrant, más bien responder a algunos interrogantes (entre ellos, los relativos a la continuidad de los estudios sobre el instituto, el origen del nombre y su perdurabilidad), aclarando aspectos, analizando nuevas modalidades del documento, proponiendo revisiones o reformulaciones al instituto. Acosta, en su comunicación de resultados, no sólo aporta propuestas para una futura legislación; también muestra nuevas inquietudes y objetivos de estudio al observar una serie de problemas formales, de funcionamiento y de interpretación, dando a la tesis carácter de paso intermedio en la búsqueda de nuevos horizontes para la ciencia del derecho en el área específica.

El Dr. Héctor Zucchi, por su parte, en su tesis titulada “El Derecho como objeto tridimensional”, ha reflatado la antigua cuestión relativa a qué es el derecho, pregunta que no por reiterada y persistente ha hallado respuesta esclarecedora, de satisfacción general y definitiva en el tiempo.

¹ Pág. 268, nota 3.

² V. Paul COLLINET, *L’Ancienne Faculté de Droit de Douai (1562-1793)*, pág. 144.

Zucchi, en el párrafo final de su trabajo, define al derecho como “*conducta en interferencia subjetiva, normada y valiosa*”, concluyendo, en consecuencia, que “*el hecho, la norma y el valor (concebidos como tres órdenes interrelacionados pero irreductibles entre sí) serán jurídicos siempre y cuando se presenten integrando dicho concepto*”.

Indudablemente, el conocimiento científico no es el único conocimiento, pero es el que permite la reflexión constante, el estímulo de la diversidad de perspectivas, la construcción sistémica, la unidad del conjunto.

La aproximación al fenómeno jurídico puede hacerse desde distintos ángulos y a través de diferentes estructuras metodológicas. La apreciación del rol de la ciencia y de la investigación ha sufrido profundos cambios en las últimas décadas. Desde la confianza plena en la capacidad del hombre para conocer la verdad y resolver los problemas racionalmente, pasando por las incertidumbres sembradas por las corrientes posmodernas, nos encontramos hoy en una etapa que anuncia el fin de la posmodernidad agnóstica con la confianza puesta en la posibilidad del científico de construir o reconocer nuevas certidumbres, necesarios núcleos ordenadores en un mundo plural.

Las tesis doctorales, al igual que los resultados de otros tipos de investigaciones científicas, producen conocimientos nuevos, esperándose de ellos que traspasen el círculo de los especialistas del campo, difundiendo los conocimientos en la sociedad. Ello es parte de la responsabilidad social de los estudiosos y de las instituciones y corporaciones académicas. Este premio publicación viene a contribuir con esa parte esencial de apertura a la comunidad jurídica y a la sociedad en general.

La distinción que hoy se otorga implica un reconocimiento al valor de los aportes a la ciencia del derecho que significan las tesis de los Dres. Acosta y Zucchi y, al mismo tiempo, constituye un estímulo para que los galardonados continúen en su afán de investigación con reforzada exigencia en la calidad de su producción y con creciente compromiso social.

*

Palabras del Dr. Miguel Ángel Acosta

Buenas noches. En realidad no estaba preparado para hablar, y solamente quiero expresar dos ideas iniciales: la primera es reflexionar sobre

lo que lamentaron el Sr. presidente Dr. Ghirardi y la académica de número que nos presentó, Dra. Drnas de Clément, frente a esta luctuosa noticia de los ataques a las Torres Gemelas de Nueva York. Pienso que el imperio del derecho es la condición que asegura la convivencia entre los seres humanos y su comportamiento a través de la historia así lo demuestra.

La segunda idea que quiero destacar es la actitud de la Academia al galardonarnos, al reconocernos. En un país en el que de ordinario están ausentes este tipo de manifestaciones ello constituye no sólo un halago personal sino que permite a quien -como yo- proveniente de una ciudad del interior novel en lo académico y con una universidad relativamente joven, experimentar una auténtica gratificación intelectual. Quiero felicitar nuevamente a la Academia, a las autoridades y a quienes han pergeñado este prestigioso premio.

En cuanto a mi trabajo, sería muy tedioso referirme a mi tesis, porque es un tema específico dentro de una materia bastante aburrida para los que no participan en este club bastante exclusivo que son los comercialistas; sólo quisiera agregar unas breves acotaciones a la acertada síntesis que realizó la académica de número: elegí un tema como el warrant por ser un instrumento que cuenta con una aquilatada tradición legislativa en Argentina e inexplicablemente dejó de utilizarse durante setenta años, reflatándose luego a partir de los años noventa y no hallándose justificación razonable a dicho fenómeno.

Hubo valiosos aportes doctrinarios y tesis doctorales entre 1880 y 1930, pero después de esa época advino un silencio legislativo y jurisprudencial inexplicable, donde el instituto prácticamente desapareció, limitándose su tratamiento a un capítulo dentro de las obras generales de derecho comercial, mas nunca en abordajes específicos, y eso fue lo que más me incentivó para investigar la razón de esa carencia.

Una vez afrontado el desafío de la investigación descubrí que se trataba de un instituto con grandes posibilidades de desarrollo y que muchas de ellas habían sido inexploradas o bien tratadas de una manera muy superficial (hasta irresponsable). Entonces, en base a esos elementos dispersos, a esas intuiciones, me fui encontrando con un universo cada vez más rico, más atractivo, más propicio, donde claramente sobresalen, entre los varios tópicos investigados, el problema del *fieldwarrant* o warrant en el propio establecimiento del deudor, las vicisitudes del warrant y la quiebra, así como la novedad del warrant electrónico. De modo que lo que pensé que resuelve-

ría en unos meses en realidad me llevó unos cuantos años más para ser concluido, con algunos cambios legislativos mediante.

Finalmente, resultó en esta tesis que hoy la Academia meritó favorablemente y por ello les estoy profundamente agradecido. Muchas gracias también a ustedes.

*

Palabras del Dr. Héctor Zucchi

El resultado del trabajo generosamente premiado está en consonancia en cierto modo con su título puesto que mi tesis, mi trabajo, ha sido *uno*, pero ha tenido tridimensionalidad de aspectos. Ellos son: primero, su aprobación como tesis; luego, el premio otorgado por esta prestigiosa Academia; y en tercer término, la materialización del trabajo intelectual consistente en el libro publicado, también debido a la Academia de Derecho.

El derecho es conducta en interferencia *intersubjetiva, normada y valiosa*. Esto es lo que digo en mi tesis, agregando dos notas características a la conocida definición del derecho propiciada por Carlos Cossio. La filosofía también consiste en heredar y añadir. Ahora bien, lo añadido -como toda tesis doctoral- debería ser original, pero si no lo es, al menos procura mirar con nuevos ojos esa realidad que es el derecho.

Esta concepción del derecho posibilita el cumplimiento de uno de los objetivos de la tesis, consistente en tender canales de comunicación y colaboración entre teorías afines, de un mismo cuño: la egología, el trialismo, el tridimensionalismo y el integrativismo, evitando la diversificación de esfuerzos. Es suficiente señalar que para Werner Goldschmidt los repartos se originan en conductas y que para Reale el derecho es siempre modalidad de la conducta social del hombre. En efecto, para el trialismo el reparto de potencia e impotencia se realiza mediante conductas de reparto, que cumplen los repartidores o conductores, ha dicho un conspicuo trialista.

El *primer obstáculo* liminar que aparentemente se presenta al *sincretismo* perseguido, a la conciliación de doctrinas diferentes, a la aproximación entre trialismo y egología, consiste en la filiación realista de la primera y la idealista de la segunda. Husserl, en sus *Ideas*, se refiere a la distinción escolástica entre objeto “mental”, “intencional” o “inmanente”, por un lado, y objeto “real”, por otro. Pero comenta, si intentamos

separar el objeto real (en el caso de la percepción externa) y el objeto intencional, caemos en la dificultad de hallarnos frente a dos realidades. La cosa es el objeto natural, esto es lo que percibo, el árbol que está ahí en el jardín. Un segundo árbol inmanente, o bien una “imagen interna” del árbol real que está ahí fuera de mí. Esto no se da en modo alguno, y suponer hipotéticamente una cosa semejante sólo conduce a un contrasentido. Si llevamos a cabo la reducción fenomenológica, es víctima toda posición trascendente, no toleramos juicio alguno que haga uso de la tesis de la cosa “real de veras”. La “colocación entre paréntesis” impide todo juicio sobre la realidad percibida, pero no impide describir esta “realidad en cuanto tal” que aparece en la percepción.

Sin embargo, Ortega, fiel a la idea de la cortesía que predica, presenta la cuestión con claridad, explicando que los actos vividos son intencionales puesto que yo pienso, quiero, veo o me encuentro con algo, pero sin abstención alguna. En rigor sólo hay conciencia en la realidad radical que es la vida de cada cual. Ni las cosas, ni el yo, sino el quehacer del yo con las cosas, que llamamos vida. Si hubiera cosas únicamente, nada tendría sentido, las cosas no tienen sentido para ellas. No puedo hablar de cosas sin yo; pero tampoco de un yo sin cosas.

No existe, como pensaba el idealismo, una superioridad del yo sobre las cosas, ni a la inversa, como creía el realismo. El yo no es la realidad primaria, ni única, pues la realidad radical es el quehacer del yo con la circunstancia, que constituye nuestra vida.

El *segundo obstáculo* a la aproximación buscada radica en la posición iuspositivista de Cossio y la iusnaturalista de Goldschmidt. No obstante, creo que esta divergencia queda minimizada como consecuencia de la atemperación acontecida en la polémica del dualismo iusnaturalismo-iuspositivismo en tanto la diferencia entre uno y otro sector no es cualitativa sino de grado, conllevando esta derivación a la conclusión de que las teorías bajo análisis encuentran coincidencias en aspectos sustanciales más que discrepancias, que a la postre parecen más bien secundarias.

En el Capítulo V me he preocupado por destacar coincidencias importantes entre la egología y el trialismo, sobre todo en cuanto tienen el mérito de incorporar la temática valorativa iusfilosófica, ajena a la mayoría de las tendencias en boga cuando los fundadores de ambas escuelas elaboraron sus respectivas teorías en las universidades argentinas, a la vez que también nos posibilitan avizorar sus diferencias.

Esta superación de dualismos: realismo-idealismo y iusnaturalismo-iuspositivismo, es lo que nos permite tender el puente entre teorías supuestamente inconciliables *in totum*, desaprovechando la posibilidad del enriquecimiento recíproco entre distintas escuelas, producto del intercambio originado por el diálogo entre ellas.

Un *tercer factor* que atentaría contra la conciliación lo constituye la distinta concepción de lo que debe entenderse por conducta. La egología sostiene que es libertad metafísica fenomenalizada. Asimismo, las teorías del derecho de extracción fenomenológica en general y tridimensionalismos como los de Miguel Reale y Herrera Figueroa comparten el mismo concepto. Pero el integrativismo de Jerome Hall, por ejemplo, entiende que la conducta no es una entidad misteriosa o trascendental u originada en la filosofía existencial sino un dato observable y susceptible de descripción.

En este aspecto creo que las reflexiones de Vilanova sobre la libertad aportan un posibilidad de entendimiento o campo de investigación, al dejar de concebir a la libertad como *noúmeno* para ubicarla en el plano empírico, abriendo el diálogo. A este tema le dedico el tercer capítulo.

También he introducido, diría subrepticamente, algo que en cierto modo escapa a la cuestión nuclear de la tesis; me refiero a la polémica de máxima actualidad en la filosofía del derecho relativa a la relación existente entre el derecho y la moral. Por un lado, la tesis de la vinculación sostenida por el iusnaturalismo y la opuesta o tesis de la separación del iuspositivismo. Desde luego que éste no niega una vinculación empírica entre ambos, es decir, que los sistemas jurídicos procuran la realización de los valores jurídicos, pero rechaza con mayor o menor énfasis que existe una vinculación conceptual.

El derecho es vida humana; consiguientemente, entre derecho y moral no sólo existe un vínculo conceptual necesario, sino que además el contenido moral que debe incluirse en el concepto de derecho es la preservación de la vida humana.

En otro orden, y para que mi tesis no parezca desactualizada a primera vista, he considerado necesario ocuparme de la injustificada relegación de la pregunta: ¿Qué es el derecho? De ahí que, aunque más no sea tangencialmente, he dedicado algunos párrafos a la filosofía analítica, al funcionalismo frente al estructuralismo, a la teoría crítica y al posmodernismo.

Este trabajo se inscribe en nuestra tradición iusfilosófica, pues actualmente, en las universidades argentinas -aunque no en todas, desde

luego- se observa un proceso de alienación, fruto de una suerte de colonización pedagógica, lo cual es muy diferente a una espontánea incorporación de valores universales a la cultura propia. Cossio ha sido objeto de este proceso alienante y creo también que Goldschmidt ha sido en parte olvidado.

Mi labor ha tenido un excepcional privilegio debido a la tutoría inicial de José Vilanova, lamentablemente fallecido cuando pergeñaba los primeros borradores de la tesis y a la generosa y dinámica dirección posterior de Julio C. Cueto Rúa, a quienes considero los dos discípulos más fecundos del maestro Carlos Cossio. A ellos, entonces, mi agradecimiento.

No quisiera terminar estas palabras sin avalar la vigencia de la filosofía del derecho reiterando para ello un pensamiento, recientemente recordado, del gran jurista cordobés, Alfredo Orgaz, quien elocuentemente decía: *“Cuando un problema jurídico es de difícil solución, hay que remontarse a los principios filosóficos”*.

Nada más, y mi agradecimiento a esta prestigiosa Academia por el premio otorgado.

ACTO DE ENTREGA DE DIPLOMAS A LOS GANADORES DEL PREMIO “JOVEN JURISTA 2001”

Palabras del Dr. Juan Carlos Palmero

1. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba nos ha encomendado la honrosa distinción de hacer uso de la palabra en su representación, en este acto donde se hace entrega del Premio “Joven Jurista 2001” a destacados juriconsultos, quienes pese a su juventud se han destacado en el medio por su sobresaliente trayectoria profesional y científica, debido a sus méritos y relevantes trabajos para el permanente perfeccionamiento de las ciencias normativas.

Esta Corporación se viste de gala, siente encontrarse de fiesta, pues a no dudarlo, entiende estar cumpliendo de manera acabada con los loables propósitos que se tuvieron en miras en el momento de su creación, cuales son los de promover y estimular en todos los aspectos y sentidos la tarea común y permanente por el estudio del derecho, a través de las más diversas manifestaciones con que se exterioriza a la vida histórica.

Es que no puede haber otro acontecimiento de mayor significación que reconocer -precisamente- estas distinciones como una manera de premiar esfuerzos individuales, vocaciones laboriosas y decididas, que por sus frutos y sobresalientes resultados, se transforman en modelos o ejemplos dignos de poner de relieve a la comunidad jurídica en su conjunto, de forma tal que encuentren motivos de estímulos valederos y caminos ciertos de emulación.

Cabe destacar, a modo de introducción, que este premio no se otorga a una obra en particular -que sería algo muy loable en sí mismo-, sino que apunta al reconocimiento de una “verdadera trayectoria”, que subraya, más que un acto, toda una actividad desarrollada como conjunto, apuntando de esta manera a remarcar con mayor énfasis una vida y no un hecho o circunstancia en particular exclusivamente, por meritoria que ésta fuere.

Y resulta correcta la interpretación de la Academia, porque de lo que se trata, en definitiva, es de proyectar hacia la sociedad la visión integral de una existencia plena, en cuanto resulta capaz de postergar o soslayar descansos y diversiones por el superior objetivo del estudio y la investigación, como así también y al mismo tiempo, valora el rendimiento efectivo en el campo de las realizaciones y de la práctica diaria como operador cotidiano del derecho.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, permítasenos transmitirles entonces, en nombre de todos los integrantes de esta Academia, nuestras más sinceras y efusivas felicitaciones, que significan la satisfacción que nos embarga al tomar conciencia de que estamos inmersos dentro de una gran caravana, donde cada uno aporta su esfuerzo y dedicación con miras al progreso y calidad de una obra realmente colectiva.

2. Conviene quizás tomar debida conciencia de que el derecho, por su naturaleza normativa, tiene como objeto fundamental el propósito de armonizar y resolver conflictos de intereses entre los diversos estamentos e integrantes de una sociedad, en función de valores superiores que actúan como referentes necesarios, o una suerte de brújulas generales para señalar los grandes objetivos comunes de un pueblo, o lo que se ha dado en llamar, con una fórmula insustituible, el bien común.

A diferencia de lo que acaece en el campo del arte o de las ciencias de la naturaleza, sería imposible entender los alcances de las disciplinas jurídicas sin una integración pluridimensional, donde se conjugan en una idéntica entidad ontológica, conducta, norma y valores; o dicho de manera más sencilla, la verdad en el derecho no puede separarse ni prescindir de un juicio de contenido ético o moral.

De ahí entonces que a un artista le sea permitido introducir cambios absolutos o completos respecto de las tendencias existentes en su pasado inmediato anterior. Algo parecido ocurre en el campo científico objetivo, donde los adelantos del progreso van dejando inservibles, o completamente perimidos, muchos esfuerzos y descubrimientos efectuados por quienes nos precedieron en las tareas de investigación.

En cambio, le resulta absolutamente vedado al derecho efectuar modificaciones abruptas o traumáticas, porque en el devenir constante de las generaciones, encolumnadas detrás de la empinada cuesta de la montaña, a cada una de ellas le corresponde aportar una cuota de claridad y

esfuerzo en esta permanente y constante tarea de llevar adelante una vida mejor y más justa, donde se respeten por igual, y en perfecta armonía, tanto los derechos del prójimo como los grandes objetivos que responden al interés general.

Como tenemos acabada conciencia de que el derecho es una obra colectiva, reclamamos y valoramos, efectivamente, el aporte y el esfuerzo de los demás y la constante investigación de los fenómenos sociales, económicos, políticos y morales, de forma tal que las diversas promociones -a semejanza de los grandes ríos que surcan los pliegues de piedra de las “fontanas” romanas-, arrastren el limo valioso de su tiempo, en razón del compromiso histórico con las circunstancias especiales que les toca vivir.

El derecho civil que resuelve diariamente nuestros problemas, el comercial o el administrativo, no es el mismo que dictara el legislador en el momento de su sanción inicial, sino que en todos los casos el funcionamiento de este proceso de enriquecimiento común, a través de un esfuerzo conjunto de los estudiosos, los magistrados y los operadores de todos los tiempos, ha ido elaborando un resultado a todas luces superior al nivel en que nos encontrábamos en el punto de partida.

3. En este contexto debemos interpretar este solemne acto público de nuestra corporación. Su significado apunta a transmitir un mensaje de fe, de esperanza, y al mismo tiempo, de confianza en nuestra permanente vocación por el perfeccionamiento de la técnica con que se elaboran nuestras leyes y de los valores que se realizan para que en cada caso se haga realmente justicia.

Cabe en este sentido tener particularmente en cuenta el siguiente dato, que constituye en sí mismo todo un síntoma de optimismo y confianza en el futuro, a saber: mientras se han presentado para optar a este “Premio al Joven Jurista 2001” treinta y ocho aspirantes, con treinta y un libros publicados y tres tesis doctorales, superando el número de doscientos los trabajos publicados en diversas revistas nacionales y extranjeras, en mil novecientos noventa y nueve, por el contrario, sólo lo hicieron catorce, lo que permite inferir una palmaria evidencia acerca del entusiasmo y dedicación por el perfeccionamiento permanente de las ciencias normativas.

Y es esta la noticia que nos produce la alegría que hoy queremos compartir... porque revela, más allá de las circunstancias difíciles por las

que atraviesa nuestro país, que no han sido lo suficientemente graves como para paralizar el espíritu de curiosidad o impedir de algún modo el progreso constante del desarrollo científico de nuestras disciplinas, circunstancias que nos aseguran, a no dudarlo, un venturoso porvenir.

Pero además del sentimiento señalado precedentemente, nos provoca admiración, reconocimiento, ejemplaridad, ya que en un escenario donde existen tantos factores de distracción y superficialidad, en un mundo con predominio casi exclusivo de la imagen por sobre el discurso y la reflexión, todavía tenemos jóvenes dispuestos a empeñarse en el esfuerzo diario del estudio y la investigación, sustrayendo tiempos al descanso y al esparcimiento, lo que pone de relieve la existencia de un importantísimo reservorio moral, digno de alabanza y encomio, que seguramente hará sentir su saludable influencia en un futuro cercano.

Señores y señoras: El “Premio Joven Jurista (edición 2001)” ha sido acordado, por decisión unánime del distinguido tribunal *ad hoc* designado por la Academia, en forma conjunta, a los Dres. Martín Abdala y Fernando Toller; todo ello en razón de que, según palabras textuales de los jurados:

“La solvencia de los trabajos de cada uno de ellos como así también la evidente trascendencia práctica que en el ámbito del derecho ellos importan, hace a la razonabilidad y plena justicia de que sean merecedores de dicho Premio”.

“Además de lo dicho, no se puede dejar de señalar que estamos frente a profesionales que han logrado demostrar su preocupación, continuidad y seriedad en el ámbito disciplinar desde el cual cultivan la ciencia jurídica toda vez que ya han obtenido su tesis doctoral, logro que como es obvio potencia en gran modo su preocupación por los tópicos académicos que como es propio, resultan atendidos por este Premio”.

En el caso del Dr. Abdala, oriundo de la ciudad de Tucumán, y por lo tanto, egresado que enorgullece y prestigia a la Universidad Nacional de Tucumán, logra una vez finalizados sus estudios de grado un subsidio de la Fundación Adenauer para la realización de un perfeccionamiento en Alemania, obteniendo nada menos que el doctorado en el Instituto de Derecho Bancario y Economía Bancaria de la ciudad de Colonia, habiendo publicado su tesis sobre “El derecho de los fondos de inversión. Una comparación entre los negocios de inversión alemanes y los fondos mutuales americanos”; a lo que debemos agregar la culminación de un *magister legum studium* en la Universidad de Munster, con calificación “*cum laude*”.

A su vez el Dr. Toller proviene de la provincia de Entre Ríos, con diploma de grado de la Universidad Pontificia Católica Argentina de Buenos Aires, habiendo logrado también diploma de honor. Realizó estudios de especialización en la prestigiosa Universidad de Navarra, España, donde finalmente alcanza las borlas del doctorado, con un trabajo por demás sugerente y valioso para los tiempos que corren, intitulado: “Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones”; habiendo igualmente ejercido la docencia en dicho ámbito académico, en la Cátedra de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho.

La mención especial del Premio se concede a los abogados Enrique Camps, Luis Ramiro Carranza Torres y Carlos Alberto Molina Sandoval, quienes a su vez son egresados y desarrollan sus actividades académicas en las universidades nacionales de La Plata y Córdoba, con especialidades en derecho privado y público respectivamente, pero los tres distinguidos disponen de un amplísimo curriculum que demuestra a todas luces una constante y permanente actividad en el campo de la docencia, la investigación y el ejercicio práctico de la abogacía.

4. En definitiva, señores, ustedes comprenderán ahora con absoluta claridad las razones y motivos del sentimiento que experimentamos en el momento del discernimiento de estas distinciones académicas, como así de la justicia y el merecimiento que a través de ellas efectuamos.

Pero omitiríamos transmitir un mensaje, a nuestro juicio de la mayor importancia, si no les manifestáramos, en nombre de toda esta corporación, que si bien se trasciende al medio social a través de estos justicieros reconocimientos, la Institución constituye, al mismo tiempo, un centro permanente de estudio, debate, perfeccionamiento y divulgación del derecho, a través del dictado de conferencias, el funcionamiento de sus institutos, y las publicaciones que cotidianamente efectúa, de gran valía científica y técnica, en las más diversas especialidades de la mayor parte de las disciplinas.

Es entonces a ese lugar de trabajo que los convocamos, ofreciéndoles ubicación para que puedan continuar con sus tareas, aprovechar el marco institucional de su organización, y, en fin, acompañarnos en este permanente desafío para que el derecho sea realmente un instrumento al servicio de la paz y el progreso de nuestro pueblo.

Aunque parezca una obviedad innecesaria, deseamos reiterarles que ésta es vuestra casa, en la que siempre serán recibidos con el mayor de los afectos y estima, y en la que esperamos se sientan tratados con la hospitalidad y la atención como les ocurre en la propia.

Sabemos muy bien, por fin, que si bien todos estos logros y éxitos se exteriorizan en las personas de los homenajeados, detrás de cada uno de ustedes existen siempre esfuerzos anónimos que merecen también de un recuerdo especial. Nos referimos a padres, maestros, esposos, o novias, que desde el silencio, la cooperación y el apoyo, también aportaron lo suyo para que esto fuese posible, porque detrás de todo hombre de reflexión existe siempre un héroe que permanece ignorado. Reciban entonces, todos ustedes nuestros plácemes, y el mejor de los augurios, para que la obra colectiva de la construcción permanente del derecho no sufra entorpecimientos o detenciones, y así cada día podamos enorgullecernos del nivel logrado por la cultura nacional a este respecto.

Una última reflexión: si el derecho es una ciencia, sólo cabe trabajar con ahínco y objetividad en la dilucidación de los grandes principios que lo componen e integran como técnica de la interpretación de la ley; si el derecho constituye una esperanza, luchemos para que nuestras leyes realicen valores auténticos, capaces de llevar felicidad a nuestro pueblo y darle un destino común; pero por fin, si el derecho implica una lucha, que nunca claudiquemos, para lograr así que a cada generación le sea factible participar activamente de esta importante y apasionante tarea común.

*

Palabras pronunciadas por el Dr. Martín Abdala

Buenas noches. Para mí es un gran honor recibir esta distinción, igual compartirla con Uds. Muchas veces, en una de esas grandes jornadas de trabajo, me he preguntado a mí mismo: “¿Servirá para algo todo esto?”; y bueno, la respuesta a veces demora en llegar pero llega, y cuando llega de esta manera es un gran aliciente para seguir adelante. Muchas gracias a todos y también a mi señora y a mi familia, que han tenido tantas veces que sacrificarse en mi ausencia pero con un fin que valió la pena. Muchas gracias.

*

Palabras pronunciadas por el Dr. Fernando Alfonso María Toller

Me dijeron que podía hablar hasta dos o tres minutos, y a pesar del papel mi argumento no va a pasar de ese tiempo.

Señor presidente Dr. Olsen Ghirardi, estimados señores miembros de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señora y señores:

Enseña una máxima castellana que es de bien nacidos ser agradecidos; siendo así las cosas, aunque brevemente, no puedo en esta ocasión tan especial para mí dejar de hacer justicia a algunas personas e instituciones. En primer lugar quiero agradecer muy de veras a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por este reconocimiento; haber sido premiado por el foro de la más alta autoridad científica jurídica de una ciudad que con justicia lleva el nombre de Docta, con una Universidad tres veces centenaria y segunda de América, es sin lugar a dudas un enorme honor y una gran recompensa para quien les habla, en especial para quienes siempre hemos admirado a Córdoba, con una mezcla de admiración, respeto y cariño, que trasmite lo que tiene abolengo y tradición.

Debo dar gracias también al académico de número Dr. Juan Carlos Palmero por sus sentidas palabras, a los señores académicos Dr. Luis Moisset de Espanés, Ernesto Rey Caro y Armando Andruet, que como jurado juzgaron con tanta benevolencia mis trabajos.

Muchos otros pudieron estar hoy aquí; quiero reconocer en consecuencia que si he podido dedicarme a actividades de enseñanza de derechos humanos o derechos fundamentales y si he podido participar en este acto es por haber sido afortunado por parte de Dios y de las circunstancias, que me llevaron primero a estudiar derecho en la Universidad Católica, donde puede disfrutar de grandes maestros; luego gracias a dos fundaciones que me apoyaron económicamente pude ir a Europa a hacer el doctorado en la Universidad de Navarra, donde tuve la satisfacción de poder integrarme a su cuerpo de profesores. En ambas universidades transcurrieron, aun con todos los esfuerzos y agobios, los mejores años de mi vida de trabajo. Será que, como decía Bernárdez, es que no se goza bien de lo gozado sino luego de haberlo padecido.

En este punto, en este tiempo en Argentina en el que tantos desean irse para no regresar, no quisiera omitir decir que tuve un ofrecimiento para quedarme en Navarra, incorporándome establemente al claustro

docente. La tentación no era pequeña; resolví volver y dar aquí la pelea, donde están lo que quiero y los que quiero.

Debo dar gracias también por haberme podido incorporar como profesor en la Universidad Austral, en la cual había trabajado como administrativo.

Por último, estoy especialmente en deuda con mi familia, que tanto me ha apoyado y que siempre he sentido muy cercana, aun en esos años de ausencia de mi natal Entre Ríos; y no creo que ninguno se agravie si agradezco especialmente a mi padre, que hoy no ha podido estar aquí, que ha sido juez y profesor de derecho constitucional y de filosofía, y que a la sombra de su sabiduría y rectitud me fue transmitiendo sin imposiciones su vocación y su optimismo por la justicia y el derecho. Muchas gracias.

*

Palabras pronunciadas por Luis Carranza Torres

Hablar delante de quienes me han formado en las ciencias jurídicas, mis profesores de la Universidad Nacional, me causa un poco de temor reverencial. Yo tenía dieciocho años cuando entré por mi primera vez a esta Academia; siempre ha sido un punto de referencia en mi pensamiento jurídico y no pocas veces me ha ayudado, tanto a través de sus publicaciones como del consejo oportuno de muchos de sus miembros. Por eso no puedo decir más que muchas gracias, hacer un recuerdo para mis padres, que lamentablemente no han podido venir hoy y brindar, como decía el Dr. Palmero, una afectuosa gratitud para mi esposa Florencia, que es la que en forma tan anónima me brinda ese marco de contención afectiva y de humanidad tan cabal para que uno pueda con éxito dedicarse a pensar humildemente lo que el derecho puede llegar a hacer, frente a los grandes desafíos que afronta hoy en día nuestra patria. ¡Muchas gracias!

*

Palabras pronunciadas por Carlos Alberto Molina Sandoval

Como decía el Dr. Juan Carlos Palmero, derecho es una obra colectiva; entonces no podemos recibir el premio solos sino de manera colecti-

va, de acá mi agradecimiento. Como bien dice Lunfart, todo agradecimiento es dejar fuera a muchos otros que también merecen lo mismo. Mi agradecimiento en primer lugar es para la Academia de Derecho por confiar el premio en mí, premio que no sólo es la culminación sino que es el inicio para seguir trabajando fuertemente, para seguir luchando.

Agradezco a mi maestro Francisco Junyent Bas, que me apoyó con su entrañable generosidad en el estudio del derecho comercial. Agradezco al Dr. Efraín Hugo Richard, que también con generosidad avala e impulsa todas las actividades académicas. Además no puedo dejar de mencionar a mi esposa María Victoria y a toda mi familia, que siempre me apoyaron y sostuvieron, no sólo desde el punto de vista económico sino también desde el punto de vista emocional, que a la larga hace a la esencia del ser humano. Muchas gracias.

*

*Palabras del Dr. Efraín Hugo Richard agregadas
fuera de programa*

Hace diez días, en la clausura del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario recibí en ausencia de los beneficiarios, el premio a la mejor ponencia de jóvenes autores que correspondió, ¡oh casualidad!, a la autoría de un ausente Ariel Germán Bacallo y a nuestro premiado Carlos Molina Sandoval; tuve el gusto de recibirlos en nombre de ellos y también en esa oportunidad señalé la personalidad de los galardonados.

Era un congreso internacional en el que se publicaron cinco tomos; eran muchos los postulantes y esto califica el premio.

*

El galardonado Enrique Camps estuvo ausente.

HOMENAJES

HOMENAJE AL DR. JORGE A. NÚÑEZ CON MOTIVO DEL CENTENARIO DE SU NATALICIO

Palabras de la Dra. Margarita Santillán Núñez

Es un especial honor para mí el haber sido designada por la Facultad de Derecho para honrar con un cálido recuerdo la figura del Dr. Jorge Alberto Núñez, distinguido académico de quien se cumple el centenario de su nacimiento. Fue no solamente maestro, amigo y guía, pauta de conducta, ejemplo de jurista, ciudadano, varón consular de la República.

Cuántas condiciones reunidas en una sola persona, cuántas fibras de esa vara inquebrantable que fue el Dr. Jorge A. Núñez. Como hemos dicho, nació hace casi cien años en esta ciudad que lo contó siempre en su seno. Provenía de un hogar ejemplar que a su vez reprodujo, agregándole sus propias virtudes. Muy joven, un adolescente casi, luego de pasar por los claustros del Colegio Monserrat, ingresó a los de la Casa de Trejo en los convulsionados momentos del estallido de la Reforma, para no desvincularse de ellos y de su quehacer e intereses a lo largo de medio siglo.

Obtuvo así su título de abogado en 1923, laureándose como Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en 1930; con anterioridad, en 1926, fue designado profesor suplente de Derecho Romano por concurso de oposición, para alcanzar en 1934 el cargo de profesor titular de dicha materia.

Se dice, y con mucho acierto, que Córdoba es su Universidad, y agregaremos que la Universidad fue la meta de todos los anhelos del Dr. Jorge Núñez, ya que solamente los avatares de la convulsionada vida del país mismo pudieron alejarlo -en defensa de sus supremos principios e ideales- momentáneamente de ella.

Así, en octubre de 1943 es dejado cesante por el gobierno de facto como sanción a la suscripción del manifiesto de profunda repercusión conocido como “Democracia Efectiva y Solidaridad Americana”.

Se reintegra a la cátedra a principios de 1945 para renunciar en noviembre de 1946, solidarizándose con los notables profesores dejados cesantes por el gobierno central. Su renuncia es rechazada para declarársele “cesante por inconducta”. Esto constituyó un verdadero galardón, dado que la tal inconducta había sido defender la libertad y la democracia. Cuántos dolores debía pasar la República y cuántos los ciudadanos de su talla que no temían ni a la prepotencia ni al avasallamiento de la fuerza bruta.

Repuesto en la cátedra -que ya vimos cómo dejó- por el movimiento de 1955, asume con todos sus bríos la conducción y reorganización de la materia Derecho Romano, que también había sido avasallada, cercenándose en su importancia formativa y base de toda nuestra legislación civil de fondo. Encara la estructuración de los dos cursos de Derecho Romano, materia que amaba con la pasión del investigador y la entrega de quien cree firmemente en la labor que está cumpliendo. Por ello pudo elaborar uno de sus mejores trabajos: “Algo más sobre la primera Cátedra de Instituta”, que vio la luz en Buenos Aires con sello de dicha Universidad.

Expresa allí que: “... *la enseñanza comenzó por el Derecho Civil Romano, con lo que será lógico advertir que él impregnó el espíritu de los cursantes, imbuyéndolo de ese equilibrio que clarifica la mente y permite adquirir en la sabiduría de sus disposiciones, una espontánea adhesión a los principios que traducen conceptos de proporción poniendo al hombre en situación adversa a la opresión*”. Sigue más adelante, refiriéndose a los días de mayo: “*Córdoba, con su Universidad, permitió también que la llama se elevara en holocausto de la Patria*”.

Días de lucha habrían de sobrevenir: los que le demandaron la concreción de esta maravillosa realidad que hoy vemos en los predios de la Ciudad Universitaria. Su gestión para que ella se incorporara definitivamente al patrimonio de la Casa de Trejo y sobre todo para que cumpliera los supremos fines culturales que admiramos hoy en día. Estos

hechos fueron condensados en las memorables palabras que pronunciara en el acto de entrega de los pabellones realizado el día 28 de septiembre de 1957 y que tuve la honra de presenciar, mensaje que lanzara en su condición de rector interventor. “... *La Ciudad Universitaria es un conjunto armónico de elementos, que al proporcionar sana convivencia a los estudiantes en sitio común, donde el estudio y también el esparcimiento propios de la edad juvenil, que forman caracteres y conciencias, debe contar con institutos, laboratorios, aulas, etcétera, que permitan la actividad en medio de un mundo destinado al fin esencial de la Universidad...*”. “... *Podemos servirnos de lo que se construyó para objetivos ajenos al ideal de Universidad comenzando la adecuación de este conjunto de edificios con planes que, bien estudiados, podrán constituir la base de una gran Ciudad Universitaria. Entran ellos al patrimonio de nuestra Universidad para iniciar una etapa que nos saque de la angustia en que hemos estado viviendo, muchas veces y las más, en la pobreza del espacio y de la luz*”. Señeras palabras éstas que estaban abriendo el futuro inmediato, hoy hermoso presente que disfruta nuestra juventud y que gracias al esfuerzo titánico de hombres como el Dr. Jorge Alberto Núñez son hoy una realidad que enorgullece a quienes llevamos para siempre en nuestros corazones el sello imperecedero de la Universidad de Córdoba.

Su paso por la vida estuvo signado por la ruta del derecho, del “arte de lo bueno y equitativo”. En nuestra Facultad fue varias veces consejero, vicedecano desde 1937 a 1938, decano desde 1938 a 1942, duros momentos en los que repercutían con todo su fragor en el seno de la Casa de Trejo los tremendos acontecimientos de la política mundial. Europa se debatía en una cruel y sangrienta guerra y los antiguos claustros cordobeses necesitaban más que nunca del equilibrio y la ponderación de este ilustre ciudadano que estaba al frente de su Facultad, la más politizada de todas, la que recibía todos los acontecimientos en su más explosiva irrupción.

Como rector interventor de la Universidad Nacional se desempeñó desde el 9 de junio de 1956 hasta el 31 de octubre de 1957, entregándola a las nuevas autoridades surgidas de la reorganización operada, con un Estatuto modelo en su género. Académico de número de

esta Academia Nacional de Derecho desde 1948, renuncia a ella en defensa siempre de sus inquebrantables principios, luego del golpe militar de junio de 1966.

Fue también brillante miembro del Directorio del Colegio de Abogados y vicepresidente del cuerpo en 1943/1945, para luego ocupar la presidencia de 1945 a 1947.

Su capacidad, su tremenda fe en el país y la fuerza de sus convicciones lo llevaron a la presidencia de la Empresa de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, cargo que ocupó desde marzo de 1964 a julio de 1966, para retirarse a su ciudad natal, entregándose de lleno hasta su último aliento al libre ejercicio de su profesión de abogado, la que desarrolló a lo largo de una vida ejemplar no exenta de sacrificios pero con la satisfacción de ver el reconocimiento, respeto, cariño y admiración de todos cuantos fueron formados a su lado y según sus severos principios tuvimos en él al Maestro ejemplar, al consejero y amigo amplio de criterio, estricto en sus principios, que no conoció jamás ni las claudicaciones ni las pequeñeces. Su alma fue un alma grande, su fe la de un patricio, sus ideas las de los grandes elegidos y su conducta una sola desde la lejana adolescencia. *“Nada hay más allá de la democracia, quien quiera una nueva estructura social destruyendo las bases en que se asienta el sistema que adoptamos para regir la Nación, está fuera de ella La Universidad es y tiene que ser democrática y esa es la fuerza conductora de su destino. La ciencia es universal y su transmisión ha de realizarse por sus cultores como ciencia, pero no como medio de actividad antidemocrática”*. Estas palabras las dijo en su mensaje rectoral en la inauguración de cursos en 1957. Ojalá nunca nos apartemos del profundo contenido de las mismas.

En homenajes como el que hoy nos convoca, en este egregio recinto, la Academia Nacional de Derecho, la Universidad, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y particularmente sus cátedras de Derecho Romano acogen en su seno su alma de jurista, su espíritu de Hombre.

Palabras del Dr. Humberto Vázquez

Cuando el año pasado conmemorábamos gozosamente aquel bicentenario del nacimiento de nuestro patrono, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, acuñamos una palabra de bellos contornos etimológicos:

Recordar... De la partícula duplicativa latina *re*, y el sustantivo *cor*, corazón.

Vale decir que *recordar* es volver a pasar por el estuario del corazón, la persona, la figura, la vida de aquel a quien evocamos en esta tarde, en vísperas del centenario de su natalicio, el Dr. Jorge A. Núñez, académico de número de esta corporación, a la que se incorporara un 10 de julio del año 1948, con el auspicio y aval de una tríada jurídica de fuste: los académicos doctores Santiago Beltrán, Carlos A. Tagle y Mauricio Yadarola.

Descorremos por ello el telón del tiempo, y entrecerrando los ojos envolvemos esta hora crepuscular con un manto de remembranzas y reminiscencias en torno al académico ausente, que hemos traído a esta tarde por la magia del *recuerdo*.

En este itinerario rememorativo hemos imaginado una escala de 10 peldaños por la que iremos ascendiendo en su vida, hasta el adiós definitivo.

Le vemos así en el primer peldaño, el de la cuna, inaugurando su vida, en los albores del siglo XX, siglo que ha dado pasos de gigante en la ciencia y en la técnica, pero ha retrocedido penosamente en los valores morales. El Dr. Núñez había nacido un 12 de noviembre de 1901.

En el segundo peldaño ya le vemos en la infancia bulliciosa de la Casa Grande, donde flameaban al viento, con la frecuencia de nueve lunas, los banderines blancos de los pañales.

Le vemos en la Mesa Larga, fragante de pan, plena de gorjeos, risas y lágrimas, junto a ocho hermanos, intercambiando cuadernos, lápices, plumillas, guardapolvos con olor a tiza...

¡Los Núñez! ¡Qué familia! Los patriarcas fundadores: Don José Manuel y Doña Mercedes. La prole, tan numerosa como hermosa: Clara Mercedes, Jorge, Calixto, José Manuel, Ceferino, Ricardo... Por qué

estrellas andarán... Esther, sólo ausente con aviso, Julia y Mercedes con el regalo de su presencia.

¡Los Núñez! ¡Qué familia!

Ascendiendo hacia el tercer peldaño, le vemos flamante bachiller, joven de diecisiete años, ingresando a la Universidad en 1918, azorado, asombrado, conmovido de seguro, frente a proclamas, manifiestos, cátedras libres... La Universidad en ebullición, protagonizando jornadas que se inscribirán como hitos imborrables en su historia.

Por el cuarto peldaño le vemos egresando como abogado (*Vir bonus iusdicendi peritus*) en 1923, y pocos años después como Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, dando comienzo así a su largo y fértil romance con la Universidad de Córdoba, su segundo hogar, de la que se alejará sólo temporariamente, cuando estimó lesionados sus ineludibles principios democráticos.

Este quinto peldaño que ascendemos en la escala, no es de madera ni de metal, sino de seda y tules, porque palomas mensajeras que vienen desde Buenos Aires nos cuentan que el Dr. Jorge Núñez ha quedado prisionero entre las manos primorosas de una delicada y fina dama porteña, Dora Cazón, el 21 de mayo de 1931, y estamos seguros de que Jorge Núñez luciría ya y, desde entonces, aquel alfiler de corbata, distintivo de su porte de caballero.

De ese nidal de pétalos y ensueños nacerán cuatro hijos: Beatriz, Marta, Jorge Fernando y María, que ahora están retoñados, además, con la ternura de quince nietos y trece bisnietos.

El que hemos enumerado como sexto peldaño es como una cesta rebosante de logros, pues ha llegado a profesor titular por concurso, a partir de 1932, en las cátedras de Derecho Romano; desde entonces va a escanciar con voz medulosa los principios imperecederos que guarda el *Corpus Iuris Civilis*... las luchas sociales de los tribunos mártires, Tiberio y Cayo Graco... las conquistas de César (*Caesar Divus Imperator*)... el discurso fluido de Cicerón... el apogeo y la caída del Imperio Romano... El devenir, en fin, de la Historia que, como "*magistra vitae*", nos muestra la grandeza y las miserias de la humanidad en su incesante "*corsi e ricorsi*".

El Derecho Romano, nos enseñaba el Maestro, es un manantial inagotable: *Beban siempre de esa agua, aunque nunca calmarán su sed...*

En esa época comienza ya su abundante producción científica referida al Derecho, en especial al Derecho Romano. Entre muchos otros títulos enumero:

a) “La enseñanza del Derecho en el país, la Primera Cátedra de Instituta”;

b) “Algo más sobre la Cátedra de Instituta” teniendo como prolegómeno la conferencia pronunciada en el Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

c) “El concepto de persona en el Derecho Romano”.

d) “La historia de las universidades y de su enseñanza”.

e) La división en épocas del Derecho Romano y el criterio del jurista brasileño Abelardo Lobo”.

f) “La investigación en la Universidad y la creación de seminarios”.

g) “El Código de Comercio y las exigencias de la vida actual”, conferencia pronunciada al celebrarse el Primer Congreso de Derecho Comercial, en 1940, en la Universidad de Buenos Aires. Ya en ese entonces afirmaba el Dr. Jorge Núñez: “... *No existe fundamento alguno que justifique la doble legislación en materia de obligaciones*”.

El que hemos numerado como séptimo peldaño es la concreción definitiva de ese connubio del Dr. Jorge Núñez con la Universidad de Córdoba y de su consagración a la vida universitaria.

Por eso le vemos, entre los años 1938 y 1942, presidiendo el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho. El voto unánime de sus pares le consagró como decano, valorando sus dotes académicas, su dedicación y su permanente docencia.

Integraban aquel Consejo Directivo, coadyuvando con el decanato del Dr. Jorge Núñez, verdaderos próceres de la ciencia del Derecho en su especialidad.

Menciono algunos, sólo por sentir en la boca, al nombrarlos, el regusto de sus lecciones. Alfredo Vélez Mariconde, Luis Juárez Echegaray, Pedro León, Raúl Orgaz, Carlos Ernesto Deheza, Enrique Martínez Paz (hijo), Ricardo Smith, una pléyade de Maestros del Derecho.

Es un hito fundamental en el decanato del Dr. Jorge Núñez el crecimiento vigoroso de la investigación en la Facultad de Derecho, con la creación de los seminarios.

Seminario quiere decir *semillero*. Por eso, como expresa bien Llabrás de Acevedo, en el seminario no es cuestión de cosechar; es más bien de arrojar semillas, un poco *a tout vent*, en los surcos ya abiertos por las clases y el coloquio. Aquí es donde se realiza propiamente la investigación.

El decanato del Dr. Jorge Núñez creó con ese propósito:

- a) El Seminario de Derecho Civil, que dirigía el Dr. Alfredo Orgaz;
- b) El Seminario de Derecho Constitucional, a cargo del Dr. Carlos R. Melo;
- c) El Seminario de Derecho Comparado, que presidió el Dr. Enrique Martínez Paz, hijo;
- d) El Seminario de Derecho Romano, que dirigía el propio decano, Dr. Núñez, y que se apuntalaba con el Seminario de Latín Jurídico, dirigida por el destacado humanista itálico Dr. José Caratti y que integraban los profesores Ezio Massoni y Silvino Pautasso.

También el Seminario de Alemán Jurídico, a cargo del profesor de Obligaciones, Dr. Carlos A. Roth, que se anexó al Seminario de Derecho Civil.

El octavo peldaño de esta luminosa escala se corresponde con la tremante faena de la litis en los Tribunales de Justicia. Pues el Dr. Jorge Núñez presidió el Colegio de Abogados de nuestra ciudad entre los años 1945 y 1947, defendiendo los intereses de los colegiados, pero exigiéndoles, también, el fiel cumplimiento de sus deberes como auxiliares de la justicia.

En el noveno peldaño le vemos al Dr. Jorge Núñez comprometido con su ideario político, acompañando a su amigo, el presidente Dr. Arturo Umberto Illia, poniendo su ciencia y conciencia en la dirección de SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires) entre los años 1964 y 1966, cargo que resignó de inmediato cuando las armas acallaron el derecho, deponiendo al presidente y silenciando las instituciones de la República.

En el décimo peldaño aparece el *homo universitarius* que por experiencia fue el Dr. Jorge Núñez. Ha retornado a sus cátedras de Derecho Romano en los últimos meses de 1955, pero la Universidad conmocionada ha de requerirle mayores esfuerzos, todo su saber, toda su prudencia.

Por eso, cuando el rector interventor, Dr. Agustín Caeiro, se ve forzado ante la grave crisis a cerrar las puertas de la Universidad, depositando las llaves en el despacho del juez federal, Dr. Antonio Cornejo, desde la Capital Federal surge el nombre de un prestigioso universitario para calmar las aguas revueltas y poner orden en los claustros.

Tal nombre fue el del Dr. Jorge A. Núñez, que en el lapso de un año y cuatro meses enderezó, apuntaló y puso en marcha nuevamente la Casa de Trejo.

En tan breve lapso el rectorado del Dr. Jorge Núñez acreditó tres logros, poco conocidos, creo, por la comunidad universitaria, pero de una envergadura tal que hoy estamos cosechando sus frutos:

1°. Preparó prolijamente la documentación preliminar que cristalizó luego en la conformación definitiva del D.A.S.P.U. (Dirección de Asistencia Social para el Personal Universitario). Todavía hoy, aunque con algunas dificultades ineludibles en este tiempo, es una obra social señera en esta ciudad.

2°. Instó y logró del gobierno de la Nación que presidía el general Aramburu, la transferencia al dominio de la Universidad de Córdoba de los terrenos que conforman la llamada “Ciudad Universitaria”, con todo lo clavado y plantado allí, todavía en vía de construcción algunos de sus pabellones.

Con fecha 28 de septiembre de 1957 se firmó la respectiva acta de traspaso, que rubricaron por la Universidad el Dr. Jorge A. Núñez, como rector, y el Dr. José María Escalera, como secretario general. Por el Gobierno de la Nación lo hizo Carlos H. Taylor, jefe de las obras “Ciudad Universitaria de Córdoba”.

3°. Imprimió un fuerte impulso a la investigación científica en la Universidad. Ya lo había adelantado cuando su decanato en la Facultad de Derecho, con la creación de los Seminarios. Ahora su prédica y acción se refieren a todo el ámbito universitario.

Hace suyas las palabras de Bernardo Houssay: *“Una universidad que no investiga es una institución sub-universitaria, a pesar de su rótulo”*; *“Una universidad que no tenga profesores con dedicación exclusiva, no es de primera categoría”*, aunque se pretenda afirmar lo contrario. Y agrega de su propia cosecha: *“Una universidad sin inves-*

tigadores que avalaren el trabajo de los docentes con el aporte de sus hallazgos, es una quimera”.

Hemos concluido esta ascensión por la escala conmemorativa de la vida del Dr. Jorge Núñez, nuestro académico de número.

Le imagino, al partir, saliendo de su estudio de abogado, sobre la calle Ayacucho casi llegando a Caseros, donde ha departido en amable tertulia, contemplando el ocaso desde su ventana, con los viejos amigos, compañeros de ideales cívicos: Juan Palmero, Pedro León y Alfredo Orgaz.

Camina con paso lento, bajando por Caseros; con andar sereno, reposado, como es su costumbre, pero sin bastón.

Ha volteado apenas, sobre su derecha, el ala del sombrero color beige y luce incandescente sobre el pecho la perla de su clásico alfiler de corbata.

Cruza Vélez Sársfield. Va orillando la Iglesia de la Compañía de Jesús... Llegó a Obispo Trejo y en la histórica esquina se esfumó como una sombra, entre los muros añosos de la Universidad...

Los campanarios de la ciudad redoblaban su canto de bronce, como una plegaria.

Era un 24 de junio del año 1981.

*

Palabras de agradecimiento pronunciadas por la señora María Núñez de Checchi con motivo del homenaje a la memoria de su padre, el Dr. Jorge A. Núñez

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores miembros de la Academia, señor decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba:

En nombre de la familia Núñez quiero agradecer profundamente este emotivo homenaje a la memoria de mi padre.

Muchos de ustedes que lo conocieron como discípulos o como amigos coincidirán en que él perteneció a una generación que nos dejó un legado muy valioso: el del amor a la libertad, a la justicia, el sentido del honor, del deber y de la palabra empeñada.

También deseo dar las gracias a la doctora Margarita Santillán Núñez y al doctor Humberto Vázquez, personas muy queridas por mi padre. Ellos nos han retrotraído a épocas a las que todos deseamos volver, a recuerdos imborrables a los que a veces necesitamos darles vida para poder seguir adelante.

A los familiares y amigos que hoy nos acompañan y a las personas que han colaborado para la concreción de este homenaje, también muchas gracias.

Córdoba, 30 de octubre de 2001.

Dictámenes

ANTEPROYECTO DE LEY
DE LIBERTAD RELIGIOSA

Ref. Nota SECUL N° 141/2001

Buenos Aires, mayo 7 de 2001

Señor presidente
de la Academia Nacional de Derecho
Dr. Luis Moisset de Espanés
S _____ / _____ D

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en mi carácter de secretario de Culto de la Nación con el objeto de remitirle en consulta el «Anteproyecto de Ley de Libertad Religiosa» (y la «Exposición de Motivos» del mismo) que el Consejo Asesor de Libertad Religiosa -que funciona en el ámbito de la Secretaría de Culto- ha preparado y que fuera presentado por el Sr. canciller, Dr. Adalberto Rodríguez Giavarini, el pasado 27 de abril en un acto en el Palacio San Martín ante representantes de distintas confesiones religiosas.

Para esta Secretaría será sumamente valioso contar con la opinión de la Academia que Ud. dignamente dirige.

De ser posible, y toda vez que es intención del Gobierno Nacional remitir el proyecto que en definitiva se elabore al Congreso a la mayor brevedad, solicitamos en la medida de lo posible que la respuesta se remita a esta Secretaría antes de fin del mes de junio.

Sin más, y agradeciendo su colaboración, saludo al Sr. Presidente con mi más distinguida consideración.

Dr. Norberto Padilla
Secretario de Culto

DICTÁMENES

Córdoba, 27 de junio de 2001

Señor presidente de la
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Olsen Ghirardi
S _____ / _____ D

Estimado señor presidente:

Tengo el agrado de dirigirme a usted elevando mi opinión sobre el «Anteproyecto de Ley de Libertad Religiosa», que a iniciativa del Secretario de Culto de la Nación, le ha requerido a nuestra Academia de su digna Presidencia opinión.

Nuestro país, desde los días de su organización nacional, tiene una larga tradición en materia de Libertad Religiosa. Los principios que sustentó Alberdi en las “Bases...” y que luego los constituyentes del 53 plasmaran en el primer texto constitucional, configura un ejemplo en el mundo. Las sucesivas corrientes migratorias, permitieron que minorías con confesiones religiosas distintas de las que profesaba la mayor parte de la población, y diferentes también de la Iglesia a la que la Constitución del 53 otorgaba entonces el Patronato, se insertaran en la sociedad argentina y tuvieran notable progreso en la vida pública y privada. Doy fe de ello, pues mi familia, así lo ha vivido y siempre lo ha destacado.

Tan fuerte fue el principio contenido en el art. 14, que su redactor definitivo Juan del Campillo (representante por Córdoba en la Constituyente del 53) lo defendió como base de lo que sería luego la corriente inmigratoria que se materializaría a fin de siglo. Sin embargo, designado luego ministro plenipotenciario ante el Vaticano, no pudo lograr la firma del primer Concordato. Alberdi previno entonces a las autoridades sobre la cautela de la diplomacia romana y los inconvenientes de un concordato que pudiera detener a los inmigrantes de Escandinavia y los estados germánicos.

Este proyecto profundiza aquellos principios liminares, y garantiza lo que constituye uno de los principios de vida civilizada en Argentina:

(i) la libertad religiosa, incluso para quienes no profesen ningún credo, (ii) la posibilidad de cambiarlas o abandonarlas, (iii) la organización jurídica de las iglesias, las comunidades y las distintas confesiones, bajo la forma de persona jurídica, (iv) la existencia de entidades de segundo grado, y (v) la creación de un Consejo Asesor de Libertad Religiosa, en sus aspectos salientes. El resto de las normas que lo componen refirman estos principios.

Si bien el art. 8 dispone que las relaciones entre el Estado Nacional y la Iglesia Católica Apostólica Romana se rigen por el Acuerdo firmado con la Santa Sede el 10 de octubre de 1966, no es menos cierto que ha cambiado el status luego de la reforma constitucional de 1994. Prevalece el Tratado con la Santa Sede, pues tiene hoy rango constitucional; empero en dicho tratado no se especifica que esta Iglesia deba ser «persona del derecho público» tal como lo estatuye el Código Civil. Las demás confesiones que se organicen jurídicamente lo deben hacer bajo la forma de «persona del derecho privado». Este tema no ha ofrecido en los 148 años de vida institucional de nuestro país, ningún tipo de problemas. Pero el debate jurídico hoy debe profundizarse, especialmente porque hay en estudio por lo menos un proyecto de reforma al derecho privado. Mas le confieso que no estoy en condiciones de expedirme sobre tan delicada cuestión, pues carezco de la formación necesaria en materia de derecho público. Contando nuestra academia con especialistas en esas disciplinas (Pedro J. Frías, Ricardo Haro, Antonio María Hernández, Julio Altamira, entre los más destacados) creo que deberíamos estudiar la cuestión, y aun luego de excedidos los plazos emitir una opinión que contribuya al respecto.

Quiero dejar en claro que la observación precedente no implica tomar partido por una u otra posición, y que tal como está redactado todo el Proyecto y en particular el art. 8, es una iniciativa loable, digna de la República Argentina, que refirma principios esenciales de nuestra forma de vida, y que debe ser apoyada firmemente por nuestra Academia.

Saludo al señor presidente con mi consideración más distinguida,

Horacio Roitman

Córdoba, 27 de junio de 2001

Señor presidente de la
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Olsen Ghirardi
S _____ / _____ D

Señor presidente:

Elevo al señor presidente el dictamen que me fuera solicitado.

I. Señala el título que se trata de un «Anteproyecto». En él se propone una norma general sobre la libertad religiosa. El Registro de Culto hasta ahora vigente regula la vida jurídica de las diversas confesiones existentes en el territorio nacional. El presente «Anteproyecto» integra esbozos anteriores que se presentaron entre los años 1983 y 1989.

El Anteproyecto contiene: a) la reglamentación del derecho de libertad religiosa; b) el registro de confesiones religiosas; c) la tutela del derecho de libertad religiosa mediante la tipificación de algunos delitos que serían punibles en el futuro.

Advierto que la reglamentación del derecho de libertad religiosa y la tipificación y posterior punibilidad de ciertos delitos religiosos son una novedad en el sistema legal vigente en la República. En cambio, el registro de confesiones es una reformulación de la normativa imperante.

II. La declaración «*Dignitatis humanae*», más conocida como «Declaración sobre la libertad religiosa», promulgada en la sesión del 7 de diciembre de 1965 del Concilio Vaticano II abría nuevas perspectivas al examinar una vez más la tradición de la Iglesia y deducir de ella elementos nuevos que estuviesen en armonía con los ya pasados. Respecto al «Anteproyecto» se puede afirmar:

El «Anteproyecto» como tal es bueno y constituye una base para posibles conversaciones y ulteriores mejoras. Cumple con los postulados de «*Dignitatis humanae*», ya que a través de su texto se aprecia el esfuerzo para que: a) el derecho de la persona a la libertad religiosa sea reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad de manera que se convierta en un derecho civil; b) establece una normativa para

que no se impida el ejercicio de este derecho, y al mismo tiempo indica los límites que deben ser tenidos en cuenta para que se respete el justo orden público, ya que el poder público debe asumir eficazmente la protección de la libertad religiosa de todos los ciudadanos mediante leyes justas y otros medios adecuados.

En este sentido el «Anteproyecto» me parece meritorio, dentro de una formulación posible en las actuales circunstancias sociopolíticas. En efecto, el reconocimiento de la libertad religiosa en su doble nivel, el personal y el institucional, tal como se hace en la Constitución argentina no representa un problema, sí en cambio, puede serlo la normatización de su garantía jurídica.

Estimo que el «Anteproyecto» salvaguarda los derechos y libertades fundamentales. Afirma que esa libertad puede ejercerse en público y en privado, solo o asociado, es decir que rescata el valor comunitario.

Me parece que se deja en claro la función del Estado que la Declaración de libertad religiosa del Concilio destaca con mesura y lucidez.

Quando se habla de libertad religiosa suele perderse de vista que el ejercicio de una libertad fundamental no es de por sí absolutamente ilimitado. Hay que establecer un principio de armonía con los derechos de los demás miembros de la sociedad y, particularmente, con el Estado.

Nunca el ejercicio de una libertad puede anular el ejercicio de las otras. Entre los que poseen esos derechos hay hombres y comunidades, religiosas o no. En medio de todos ellos está el Estado. Éste tiene el deber-derecho de garantizar la convivencia de todos dentro de un orden de justicia.

El «Anteproyecto», con las limitaciones que son propias en estos casos, intenta esta convivencia en un justo orden público.

Es cuanto puedo decir.

Hago propicia esta circunstancia para saludarle atenta y respetuosamente.

Nelson C. Dellaferrera

Córdoba, 25 de junio de 2001

Señor presidente de la
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Olsen Ghirardi
S _____ / _____ D

Distinguido Sr. presidente:

Me es grato informar que este proyecto elaborado por la Secretaría de Culto de la Nación, con el concurso de una comisión asesora honoraria de cultos varios, a la cual pertenecemos los académicos Palmero y yo y el constitucionalista Jorge H. Gentile, merece todo nuestro apoyo. Reconoce el pluralismo religioso de nuestro país, respetando las prerrogativas de la Iglesia Católica en la Constitución. La experiencia ha señalado que la inscripción de los cultos no debe ser obligatoria, pero esto no significa apoyo alguno a las sectas. Salvo un grupo pequeño de evangélicos, o pentecostales, todos han dado su apoyo. Creo que esta vez la resistencia que tuvo el anteproyecto anterior, que alcanzó estado parlamentario, va a ser mucho menor y será más fácil su consagración como ley.

A mi juicio, conocido por el Nuncio y la Conferencia Episcopal, se ha conjugado en este proyecto lo deseable y lo posible.

Cuando presenté en la Cancillería el Digesto de Derecho Eclesiástico Argentino, ante representaciones de todas las confesiones religiosas, testimonié el respeto que merecen las autoridades de culto que con tanta rectitud han dirigido la labor de la Comisión Asesora.

Creo que la Academia puede prestar el asesoramiento pedido en forma significativamente positiva.

Pedro J. Frías

MODIFICACIONES A LA LEY 17.418
DE CONTRATO DE SEGURO

CE/113/7/01

Ciudad de Buenos Aires, 29 de junio de 2001

Señor presidente de la
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Olsen Ghirardi
S _____ / _____ D

En mi carácter de presidente de la Comisión de Economía tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de remitirle copia de la iniciativa presentada por el señor diputado Baglini y otros señores diputados (Expte. N° 3461-D-01), y del proyecto que enviara el Poder Ejecutivo (Expte. N° 42-PE-00), ambos sobre modificaciones a la ley 17.418, de Contrato de Seguro, con el objeto de solicitar su autorizada opinión acerca del tema.

Motiva este pedido la necesidad de contar con su valiosa colaboración, ante la grave situación por la que atraviesa el mercado asegurador.

Descontado desde ya su aporte, lo saludo muy atentamente.

*Manuel Luis Martínez
Diputado de la Nación
Presidente de la
Comisión de Economía*

DICTAMEN

Córdoba, 6 de agosto de 2001

Señor Presidente de la
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Olsen Ghirardi
S _____ / _____ D

El presidente de la Comisión de Economía, de la H. Cámara de Diputados de la Nación se dirigió a esta Academia, a fin de *«remitirle copia de la iniciativa presentada por el señor diputado Baglini y otros señores diputados (Expte. N° 3461-D-01) y del proyecto que enviara el Poder Ejecutivo (Expte. No 42-PE-00), ambos sobre modificaciones a la ley 17.418 de Contrato de Seguro, con el objeto de solicitar su autorizada opinión acerca del tema»*.

El pleno de la Academia me encomendó dar opinión en la reunión del pasado martes, lo que vengo en formalizar en un todo conforme a la nota recordatoria del señor presidente del 3 del corriente mes.

I. El Proyecto del Poder Ejecutivo

Obra en el expediente del rubro a fs. 6657 de un diario de Sesiones que se ha fotocopiado, indicándose inicialmente que *«con el objetivo de promover el desarrollo del mercado de capitales, contrató a consultores especializados y destacados juristas a los fines de la elaboración de un proyecto de ley sustitutivo de la ley 17.418»*.

De su texto resulta que no se trata de meras modificaciones a la ley 17.418 sino de su reforma integral, en la que colaboraron contratados consultores y juristas que no se individualizan, *«remitido en consulta a la asociaciones del sector, así como a la autoridad de contralor de la actividad aseguradora y al ex Ministerio de Justicia»*.

La cuestión ***merece un primer reparo*** en cuanto no fueron consultadas asociaciones de consumidores, incluso sectores industriales y co-

merciales usuarios. Y es bien claro que la base de la competitividad económica es la de posibilitar que el asegurado, previniendo en cuanto al riesgo, transfiera el mismo a compañías bajo control estatal. Este régimen no ha funcionado ni funciona en el país, llevando a la quiebra o al borde de la quiebra a industria y comercio privado que confió en el sistema institucional del sector, que cayó en quiebra, sin que los sistemas de prevención y control cumplieran su rol.

Este es el tema fundamental del «contrato de seguro» en nuestra República: que la actividad privada que confió en el sistema y pagó las primas no se vea sorprendida por la ulterior insolvencia de la compañía aseguradora. Es tema de discusión en congresos y juicios.

1. El derecho tiene una doble misión, como señala Norbert Reich en *Mercado y Derecho*. Ese doble carácter que, por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial el contrato, la propiedad industrial, etc.) y por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y obtener la consecución de determinados objetivos de política social. Así pues, el derecho resulta de este modo instrumentalizado doblemente: por parte del Estado (social) y por parte de los agentes que actúan en el mercado.

En el caso el Estado señala ese primer rol al proponer en el Mensaje de su propio proyecto «*promover el desarrollo de mercado de capitales*». Y en el Proyecto el P.E. se limita a determinar el derecho imperante en su territorio y a la delimitación de la autonomía de la voluntad en la contratación privada en un campo de interés público, pero no en garantizar los intereses de orden público que implican el funcionamiento de las instituciones, incluso el cumplimiento de los contratos afectados por la insolvencia de compañías del sector -bajo control estatal-, fenómeno que no aparece paliado a la fecha.

2. La norma proyectada no coincide con los objetivos declamados de «*promover el desarrollo de mercado de capitales*». Este no es un negocio financiero de las compañías aseguradoras, sino un negocio de las mismas en cuanto con las primas recibidas aseguran el traslado del riesgo asumido.

No se advierte que el proyecto avance sobre el punto. Lejos de haberse advertido una reacción gubernamental para paliar esta si-

tuación, sólo se dictaron medidas que perjudicaron más a las víctimas o a los asegurados.

Recuerdo que el P.E. dictó el decreto 260/97 (B.O. 21/3/97) por el que se declaró en estado de emergencia. a la actividad aseguradora del autotransporte por el «*notable incremento en el inicio de demandas judiciales por resarcimiento de daños provocados por accidentes de tránsito vehicular ... Que la alta siniestralidad, como el incremento de la actividad litigiosa, hacen que sólo unas pocas compañías de seguros operen en el sector ... Que a partir del año 1991, debido a que se corrigieron aspectos distorsivos en el mercado del reaseguro, las empresas aseguradoras del sector del autotransporte se vieron en la situación de soportar la totalidad de las sumas establecidas en las sentencias dictadas en su contra, aspecto éste que les restó liquidez...*». No se advirtió que esto era lo previsto contractualmente.

El régimen, dictado en directo beneficio de las compañías aseguradoras, obtuvo pronunciamientos judiciales dispares. La liquidación de empresas aseguradoras en otras actividades no motivó reacción alguna del P.E. para atenuar el efecto nocivo del incumplimiento de la actividad reglada en interés público de las empresas aseguradoras, que perjudicaron a las empresas e individuos asegurados.

II. El Proyecto de los señores diputados

Este Proyecto, que se incorpora en copia del referido expediente, tampoco ingresa en esos aspectos que hacen al sistema del derecho de seguros, limitándose a aspectos del contrato de seguros.

No obstante resulta claro que este último proyecto, como normalmente se logra con proyectos posteriores, mejora las formulaciones del primero, lo que es dable observar con transparencia en las páginas 89 y ss., que en nuestro caso -dentro del limitado tiempo que se me impuso para informar- sirve para «*guiar al lector*», como se señala. La protección del contratante débil, frente a contratos predispuestos, conforme a solicitudes en muchos casos llenadas por comisionistas, impone la máxima cautela en la protección del asegurado, lo que no aparece trasuntando en el Proyecto del Poder Ejecutivo, enmendadas con mucha razonabilidad

-hasta con cierta timidez- por el Proyecto Baglini, y esa prolija descripción (de fs. 89 a 96) me exime de mayores comentarios. No obstante son mejores las soluciones propuestas en orden al conocimiento previo de las condiciones generales por el asegurado; los efectos de la reticencia; las referencias a las cláusulas y prácticas abusivas; prórroga automática; caracterización de la caducidad; la calificación de la agravación del riesgo y la apreciación de la disminución del riesgo; el plazo de denuncia del siniestro, de informaciones complementarias y la sanción por su incumplimiento; las precisiones sobre el pronunciamiento del asegurador y la extensión del plazo de prescripción.

Casi contemporáneamente, por razones de especialidad, había comenzado a leer el libro del profesor Rubén S. Stiglitz, *Reforma a la ley de seguros - Análisis crítico y jurisprudencial*, que viera la luz en mayo del corriente año, y en cuyo prólogo se señala que está dedicado al «análisis del Proyecto del Poder Ejecutivo de sustitución de la ley 17.418» y me había conmocionado lo expresado desde el punto 7 al 22 de dicho prólogo. Particularmente, frente a posiciones que vengo manteniendo desde hace años sobre los fines y funciones del Estado, y el control de la empresa financiera, aseguradora, etcétera, en reiterados trabajos sobre «actividad ilícita» o «responsabilidad de administradores societarios» y la diferencia entre el control societario y el control de la empresa, las referencias sobre que «se privatiza la vigilancia del contrato», y eso que ello lo es nada más que del texto del contrato, y mi preocupación es sobre la funcionalidad de la «empresa de seguros», pero si se privatiza en ese aspecto del contrato, ¿qué podemos esperar respecto al control de la empresa?

III. En resumen

1. *Tomada la decisión de legislar sobre el contrato de seguro*, no hay duda de que el *proyecto Baglini importa un proyecto más integral y equilibrado* respecto a un contrato y su funcionalidad en una relación en la que una de las partes es o debe ser una empresa calificada y organizada para satisfacer un interés colectivo, sujeto a un orden público interno de autorización.

2. Recomendar a la Cámara de Diputados de la Nación el análisis del sistema de «empresas de seguros» y el rol gubernamental para garantizar el efectivo traslado del riesgo, en resguardo de la competitividad interna de las empresas aseguradas.

Es cuanto puedo informar a mis pares en el tiempo previsto, a través del señor Presidente.

Les saludo con mi mayor consideración.

Efraín Hugo Richard
Director del Instituto de la Empresa

**ACTUACIÓN DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD
EN BUENOS AIRES**

La Plata, 26 de marzo de 2001

Señor presidente de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Prof. Luis Moisset de Espanés.
S _____ / _____ D

Estimado amigo:

Su notable presentación en Colombia de la obra que rememora la obra de Vélez Sarsfield en el bicentenario de su natalicio, exterioriza la trayectoria ilustrada y de excelencia de la Academia, cuya ejecutoria viene contribuyendo principalmente para que la Argentina mantenga su liderazgo en la ciencia jurídica de América Latina.

Luego de este exordio, paso a especificar el nuevo material documentario reunido en estos días:

i) Fotocopia color del expediente caratulado «Recibimiento de abogado del Dr. Dalmacio Vélez», de cuyo contenido resulta que, previo examen rendido ante la Excma. Cámara de Justicia de Buenos Aires, Vélez obtuvo su matriculación como abogado el dieciocho de diciembre de mil ochocientos veintitrés.

ii) Fotocopia color de la defensa de Faustino Lezica, presentada por Vélez en causa sobre falsificación de firma de la Casa Sebastián Lezica y Hnos. y quiebra de ésta (cuaderno N° 3).

iii) Fotocopia color de actuaciones del incidente de la referida quiebra «Lezica», caratulada: Año 1836, Cuaderno 4°, sobre «excarcelación bajo fianza de cárcel segura de D. Faustino Lezica», en el que Vélez patrocinó a su cliente para que conservara el estado de libertad, conforme con lo resuelto por la Excma. Cámara de Justicia.

iv) Fotocopia color del despacho proveído por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield como juez comisionado, en abril 20 de 1836, a petición formulada por el doctor Vicente Anastasio Echevarría.

v) Fotocopia de las leyes votadas por la Sala de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, a saber: a) concesión de facultades extraordinarias (Registro Oficial, 1830); b) nombramiento del brigadier general don Juan Manuel de Rosas, gobernador y capitán general de la Provincia, como depositario de la suma del poder público (Registro Oficial, 1835); c) creación de un Tribunal para los recursos de injusticia notoria (Registro Oficial, 1838)

Reproduzco lo que en un reciente e-mail manifesté textualmente al vicepresidente de la Academia, doctor Olsen A. Ghirardi: «Reitero en lo de atinencia, mi e-mail del 26 de noviembre de 2000, puntos «a» y «b», así como el de fecha 15 del actual parágrafos ‘6’ y ‘7’ que concierne al régimen de supresión del Tribunal de Recursos extraordinarios por nulidad e injusticia notoria y liquidación de las causas pendientes o residuales a cargo de la última comisión judicial especial que integró Vélez Sarsfield. Cabe aquí anotar que las comisiones judiciales *ad hoc* imperaron a partir de 1829 y aún más allá de 1838 (ver mi e-mail del 26 de noviembre de 2000, puntos «a» y «e»). Al respecto ejemplifico con la defensa por Vélez Sarsfield de Faustino Lezica, en las causas suscitadas por la quiebra de la gran casa de comercio «Sebastián Lezica y Hnos.» (de las que precisamente acabo de obtener fotocopias de folios muy importantes), sustanciada a partir de 1835 ante un Tribunal especial integrado por los miembros de la Cámara de Apelaciones y jueces *ad hoc*, el cual dictó sentencia el 8/3/1837. Tiempo antes Rosas, en ejercicio de la suma del poder público, reformó la legislación comercial y el 8/6/1840, abierta la vía extraordinaria, nombró una Comisión para conocer de los remedios deducidos, compuesta por Roque Sáenz Peña (presidente) y los vocales Jacinto Cárdenas, Manuel Obligado, José María Rojas, Rafael Casagemas, Tiburcio Cárcoba, Felipe Senillosa, Romualdo Gaete y Felipe Llavallol, que el 19/10/1846 pronunció la sentencia definitiva (Levene, *Historia del derecho argentino*, t. VIII, págs. 447 y ss., trata extensamente el tema, dedicándole todo el Capítulo XVI).

vi) Del libro de Levene *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro* (pág. 101), tengo fotocopia ampliada del «Acta de la Academia de Jurisprudencia», de 8 de enero de 1835, en la que consta la designación del Dr. D. Dalmacio Vélez Sársfield como presidente.

vii) Fotocopia color de 7 fojas de la causa criminal seguida por injurias a Juan Dermid, en la que Vélez Sársfield -comenzando a usar también el

apellido materno de Sársfield-, patrocinó al acusado Dermid según resulta de sus dos firmas estampadas al pie de sendas presentaciones.

viii) Fotocopia de «La posesión de herencia», escrito judicial que Vélez Sársfield elaboró durante su exilio en Montevideo y que trasunta un estudio ejemplar sobre esa temática. Fue publicado por vez primera en la Revista de Legislación y Jurisprudencia, volumen sexto, imprenta de «La Prensa», 1871, precedido de una nota suscrita por el doctor José María Moreno, que expresa entre otros conceptos: «más de una vez se ha honrado la Revista» publicando interesantes escritos jurídicos de este notable juriconsulto, cuyo nombre pasará a la posterioridad ligado a la reforma de nuestra legislación civil». «Cada uno de esos escritos corresponde a la fama que su autor ha conquistado en el foro y la ciencia...». «En una reunión del Colegio de Abogados que se ocupaba del procedimiento más adecuado para examinar y discutir el Proyecto de Código..., el Dr. Vélez Sársfield hizo notar que su obra era el fruto de cuarenta años de trabajo y estudio». Observo que esta apreciación de Vélez Sársfield concuerda con lo que dije en el e-mail del 7 del mes actual: «por cuanto llevo visto... se evidencia que ‘su saber inmenso y su experiencia acumulados posibilitaron que sólo él escribieran... la magnífica e imperecedera obra del Código Civil». Finalmente, José María Moreno añade con relación a lo hecho notar por Vélez Sársfield. que: «Estas palabras, si no hubiera otra prueba inexcusable, quedarían justificadas plenamente con el escrito que enseguida transcribimos».

ix) Fotocopia del «Informe ante la Excma. Cámara de Justicia en la causa criminal seguida contra Estevan y José María Yáñez», pronunciado por el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield inserto en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», Imprenta Buenos Aires, 1869, tomo segundo, ps. 378 a 407, inclusive. La Revista fue la primera en publicar el informe antes señalado -si se excluye la información periodística-, precedida de una brevísima nota en la que se excusa toda «recomendación o elogio» del nombre del autor y la «importancia jurídica» de la obra, para dar paso a la «advertencia» con que «el autor hace preceder su notable trabajo» y que dice así: «El Dr. D. Valentín Alsina defendía a estos reos. En primera instancia habían sido condenados a muerte. Llevada la causa en apelación a la Cámara, fueron condenados a ocho años de destierro. Suplicada la sentencia por el acusador y los acusados, el Tribunal en número de seis jueces, estuvo en discordia, tres por la libertad y tres por la pena de muerte. La Cámara llamó entonces a mayor número de vocales. En es-

tos momentos, el Dr. Alsina, obligado a salir del país precipitadamente, me encomendó la defensa de los reos: pronuncié en la Cámara el siguiente informe y obtuvieron su libertad los acusados». Destaco que el maestro Tomás Jofré, insigne penalista y procesalista que fue, además autor de los códigos de procedimientos penales de las provincias de Buenos Aires y San Luis, así como de una valiosa bibliografía jurídica, en uno de sus libros (*Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, editado por Lajoune y Cía., Bs. As., 1915, t. II, págs. 92 a 111, inclusive), inserta el informe *in voce* de Vélez Sarsfield en la causa seguida a los Yáñez, porque se trata -según lo afirma Jofré- de un verdadero «estudio sobre presunciones y al mismo tiempo es un modelo de arena jurídica».

x) Fotocopia del escrito de Vélez Sarsfield sobre «Nulidades absolutas y relativas», presentado en 1840 para «seguir un pleito que Miguel Azcuénaga tenía con Vicente Costa», publicado en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», actualizada por aquel entonces con notas de la preceptiva concordante del Código Civil escritas por el mismo autor (pub. cit., tomo séptimo, Bs. As., Imprenta de La Prensa, 1872, págs. 206 a 226, inclusive).

Salúdolo afectuosamente
Horacio D. Piombo

*

La Plata, 22 de abril de 2001

Señor presidente de la Academia
Nacional de Derecho

Dr. Luis Moisset de Espanés:

I. Por un e-mail cursado a miembros de la Academia, me enteré de la presentación de sus más recientes libros. Le hago llegar mis más cordiales felicitaciones.

II. Paso, de seguida, a comunicar nuevos resultados de las tareas de investigación que tienen en mira conformar un verdadero *thesaurus* documental acerca de la obra de Vélez Sarsfield en su faceta menos conocida: la desarrollada en el ámbito de la provincia de Buenos Aires como magistrado, tratadista, profesor, consejero legal, abogado litigante, periodista y legislador.

III. Me permito expresar que soy titular de las cátedras de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. El eminente jurista que fue Joaquín V. González -fundador de esa Casa de altos estudios- ejerció por vez primera y durante años la titularidad de la segunda de las cátedras antes mencionadas. Esto viene al caso por lo siguiente: Cháneton concluye su excelente obra biográfica sobre Vélez Sársfield precisamente con palabras de Joaquín V. González transcritas a continuación: «El doctor Dalmacio Vélez Sársfield, ha ocupado y ocupará la atención pública, por el cincuentenario de la ley y de la vigencia del Código Civil, su obra culminante». «Pero es bueno salir del terreno restringido de un libro, para recorrer y reunir una vasta y fecunda vida que abarca también otro medio siglo». «Dos universidades nacionales, las de Córdoba y Buenos Aires, le dedican el tributo de una edición de sus obras. Es, sin duda, el mejor, porque lo presentarán de nuevo en lo que tiene más digno de la inmortalidad, a la admiración de las nuevas generaciones». «Si es verdad que al doctor Vélez Sársfield se le conoce y venera como un eminente estadista y jurisconsulto, puede decirse que ese justo sentimiento se apoya más en la leyenda que en el conocimiento de su labor escrita; y quien sabe estas cosas puede afirmar que al ser publicada y difundida, el pedestal de su gloria se reforzará en sus cimientos, y por mucho que hubiera pretendido socavarla el encono y la incomprensión de su tiempo, no prevalecerán éstos ante la irrecusable prueba, nunca expuesta en su plenitud, que importa el conjunto de sus escritos, discursos y libros y la exhibición de sus actos de gobierno» (Universidad Nacional de La Plata, *Obras completas de Joaquín V. González*, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina», volumen XXII, Bs. As., 1936, pág. 225). A continuación, Cháneton concluye diciendo «*He intentado en este libro 'dar la evidencia deslumbradora nunca expuesta en su plenitud', de que la gloria del héroe está por encima del encono y de la incomprensión de su tiempo*».

«Pero la «inexcusable prueba» que importa el conjunto de sus escritos y discursos, no han sido ofrecidos al país. Las pocas iniciativas encaminadas a realizar esta tarea impostergable han fracasado unas después de otras». «Ni la Universidad de Córdoba, ni la de Buenos Aires, que dictaron sendas ordenanzas sobre la edición de sus trabajos, lograron realizarla». «Confío, a pesar de todo, que no pasará mucho tiempo sin que un gobernante o legislador argentino se honre a sí mismo haciendo sancionar una ley que mande editar los libros de Dalmacio Vélez Sarsfield...» (Cháneton, tomo II, págs. 456 y correlativas). Al respecto puntualizo que tengo fotocopias de todo esto, incluso del meditado y prolijo plan ejecutivo que elaboró el doctor Joaquín V. González por encargo de la Universidad Nacional de Córdoba, que luce en el volumen XXII de sus *Obras completas*, págs. 515 y ss.. Al respecto, pienso que tal vez corresponda hoy a esa Academia recoger el plan de que se trata, estudiarlo, fortalecerlo e instarlo -con las adaptaciones que imponen las actuales circunstancias (no se justificaría ahora, por cierto, incluir un texto del Código Civil)-, para promover la concreción de un ineludible homenaje en el bicentenario del nacimiento del prócer.

IV. Obtuve fotocopia del prólogo escrito por Vélez Sarsfield para la versión castellana del libro de Jorge Ticknor Curtis, *Historia del origen, formación y adopción de la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1866. En el prólogo que me ocupa, Vélez Sarsfield antepone en latín y traduce una frase de Floro, libro I («Y de elementos tan diversos aglomerados en un solo cuerpo, salió el pueblo romano»), para describir magistralmente y sintetizar la confusión, el desorden y el choque de intereses que imperaban en los Estados de la Unión, tanto que «en 1786 era general el convencimiento de que la Confederación no podía mantenerse en el pie en que se encontraba... Los Estados tampoco querían dar al gobierno nacional -prosigue el prologuista en la página XXI- facultades ilimitadas para arreglar el comercio exterior». «Las producciones de los Estados eran muy diversas y en algunos insignificante la exportación de productos». «Si la importación hubiese de sufrir la imposición de derechos, la Constitución pesaría sólo sobre algunos Estados gravando y limitando su industria». «La incidencia de los impuestos sería chocante, pues precisamente los más poderosos quedarían libres de ellos. Mas por otro lado, la facultad de la imposición a la exportación debía ser el primer derecho del gobierno nacional para procurarse

rentas o para evitar que los impuestos gravasen demasiado la importación». «El derecho absoluto de reglar el comercio haría que las leyes tendiesen. no a gravar la producción en el interior, sino que el impuesto fuese pagado por el consumidor extranjero». En esta página e inmediata siguiente, luego de señalar que «aun en casi todas las materias de detalle, los miembros de la Convención deferían entre sí», Vélez Sarsfield se pregunta: «¿Quién formó pues, la admirable Constitución de los Estados Unidos?» ¿Quién creó esa República sin unidad política, sin unidad en el derecho, sin unidad en la religión?», y responde: «El pueblo de aquella Nación, el buen espíritu, el patriotismo de los miembros de la Convención, el sentido común que halló medio para conciliar todos los intereses al parecer esencialmente opuestos...». Para agregar, como experimentado y sapiencial estadista, la siguiente sentencia: «Si es cierto que una Constitución política no puede aspirar a la universalidad es, sin embargo indudable que la Constitución de los Estados Unidos crea principios y previsiones que el tiempo hará que todas las naciones los asimilen en la Constitución de sus poderes sociales...» (pág. XXVIII).

V. Del Registro Oficial del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 1854 (Imprenta de «El Orden», Buenos Aires, 1856), tengo fotocopia del decreto de 27/3/1854, debido a Vélez Sarsfield, reglamentario de la ley del 28 de diciembre del año inmediato anterior sobre depósitos judiciales y particulares, como también para poner en ejecución otras disposiciones conducentes a robustecer los ingresos del Banco y Casa de Moneda. Del Registro Oficial, 1854, la ley que aprobó las elecciones de Representantes para la primera Legislatura electa, en la que figuran, entre otras personalidades, Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento y Dalmacio Vélez. Además, de la ley organizativa del Banco y Casa de Moneda, comunicada al Poder Ejecutivo con fecha 19/10/1854, así como del decreto del 11/8/1853, que aceptó la renuncia de Vélez Sarsfield al empleo de juez de la Excma. Cámara de Justicia. También, fotocopia de la prenotada ley reglamentada del 28/12/1853 («Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires, 1853, Buenos Aires, 1856, Imprenta de «El Orden»).

VI. Fotocopia de la ley del 13/3/1853, autorizando al gobierno para ratificar el tratado celebrado el nueve de dicho mes en la ciudad de Buenos Aires, entre los Comisionados del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y los del Excmo. señor general D. Justo José de Urquiza. Asimismo,

texto del aludido Tratado para promover la formación de un Congreso General que sellara la unión nacional bajo el sistema federal, acordado por los comisionados de la Provincia de Buenos Aires y de las demás provincias reunidas en Congreso en Santa Fe, entre los que figuraba, invistiendo la representación de la primera, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield.

VII. Obtuve además sendas fotocopias de otros dos trabajos de Vélez Sarsfield: «Si los pleitos civiles acaban o no por la discontinuación de tres años» y «Causa de los embargados por opiniones políticas»; éste precedido de una nota de la «Revista», por el fuerte impacto que tuvo en su momento la generalizada medida de despojo que llegó a victimizar también al mismo Vélez Sarsfield con embargo de sus bienes. Anoto que ambos trabajos constan insertos en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», la más duradera y prestigiosa de las publicaciones jurídicas que se editaron en la segunda mitad del siglo XIX, que llegó a totalizar doce tomos con más de cuatro mil páginas.

VIII. Del Diario de Sesiones de la Sala de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, 1854, Bs. As., Imprenta de la Sociedad Tipográfica Bonaerense, 1865, las siguientes fotocopias: carátula, «sesión preparatoria del 15/5/1854» (pág. 123), en la que Vélez Sarsfield es designado presidente permanente y renuncia de inmediato, siendo aceptada su dimisión fundada en causas impeditivas «de sus ocupaciones» y «las que trae el desempeño de las Comisiones de Tierras y del Banco (de la Provincia) para que ha sido nombrado por el Gobierno, en las cuales tendrá que presentar proyectos y/o sostenerlos o explicarlos»; sesión ordinaria del 22/5/54, pág. 126, Vélez Sarsfield integra como presidente la Comisión de Hacienda; sesión del 25/9/1854, págs. 217 a 218, se sanciona por unanimidad, tanto en general como en particular, «el proyecto del Poder Ejecutivo sobre organización del Banco, aconsejado por la Comisión de Hacienda de la Sala de Representantes, apoyado «con diversas razones por Vélez Sarsfield», miembro informante y presidente de dicha comisión.

IX. Con relación al documento individualizado con la letra «f» en mi e-mail del 26 de noviembre de 2000 -es decir el referente a la opinión de Vélez Sarsfield, solicitada por el gobierno de Buenos Aires, acerca de la Memoria Histórica encargada a Pedro de Angelis «para sostener los

derechos de la República a todas las tierras australes hasta el Cabo de Hornos»-, obtuve fotocopia de la versión inserta, incluso sumario de cincuenta piezas documentarias, en el «Apéndice de la Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores presentada al Congreso Nacional en 1877, tomo tercero, págs. 407 a 454, inclusive.

X. El apéndice de la misma Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores publica el Informe del Dr. Antonio Bermejo, requerido por el entonces ministro de esa cartera, doctor Bernardo de Irigoyen, «para que buscara y clasificara los documentos que pudieran existir en el Archivo General de la Provincia sobre la cuestión de límites con Chile (tomo tercero, págs. 65 a 138, inclusive). La exhaustiva labor cumplimentada por el doctor Bermejo, permitió el examen de catorce mil ciento cincuenta y tres (14.153) documentos relativos a la Patagonia, «cada uno de los cuales -afirma Bermejo- bastaría por sí solo para probar nuestro legítimo dominio en aquella vasta región». Expresa también el Dr. Bermejo -en coincidencia con el criterio de Vélez Sársfield- «que si el tratado de 1856 debía tener algún objeto, como es incuestionable, él no podía ser otro que determinar la pertenencia de territorios desocupados sin poseedor real»; luego, la posesión que él prescribe, no «significa un hecho que no existía y trataba de ampliarse, sino un derecho constatado por títulos, esto es, la posesión civil, el dominio eminente de las naciones».

La coincidencia de opiniones se patentiza aún más en la tesis de Bermejo sobre «Cuestiones de límites entre la República Argentina y Chile», presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires para optar al grado de doctor en jurisprudencia (Imprenta de M. Biedma, 1876). Allí, precisamente en la página 19, Bermejo apunta que las tierras sin poseedor actual, «no son tierras vacantes por el derecho público, ni por el derecho privado las que están comprendidas dentro de los límites de un Estado, aunque en ellas no haya posesión ni ocupación presente, ha dicho Vélez Sarsfield, nuestro más sabio jurisconsulto». Posteriormente Bermejo, en su libro *La cuestión chilena y el arbitraje*, Bs. As., Imprenta de la Nación, 1879, págs. 45 y 46, reitera conceptos de «nuestro más sabio jurisconsulto»: Vélez Sársfield. La digresión, en cuanto haya podido ser algo anecdótica, cobra atinencia e interés al revisar brevemente los antecedentes del doctor Antonio Ber-

mejo. Cuando éste produjo el «Informe» encomendado por el canciller Bernardo de Irigoyen tenía apenas veinticinco años de edad, pues había nacido en las tierras de Chivilcoy el 2/7/1852. Luego fue diputado bonaerense y senador nacional, profesor titular de Derecho Internacional Público, ministro de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, entre otros empleos políticos y docentes, hasta que prestó juramento como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20/6/1903, siendo designado su presidente por decreto del 10/5/1905, cargo en el que permaneció durante el lapso récord de más de veinticuatro años consecutivos, hasta su fallecimiento acaecido el 19/11/29. Así el doctor Bermejo, distinguido por su honestidad, prudencia, recto proceder, gran saber jurídico y, por antonomasia, como arquetipo de juez, dejó sentado con reiteración que Vélez Sarsfield fue «nuestro más sabio jurisconsulto».

XI. También he recolectado sendas fotocopias color de expedientes íntegros de la Comisión de Hacienda de la Sala de Representantes que presidió Vélez Sársfield, sustanciados durante el período de 1853, a saber:

a) Sobre ley de patentes para el año 1854.

b) Sobre inversión de veinticinco mil pesos que el Gobierno entregó al presidente de la Sala de Representantes. En estos actuados, a la firma de Vélez Sársfield siguen las del pleno de la Comisión de Hacienda, integrada por Bartolomé Mitre, Norberto de la Riestra, Francisco Balbín y Mariano Billinghamurst.

c) Sobre Contribución directa para el año 1854.

d) Sobre obligaciones al contado o a plazo en moneda metálica.

XII. Además obra en mi poder fotocopia de un expediente sobre minuta de comunicación al Poder Ejecutivo de la Provincia, cursada por la Honorable Sala de Representantes, previo dictamen de una Comisión especial presidida por el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield.

Reciba mis afectuosos saludos, extensivos a los miembros de la Mesa Directiva.

La Plata, mayo de 2001

Señor presidente de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Dr. Olsen Ghirardi.

Estimado presidente:

Conforme lo vengo haciendo por conducto de sendos e-mail, resulta grato comunicarle nuevos hallazgos en punto a la obra de Vélez Sarsfield en el ámbito provincial, según avanza mi compulsión en archivos y bibliotecas bonaerenses; todo con miras a formar un verdadero *thesaurus* de reproducciones documentales con la finalidad de que esa Academia posea elementos históricos tangibles de la obra de su numen espiritual, especialmente en las facetas menos conocidas de la inmensa y variada actividad desplegada por su genio.

I. De la edición del libro *República Argentina. Convención Nacional de 1898. Antecedentes. Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866*, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, obtuve fotocopia del material documentario concerniente a la actuación que le cupo a Vélez Sarsfield en el proceso de constitucionalización nacional.

a) Especial hincapié cabe hacer en la tarea desarrollada en la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada del examen de la Constitución Federal (pub. cit., págs. 793 a 1122 y anexos). Las intervenciones del convencional Vélez Sarsfield marcaron cauces y rumbos. En el discurso transcrito en las páginas 862/869, Vélez se mostró defensor denodado de la causa de la unión nacional, señalando entre otros conceptos: «Sobre todo, señores, los males que se prevén, los odios que puedan existir, todo acabará con sólo la Unión» ... «Cuando tuvo lugar en los Estados Unidos la Convención de Albany, un personaje que conocía muy bien a su país -el gobernador Poulant- escribía que por los odios mutuos, por el conflicto de intereses de los diversos estados, por el choque de sus leyes particulares, era imposible la unión de todos ellos».

«El famoso Franklin desesperó también que toda unión era imposible». «La Unión, sin embargo se tentó». «La unión se hizo» y ninguno de

los fatales anuncios se realizó». «Lo mismo sucederá entre nosotros». «Uniéndose Buenos Aires a los otros pueblos, sobreviene una nueva estructura de la sociedad que, precisamente, causará una feliz revolución en todas las ideas y en todos los caracteres, cuyos buenos resultados son más extensos que los que hoy pueden preverse». «pero si al fin algunos males hubiésemos de sufrir por la unión con todos los otros pueblos, mayores serán los beneficios que nos resulten: la paz y el comercio darán a Buenos Aires lo que jamás podría esperar separada de la Confederación Argentina ...». En la octava sesión ordinaria del 8/3/1860, Vélez Sársfield reafirmó su fuerte vocación por unir todos los pueblos de la República señalando: «esta discusión ha comenzado haciéndose leer la parte de un discurso que pronuncié en la primera sesión, en que hice notar a la Convención las ventajas que vendrían a la Confederación por la unión de Buenos Aires». «Esas ventajas se reputan ahora sacrificios que impone la unión a esta provincia»...«Conozco la injusticia de los hombres, pero vosotros, señores, que estáis buscando estorbos a la nacionalización de la provincia de Buenos Aires en la Constitución que examinamos, cargarán con una injusticia mayor hacia las generaciones venideras». «En la grande convención de los Estados Unidos había hombres muy eminentes y patriotas... que se opusieron a la constitución que se proyectaba». «Por sanas que fuesen entonces sus miras, esos hombres quedaron para siempre condenados en la opinión pública y en vano la historia querrá presentarlos como hombres sanos e ilustrados». «Los pueblos, al oír sus nombres, no miran en ellos sino el de hombres fatales que hubieron de arruinar la unión». «Después de la injusticia que yo sufro hoy, vosotros señores, que tanto os oponéis a la organización nacional, sufriréis también la injusticia que sufrieron los honrados y hábiles hombres que se opusieron a la sanción de la constitución de los Estados Unidos».

Concluida toda discusión, acabada la reforma, Vélez Sarsfield propone dar a la República el nombre de Provincias Unidas del Río de la Plata en el momento solemne -termina- en que afectivamente se van a unir y formar una sola nación». Apoyado por Mármol y Sarmiento, la Convención se puso de pie y los convencionales prorrumpieron en gritos de «¡Vivan las Provincias Unidas del Río de la Plata!, ¡Viva la Convención de Buenos Aires!, disolviéndose la sala después de sancionada por aclamación la reforma. en medio de la conmoción pública» (ob. cit., *ut retro*).

b) Convención Nacional *ad hoc*, designada para examinar las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires a la Constitución Fede-

ral (págs. 599 a 645, inclusive, comprensivas de anexos). Reunida en Santa Fe, en la primera sesión ordinaria llevada a cabo el 22/9/1860, se designó una comisión de siete miembros que informara *in voce* sobre las reformas presentadas por Buenos Aires, resultando electos para integrarla los convencionales José Mármol, Juan Francisco Seguí, Rufino de Elizalde, José Benjamín Gorostiaga, Luis V. Cáceres, Salvador María del Carril y Dalmacio Vélez Sarsfield. Esta Comisión produjo de inmediato su dictamen, esto es en la segunda sesión ordinaria realizada el día 23 del mismo mes y año, en la que fue considerado y «aceptado por aclamación» en el pleno de la asamblea. Seguidamente, el Dr. Vélez Sársfield dijo que «la Convención había terminado su misión y que lo único que quedaba por hacer era constituirse en comisión de redacción para dar a lo sancionado la forma que correspondiese». «Con este motivo varios convencionales expresaron que la misma comisión que había presentado su informe (dictamen) podía encargarse de aquello». «Esta idea fue aceptada y después de un breve debate sobre si la sesión para que dicha comisión presentase sus trabajos debía tener lugar en la noche de esa misma fecha, a indicación de varios miembros de la indicada comisión se aceptó el temperamento». «En consecuencia, el 23 de setiembre de 1860, siendo las ocho y media de la noche, tuvo lugar la tercera sesión ordinaria, en cuyo transcurso la Comisión acompañó el proyecto de resolución para que la Convención sancionara ‘las reformas acordadas’ en el texto de la Constitución de la Confederación Argentina del 1/5/1853”. Terminada la lectura y superadas las observaciones, se procedió a la firma del nuevo texto constitucional, lo cual ocurrió a sólo once días de celebrada la primera reunión preparatoria

II. Del Convenio de Unión y Paz entre el Poder Federal y la Provincia de Buenos Aires del 6/6/1860, complementario y explicativo del celebrado el 11/11/1859, documentación existente en el Archivo Histórico de la Provincia, que concretó la alta misión diplomática confiada al doctor Dalmacio Vélez Sarsfield «cerca del gobierno de la Confederación Argentina», obtuve fotocopia color de la documentación de atinencia directa con las Convenciones referenciadas, que determino seguidamente: fojas 1: Oficio dirigido al presidente de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires, suscripto por el gobernador Bartolomé Mitre y el ministro de Gobierno Domingo F. Sarmiento; fojas 2: Comunicación de las Comisiones de Negocios Constitucionales y de Legisla-

ción de la Cámara de Representantes; fojas 3: Comunicación al presidente del Senado sobre el proyecto aprobatorio sancionado por la Cámara de Representantes y comunicación similar cursada a la Cámara de Senadores; fojas fs. 5 a 18: Copia del Protocolo de canje de plenos poderes y proyectos de Convenio, siendo la Provincia Buenos Aires representada por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield; fojas 19: Comunicación de las Comisiones de Negocios Constitucionales y Hacienda a la Cámara de Senadores; fojas 20: Comunicación del Poder Ejecutivo a la Cámara de Senadores, firmada por Mitre y Sarmiento; fojas 21: comunicación similar a la indicada precedentemente; fojas 22: Ley sancionada que autoriza al P. E. para sufragar los gastos de la Convención *ad hoc*, con imputación a rentas generales; fojas 23: Ley autorizando al P. E. para ratificar el Convenio del 6/6/1860, complementario y explicativo del celebrado el 11 de noviembre de 1859; fojas 24 a 29: Copia del Convenio definitivo de Unión, suscrito en Paraná el 6/6/1860, destinado «a dar cima a la importante obra de la integridad nacional pactada en el Convenio de paz y unión de San José de Flores del 11/11/1859.

He recopilado en forma de fotocopias color, un pormenorizado informe constante de ocho páginas manuscritas, elevado al ministro de Gobierno de la Provincia, Domingo F. Sarmiento, el 4/5/1860 por los comisionados Dalmacio Vélez Sársfield y Norberto de la Riestra, a quienes se les había encomendado, sólo nueve días antes, un estudio sobre la situación económica-financiera de la empresa del Ferro-Carril del Oeste, formada en 1854, y las medidas adecuadas para posibilitar su desenvolvimiento. Anota el informe que la empresa, sorteando dificultades de todo tipo, «en particular la insuficiencia de material rodante, había sobrepasado el 7/4/1860 la primera sección de recorrido hasta San José de Flores, y abierto el camino al servicio público hasta la estación Moreno», con una extensión de 39 ½ kilómetros. También a la fecha del informe, la empresa tenía estudios preparatorios suficientes para la prolongación del camino de hierro hasta la villa de Mercedes. El detalle de las medidas aconsejadas por los comisionados y las precisiones contables excederían la extensión que debo dar a la presente; pero si es dable señalar que el informe fue proveído por Sarmiento, en el mismo momento de ser presentado, son un escueta resolución, «Contéstase lo acordado» (con lo que se aludía a las coincidencias de los Comisionados y la empresa del Ferro-Carril del Oeste, que fue el primer camino de hierro de la provincia de Buenos Aires y también el primero de la Argentina). Tampoco cabe terminar sin

expresar que Vélez Sarsfield también intuía otro camino o medio destinado a unir las vastas extensiones del país. Así, siendo ministro del Interior de Sarmiento, dijo: *«Pienso... sobre lo que el gobierno podría hacer rápidamente y que constituya para el país una gran mejora». «Recorro los adelantos modernos y pasando de uno a lo otro me he detenido por fin en los telégrafos, que son tan útiles y baratos»... «De este razonamiento tan sencillo salió nuestra red telegráfica...». «Merced a la red telegráfica que iniciara el doctor Vélez, la vida entera de la Nación afluye hoy sobre el lugar más recóndito y apartado, y es conocida momento por momento, por sus lejanos habitantes» (Nicolás Avellaneda, *Escritos y discursos*, Bs. As., 1910, artículo «El doctor Vélez Sársfield», que concluye con estas líneas tan definitivas como elocuentes: *«la figura original de nuestro sabio codificador no volverá a reproducirse». «Las generaciones han hecho su pleno advenimiento y el molde singular en que fue vaciado, ha sido roto»*).*

*

La Plata, 8 de junio de 2001

Señor presidente de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Dr. Olsen Ghirardi.
acader@arnet.com.ar
Calle General Artigas 74.
5000. Córdoba.
Estimado presidente:

1. Corría el año 1853 cuando Vélez Sarsfield fue consultado para dar solución a los graves problemas que trabaron el desarrollo del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Era sin la menor duda el jurista indicado, tal vez el único por su acreditada praxis y pleno saber en todas las áreas del derecho y las ciencias sociales, particularmente en economía política, asignatura de

la que fue titular por el nombramiento que le otorgó Rivadavia en 1822, desempeñándola de manera efectiva desde 1826 a 1829 en que presentó su renuncia. Precisamente, sus enseñanzas sirvieron de acicate y modelo, dando lugar a que, precisamente, durante el año 1828 se presentaran las primeras tesis sobre economía política destacándose la del doctor Florentino Castellanos sobre Bancos que contenía «*una exposición histórica suscita sobre la institución bancaria y sobre las ventajas que ella reporta para el desarrollo comercial, industrial y social de los pueblos*», tratando también «*de la legislación necesaria para mejor desenvolvimiento y consecución de sus fines*» (Marcial Candiotti, *Bibliografía doctoral*, Universidad Nacional de Buenos Aires, Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario (1821-1920), ed. ofic., Bs. As., 1920, págs. 61/2).

2 Así las normativas que en 1854 reorganizaron el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se debieron principalmente al accionar pujante y a la sabiduría de Dalmacio Vélez Sarsfield. Su genial obra operó como renovada fundación del Banco porque fue raíz y médula del sorprendente desenvolvimiento inmediato y mediato de la Institución que a partir de 1822 y a través de los años se denominó «Banco de Descuentos», «Banco Nacional», «Casa de Moneda», y desde 1854 «Banco y Casa de Moneda» y, finalmente desde el 9/11/1863, «Banco de la Provincia de Buenos Aires». Los antecedentes que señalo en simple bosquejo, tienen apoyo en el libro que enfocó por ver primera la historia de la institución financiera más antigua del país, esto es, el libro de Garrigós, *El Banco de la Provincia*, Bs. As., Imprenta de Pablo E. Coni, 1873, págs. 117 a 121, inclusive. En 1854 -dice Garrigós- «se abre para el establecimiento una nueva era en que empieza a vivir bajo el imperio de otra legislación preparada... para restituirle los atributos de un verdadero banco: recibir depósitos, hacer descuentos y anticipaciones sobre valores y emitir billetes pagaderos al portador y a la vista ...». «La reorganización del Banco remonta a los primeros días de una gran época para la República Argentina...». «El talento perspicaz del Dr. Vélez Sarsfield» (presidente de la comisión designada a fines de 1853 por el Gobierno para examinar la situación del Banco e ilustrar sobre las reformas que adoptare), «que fue el autor de la ley que en 1854 daba al Banco nueva organización... habilitó al Banco para que invitase al capital existente, al capital producido por el trabajo y la economía... para que reuniera las numerosas y pequeñas reservas, llamadas a multiplicarse

y a proporcionar, así concentradas, abundantes recursos a la industria y al comercio»... «Todo el que poseía una suma disponible la llevó al Banco a hacerla fructificar», «El uso del depósito penetró hasta en las capas más inferiores de la población, que miraron en el establecimiento una sólida caja de ahorros, con la doble cualidad de banco, pues no quedaban esterilizados sus capitales». «Así acudieron... los pequeños capitales producidos por el trabajo y la economía, aquéllos que nunca quieren aventurarse en los azares del comercio o en las contingencias de la plaza y que anteponen la plena seguridad a las mayores ventajas». «En el espacio de siete años, o sea a fin de 1861... el capital del Banco, que a la época de su reorganización representaba 4.022 \$ fuertes y 4.392.922 en moneda corriente, se elevó a 840.733 pesos fuertes y a 10.872.801 de moneda corriente, después de haber cubierto sus gastos ordinarios y las crecientes erogaciones para renovar totalmente los billetes y verificar las reparaciones que reclamaba el creciente giro de la casa».

3. Dalmacio Vélez Sarsfield dirigió el Banco durante el renovado lapso de acentuado crecimiento que contabiliza en su libro Garrigós, hasta el momento de ser convocado por Mitre para ocupar el Ministerio de Hacienda para hacer frente a una situación como nunca «delicada» y «encauzar la economía nacional». Ciertamente integró los directorios 18^{vo.}, 19^{no.}, 20^{mo.}, 21^{ro.} y 22^{do.}, conforme se discrimina seguidamente: Directorio 18^{vo.}, decreto del 31/12/1857 (acta constitutiva del 2/1/1858); Directorio 19^{no.} decreto del 28/12/1858 (acta del 3/1/1859); Directorio 20^{mo.}: decreto del 19/12/1859 (acta del 2/1/1860); Directorio 21^{ro.}: decreto del 18/12/1860 (acta del 2/1/1861); Directorio 22^{do.}: decreto del 20/12/1861 (acta del 2/1/1862). Obran en mi poder para esa Academia sendas fotocopias de los mencionados decretos, así como de las respectivas actas constitutivas.

4. Accediendo a otros valiosos documentos referentes a Vélez Sarsfield que guarda el Archivo Histórico del Banco de la Provincia de Buenos Aires, tengo fotocopia color de una nota manuscrita cursada por el prócer -encargo mediante del Gobierno-, dirigida al presidente de la Casa de Moneda, «a efectos de adoptar medidas conducentes a «poner en ejecución la ley sobre depósitos». También obtuve sendas fotocopias del proyecto original propugnado por Vélez Sarsfield, suscripto sólo con sus apellidos, sin anteponer el nombre de pila; asimismo del dictamen favorable de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes -presidida a la sazón

por Vélez Sarsfield-, y de testimonios, archivados en el Banco del Diario de Sesiones de 1853, contentivos de la discusión y aprobación parlamentarias de la ley del 28/12/1853, incluso de la comunicación gubernativa al Banco y Casa de Moneda (Concuerda Andrés Lamas, «Estudios histórico y científico del Banco de la Provincia de Buenos Aires», Establecimiento Tipográfico «El Nacional», 1886, págs. 44 a 47, inclusive).

5. La eminential labor de Vélez Sarsfield en la reorganización del Banco y Casa de Moneda de la Provincia de Buenos Aires, que inauguró e impulsó un largo período de prosperidad y grandeza comunicado a toda la República, no siempre ha contado con referencias bastantes en las noticias de sus biógrafos. Para destacar aún más mi rememoración de los méritos y alcances de tan prominente labor reorganizadora del Banco, le dedico al tema íntegramente este correo electrónico, remitiendo por conexión a los párrafos «ñ» y «o» de mi e-mail de fecha 23/2/2001 y «V» del de fecha 22/4/2001.

Cierro con palabras escritas por Nicolás Avellaneda en 1884, que ratifican a Garrigós con estos breves conceptos: «*No hablemos de las leyes trascendentales que en el sistema interno de la Provincia de Buenos Aires llevan el nombre del doctor Vélez Sarsfield....*». «*Nos referimos a las dos leyes con... fue reorganizado el Banco de la Provincia y que han sido el punto de partida y la fuente de su grandeza actual*». «*No son una obra laboriosa de legislación, porque las verdaderas fuerzas económicas y sociales pueden ser puestas en movimiento con resortes muy sencillos. Constan las dos de unos pocos artículos. Por una, se le daba cierto régimen independiente a la administración del Banco, para inspirar confianza, sustrayéndola a la acción caprichosa o varia de los gobiernos. Se constituía por la otra una caja de depósito a fin de atraer los ahorros de todas las clases sociales y devolverlos por el préstamo fácil a los industriales o al comercio ...*» (Nicolás Avellaneda, *Escritos y discursos*, Bs. As., 1910, nota titulada «El doctor Vélez Sarsfield», fechada en 5/5/1884).

Para certificar información que estimo de singular interés, transcribo seguidamente el contexto de un fax que dirigí a la Embajada de la República de Irlanda:

La Plata, 7 de junio de 2001

Señor secretario de la Embajada de la República de Irlanda
en la Argentina, Hon. Jonathan Conlon
Calle Suipacha 1380, 2º piso, Cap. Fed.
Fax 4325 7572.
Objeto: solicitar cooperación.

De mi más distinguida consideración:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, domiciliada en la calle Artigas 74 de la ciudad de Córdoba -sede, a la vez, de la Universidad más antigua del país dado que funcionó en ese nivel desde la tercera década del siglo XVII- fue puesta bajo la advocación de uno de nuestras más grandes héroes civiles, el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino (1870) y antes coautor del de Comercio (1857), que a lo largo de su fructuosa y ejemplar vida pública desempeñó funciones como ministro de las carteras de interior, relaciones exteriores y hacienda, asesor general de gobierno, embajador, magistrado judicial, legislador, profesor universitario, etc..

Con motivo de conmemorarse el segundo centenario de su natalicio -ocurrido en el año 1801 en la localidad de Amboy, Córdoba-, se programaron actos que incluyen la publicación de varios volúmenes de homenaje -cinco de los cuales han sido dado a la estampa- y la preparación de una colección de reproducciones de documentos auténticos e inéditos concernientes a la vida del prócer guardados en los archivos oficiales de la Provincia de Buenos Aires, en cuyo ámbito Vélez Sarsfield desarrolló su vida pública hasta el año 1860, época en la que pasó a desempeñar cargos a nivel nacional; circunstancia ésta que se prolongó hasta muy cerca de su deceso ocurrido en 1875.

Al abordar la tarea de colectar el material documentario, cometido que me toca personalmente realizar he consultado el libro de Sarmiento «Bosquejo de la biografía de D. dalmacio Vélez Sársfield (Bs.As., Imprenta de la Tribuna, 1875) quien refiere, la prosapia y linaje militar del apellido de Rosa Sársfield, madre del prócer, que el codificador añadió al de su padre, el Dr. Dalmacio Vélez. El apellido Saarsfield, afirma, se

vincula a incidentes históricos que se remontan a principios del siglo XVIII y fines del anterior. Añade que «los Estuardos tenían por afinidades de religión el apoyo de Irlanda, que se conservó en armas hasta el advenimiento de la Casa de Orange». Sitiada Linmerick por las tropas inglesas, el general Saarsfield, irlandés, «se lanzó con un cuerpo de caballería tras las posiciones inglesas y logró sorprender y desbaratar el parque de artillería de sitio... El general Saarsfield murió en España y un hermano se trasladó a América... y se estableció en Córdoba, siendo doña Rosa Sársfield representante de tan ilustre abuelo a la tercera generación».

Empero, no existe consenso acerca de la escritura de su apellido, que aparece según las épocas sea acentuado (Sársfield), sea con doble vocal inicial (como lo dice Sarmiento: Saarsfield) o directamente como Sarsfield. Luego de una laboriosa búsqueda por los «sites» del sistema Internet, he llegado a corroborar que Sarsfield es apellido común en Australia, Canadá y EE. UU., proviniendo en todos los casos de inmigrantes irlandeses, y que en la propia Irlanda se verifica que existe una pléyade de escritores y políticos que tienen ese apellido, con producción bibliográfica que pueblan los anuncios de las librerías virtuales. Muy excepcionalmente aparece el apellido Saarsfield, aun cuando no son escasas las referencias a este último en la historia militar estadounidense y española, noticiando la primera la existencia de un recordatorio naval que fue el U.S.S. «Saarsfield», destructor botado en 1945, en tanto que la segunda menciona a un general de ese apellido luchando en 1813 en Cádiz y Catalonia.

Tampoco se perfila consenso en cuanto a la pronunciación, toda vez que en la Argentina se le da el sonido de una palabra de origen inglés, en tanto que alguna literatura (por ejemplo: *The Encyclopedia Americana*, t. 24, pág. 306), al reseñar la biografía de Patrick Sarsfield (el héroe de Limerick citado por Sarmiento), señala que su pronunciación irlandesa es särs'feld.

En definitiva: las inquietudes que suscita la investigación son las siguientes:

- 1) ¿Cuál es la escritura correcta del apellido?
- 2) ¿A qué está ligado su significado?
- 3) ¿Cuál es su auténtica pronunciación?
- 4) ¿Proviene o se halla ligado a alguna zona o territorio de la República de Irlanda?

Entiendo que la información que se me sea asequible por vuestro intermedio es muy valiosa, incluso para completar el cuadro de héroes nacionales ligados por nacimiento a la noble república que Ud. representa, cuyo paradigma es indudablemente el almirante don Guillermo Brown, leal, valiente e intrépido marino que fuera comandante de nuestra primera flota de mar en las guerras del siglo XIX contra España, Brasil, Francia e Inglaterra.

Hago propicia la oportunidad para expresar a Ud. las seguridades de mi mayor consideración y respeto personal.

Salúdolo con afecto extensivo a los demás miembros de la Mesa Directiva.

Horacio Daniel Piombo

*

La Plata, 29 de junio de 2001

Señor presidente de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Dr. Olsen Ghirardi.

acader@arnet.com.ar
Calle General Artigas 74.
5000. Córdoba.

Estimado presidente:

I. Toca en el presente e-mail referirse a otros hitos documentales en que dejó huella la actuación de Vélez Sarsfield, «id est» capellanías. Éstas, definidas en general como fundaciones en las cuales ciertos bienes quedaban sujetos al cumplimiento de misas y otras cargas pías, o como sin ambages se escribió «que no eran otra cosa que un capital extraído de la circulación del comercio humano, una parte de la fortuna arrancada a los hijos y nietos del testador», verdadera «hipoteca eterna sobre los bie-

nes raíces», fue materia que tempranamente abordó en el examen que rindiera en estrados del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, testimoniado en el expediente caratulado «Recibimiento de abogado de Don Dalmacio Vélez», del que tengo fotocopia color para esa Academia (ver mi e-mail de fecha 26/3/01). De ahí en más aparece en 1854 la primera edición de su obra *Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la antigua América española*, reimpresso en 1871 (Imprenta de «La Tribuna», Bs. As., 1871), en cuyo Capítulo XII (págs. 138 y ss.). Vélez aboga sobre la necesidad de reforma de las leyes que continuaron rigiendo una vez operada la «emancipación de España». Esta legislación, de la que se imponía su reforma, hace que en el libro citado se inquiera «*qué es el obispo, qué es el clero, destituido del ser civil que únicamente se debe a la ley del Estado*». «*La ley civil los rodeó de respeto y consideración: sujetó el pueblo a la autoridad eclesiástica, dio efectos civiles a sus resoluciones e hizo del Obispo, del Clero, del Cura y de las personas eclesiásticas seres políticos de existencia independiente que mil veces eclipsaron el poder de los gobiernos, les disputaron facultades y tuvieron una exclusiva jurisdicción en las materias más importantes...*».

II. Las reformas introducidas por la Asamblea de 1813 y por el gobierno de Rivadavia en 1822 no habían obstado a la fundación de nuevas capellanías y éstas siguieron instituyéndose al amparo de la permisión heredada del régimen indiano (Héctor Darío Esquivel, *Régimen eclesiástico argentino*, Bs. As., 1928, pág. 571). Casi coetáneamente a la aparición del libro de Vélez de referencia en el párrafo I *in fine* y al proyecto que éste elaborara, siendo a la sazón ministro de Gobierno del Estado bonaerense para proscribir la institución de nuevas capellanías, el político, el sociólogo y economista cordobés Mariano Fragueiro había dado a la estampa en Copiapó, Chile, su libro *Cuestiones argentinas*. Este notable exponente de la labor escrita de Fragueiro, fue reimpresso por El Ateneo en 1930, bajo la dirección de Alberto Palcos y prologado por el doctor Enrique Martínez Paz. En esta edición (la de Copiapó ya se consideraba inhallable en 1928), ocupándose de la propiedad, el autor expresa «... *la inamovilidad e indivisibilidad de la propiedades territoriales son notoriamente contrarias a las mejoras y los adelantos industriales*». «*El derecho de establecer capellanías y censos perpetuos constituye al fundador en carácter de propietario perpetuo ilimitadamente de*

lo que lega, puesto que su dominio continúa en las transacciones sucesivas, y aun puede decirse que el legador no transmite el dominio de su propiedad, sino que lo retiene, transmitiendo solamente el usufructo. De aquí los inconvenientes de los legados e imposiciones perpetuos». «Justo es que la ley proteja y sostenga las disposiciones del fundador, toda vez que ellas sean conciliables con el interés general... Pero hoy que son manifiestos los obstáculos que los bienes acensuados oponen a la mejora de los pueblos y cuando a la seguridad territorial se ha sustituido el crédito público para fundar los legados por el tiempo que se quiera establecer, no hay razón para dejarle continuar...» (ob. cit., págs. 75 a 78).

III. El Proyecto enunciado *supra* fue tratado por la Cámara de Diputados en la sesión del 11/8/56, con la presencia de Vélez Sársfield. Precedió dictamen favorable de la Comisión de Legislación y el miembro informante fue Eduardo Costa. Las objeciones que suscitó el artículo primero y otras circunstancias demoraron su consideración por la Cámara de Senadores que recién lo trató y convirtió en ley en la sesión del 14/7/57. En esta sede, con atinencia a la naturaleza de la capellanía, el miembro informante doctor Alsina, dijo: «La importancia para el comercio en general y para la más libre circulación de los negocios, ha mucho tiempo que ha exigido la libertad de todos los predios rústicos y urbanos». «A la Cámara no puede ocultarse que toda capellanía, sea laical o colativa, o eclesiástica, por nuestras leyes actuales se funda precisamente sobre bienes raíces». «Importan por consiguiente ellas un vínculo y basta enunciar esto sólo, para que se penetre la Cámara de la incongruencia de esta institución; digo mal, de la imposibilidad de esta institución...». Seguidamente Vélez Sársfield añadió, entre otros conceptos, después de calificar de «oscuras» las leyes de capellanías, «que parece que no significaban nada, han gobernado el mundo muchos años». «Se han perdido capitales inmensos por no estar legisladas estas cosas». «Yo llamo la atención (hablaba entonces como senador) sobre la presente que a mi juicio importa más que el juicio a Rosas». «Esto va a ser mucho más importante, porque quitamos un inmenso peso a la sociedad...».

IV. A la ley velezana del 14/7/57 sobre prohibición de fundar capellanías sobre bienes inmuebles, siguió la del 8/6/58 sobre redención facultativa de todas las capellanías mediante depósito bancario con fondos del crédito

interior del Estado. Alsina, precisamente como miembro informante de esta última, dijo de manera sucinta: que el proyecto ampliaba las ventajas de la ley del 14/7/57, dado que ésta se refería «... a las capellanías por fundarse...; éste proyecto habla de las capellanías ya fundadas». «Por las disposiciones anteriores, el gravamen de las fincas sobre las cuales estaban impuestos esos capitales capellánicos era tal, que por ellas no podían enajenarse de ningún modo sin previo acuerdo de los interesados...». Vélez Sársfield a su turno, apoyó el proyecto, limitándose a reflexionar «que había multitud de capellanías que no habían sido alteradas, que sufrieron los males de todas las obligaciones anteriores a 1826...».

V. Del «Registro Oficial» extraje fotocopia de las referidas leyes sobre capellanías, incluso de un dictamen atingente producido por Vélez Sársfield sobre competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer derechamente en los casos ocurrentes (*Registro Oficial del Estado de Buenos Aires*, 1858, Imprenta del Mercurio, Bs. As., 1876, pág. 71).. Además, obtuve reproducción cromática en catorce folios de un expediente sobre capellanía entre los que guarda el Archivo Histórico Provincial, que se singulariza no sólo por su interés temático y trámite en sede de la Cámara de Justicia, sino también por la honrosa fama de quienes integraron la parte accionante, «id est»: Tomás Guido y Carlos Guido Spano. El primero, auténtico guerrero de la independencia -que además desempeñó altos quehaceres públicos como ministro y embajador-, fue primer oficial de campo de San Martín, al que acompañó en su gesta libertadora, y general en 1821, prosiguiendo luego del retiro de San Martín con Bolívar y Sucre la guerra de la emancipación americana, siendo condecorado con la medalla del Libertador Bolívar. El segundo, hijo del general Tomás Guido fue escritor y periodista, cuya obra en prosa y en verso es vasta y calificada como de excelencia, alcanzando celebridad su poema «argentino hasta la muerte». Además, fue miembro correspondiente de la Real Academia del idioma y ocupó altas funciones públicas: secretario de Agricultura, director del Archivo General de la Nación y vocal del Consejo Nacional de Educación. Respecto del expediente en si, sustanciado con antelación al dictado de las leyes arriba destacadas, ilustra cabalmente sobre los graves inconvenientes que aparejaba el régimen establecido por las antiguas leyes españolas en punto a la circulación de la propiedad raíz. Cabe acotar que el patrocinio de la presentación de Guido y Spano -tendiente a obtener una sustitución («traslación») del bien afectado por la

carga capellánica- lo ejercía un ilustre jurisconsulto que llegó a ser ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la presidencia de Sarmiento, «id est» Marcelino Ugarte, autor del primer proyecto de la «parte general» de un Código Civil para el Estado de Buenos Aires.

Volviendo al soporte documental, la causa de que se trata se encuentra caratulada «Recurso de fuerza interpuesto por Carlos Guido Spano (en ejercicio del mandato otorgado por su padre) contra providencias del Eclesiástico». Señalo, por último, que según Joaquín Escriche (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1876, tomo cuarto, pág. 824), el recurso de fuerza era «la reclamación con que la persona que se siente injustamente agraviada por algún juez eclesiástico, acude al secular, implorando su protección para que disponga que aquél alce la fuerza o violencia que hace al agraviado» (Ley 1ª, Tit. 2º, Libro 2º, *Novísima Recopilación*).

Horacio Daniel Piombo

*

La Plata, 23 de julio de 2001

Señor presidente de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Dr. Olsen Ghirardi.
acader@arnet.com.ar
Calle General Artigas 74.
5000. Córdoba.

Estimado presidente:

I. He comenzado a examinar las cajas que contienen el inmenso y valioso material documentario correspondiente al lapso 1852/1860, aportado por la Legislatura bonaerense al Archivo Histórico de la Provincia. Entre tanto original que estoy revisando -proveniente de las Comisiones

de Hacienda de ambas Cámaras y en su mayoría referido a asuntos ordinarios de la administración general de la Provincia-, atinentes o de algún modo vinculado con la actividad pública de Vélez Sársfield logré, el día 2 de julio corriente, fotocopia color de la siguiente documentación:

a) Nota de fecha 2/5/1857, cursada por el Poder Ejecutivo del Estado de Buenos Aires, suscrita por el gobernador Pastor Obligado y el ministro de Gobierno Dalmacio Vélez Sársfield, dirigida a la Honorable Asamblea Legislativa, sobre plan de estudios de Derecho y práctica en la Academia de Jurisprudencia.

b) Copia anexa del decreto de 3/3/1857, sobre el plan de estudios de Derecho (cuatro años) y de práctica en la Academia de Jurisprudencia (dos años).

c) Nota de fecha 25/2/1853, dirigida por el gobierno de la Provincia a la Honorable Junta de Representantes, informando sobre la llegada de una comisión encargada por el general Justo José de Urquiza, director provisorio de las provincias reunidas en Congreso en Santa Fe para entablar negociaciones de paz y el nombramiento, por su parte, de una comisión «compuesta por los señores doctor D. Lorenzo Torres, del brigadier general don José María Paz y los ciudadanos Nicolás Anchorena y Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, para que oigan las proposiciones de paz que se hagan y las discutan y traten, sin concluir definitivamente arreglo alguno, reservándose el dar cuenta a Vuestra Honorabilidad a fin de obtener la competente autorización para ratificarlo si fuere digno de la Provincia de Buenos Aires».

d) Nota de fecha 30/3/1853, cursada por la Comisión de Buenos Aires a que alude la nota referida en el punto «c» inmediato anterior, en cuya virtud y dado que el «Señor General Urquiza no había podido dar su ratificación al Tratado del 9/3/1853» y «que iba a autorizar una nueva Comisión que explanase los motivos que habría tenido para rehusar la ratificación», la Comisión de Buenos Aires estimaba «que rota ya la negociación de Paz para que estaba autorizada e iniciada otra nueva, es su deber dar cuenta a Vuestra Honorabilidad como tiene el honor de hacerlo con los documentos adjuntos».

e) Nota cursada por la Secretaría del Director Provisorio de la Confederación Argentina, general Justo José de Urquiza, al ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, fechada en San Nicolás el 19/3/1853, señalando derechamente que el «tratado ajustado el día 9 del corriente «para encontrar una solución pacífica», «presenta graves inconvenientes y considerándose S. E. sin facultades para anular, ni aun enmendar el

Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, que es hoy una ley de la Nación, no ha podido dar su ratificación a ese tratado»; agregando «que tiene fundados motivos para esperar que no sería difícil arribar al menos a un arreglo de las diferencias interiores de la Provincia de Buenos Aires, dejando para después el determinar las condiciones con que la Provincia concurrirá a la formación de la Constitución de la República».

f) Nota fechada en Buenos Aires el 24/12/53, dirigida a la Sala de Representantes por la Comisión designada para «elaborar el proyecto de una Constitución de la Provincia», con el objeto de «acompañar» -como reza la presentación suscripta por todos sus integrantes, «id est» Mariano Acosta, Eustaquio J. Gómez, Manuel de Escalada y doctores Carlos Tejedor y Valentín Alsina- «el fruto de sus tareas».

g) Dictamen de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, comunicado a la Honorable Sala de Representantes, con la firma de su presidente, Dalmacio Vélez Sársfield y las de todos los demás integrantes, sobre el proyecto de ley de depósitos, escrito de puño y letra por el prócer.

h) Dictamen de la Comisión de Hacienda del Senado de fecha 1/6/1854, sobre pago de principal e intereses de los billetes de tesorería, firmado por Dalmacio Vélez Sársfield, Bartolomé Mitre y Rufino de Elizalde, igualmente comunicado a la Cámara de Representantes.

i) Idem del 9/6/1854, sobre derechos en los puertos de los riachos de Las Conchas, San Fernando y San Isidro.

II. Para una adecuada correlación de los documentos individualizados con las letras «c», «d» y «e», ubicándolos en un orden sistemático, remito a mis «e-mail» de 23/8/01 (discurso de Vélez Sarsfield sobre el Acuerdo de San Nicolás y Tratado de 9/3/1853 y su ratificación por Buenos Aires), así como al «e-mail» del 22/4/01 (ley del 13/3/53, que autoriza al gobierno bonaerense para ratificar el tratado, suscrito por Vélez Sársfield como comisionado. También, con similar finalidad, formulo una sucinta y esquemática reseña a partir de la caída de Rosas. Recuerdo que en Palermo mismo, los gobernadores de Buenos Aires, Corrientes y Santa Fe suscribieron el Protocolo de fecha 6/4/1852 que, luego de relacionar los antecedentes convencionales patrios conducentes a la constitucionalización de la República, confiaba al general Justo José de Urquiza la dirección de las relaciones exteriores de la Confederación, a

la vez que disponía la designación de los plenipotenciarios que concurrirían a la formación de la Comisión representativa prevista por el Pacto Federal, poniendo así en movimiento las cláusulas referidas a la organización del Congreso. Este Protocolo, que denomina al Pacto Federal de 1832 pacto federal de la Confederación Argentina, conduce al antecedente inmediato de la sanción de nuestra Ley Fundamental, «id est» el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31/5/1852, concluido por la mayoría de los gobernadores y capitanes generales de las provincias partes; a la que se sumaron, admitidos por resolución conjunta de fecha 1/7/1852, los gobernadores de Salta y Jujuy, así como el ministro plenipotenciario de Córdoba, quienes no habiendo concurrido a la negociación y firma del Acuerdo, resolvieron adherirse sin reserva al instrumento vinculante. El Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos fue estimado inconveniente a sus propios intereses e impugnado por la Provincia de Buenos Aires, celebrándose entonces en sede bonaerense, por comisionados de las Partes, el Tratado del 9/3/1853 que el general Urquiza no ratificó por considerar que transgredía el mencionado Acuerdo de San Nicolás. Al seguir separada Buenos Aires de la Confederación, dictó su propia Constitución, sancionada el 15/4/1854, que la erigía con el libre ejercicio de su soberanía interior y exterior, mientras no la delegase en un gobierno federal (art. 1). De tal suerte, habiendo reasumido su libertad pactista originaria, Buenos Aires celebró con la Confederación los Tratados de convivencia del 20/12/1854 y del 8/1/1855. Este último en Paraná, negociado, redactado y concluido por Vélez Sarsfield y el entonces ministro del Interior de la Confederación doctor Santiago Derqui (Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 1855, Imprenta del Mercurio, 1875, págs. 14 a 16). Los tratados de convivencia fueron denunciados y se llegó al enfrentamiento que epilogó en la batalla de Cepeda del 23/10/1859. Como consecuencia del triunfo militar de al Confederación, se celebró el tratado de San José de Flores que marcó un nuevo hito en el camino institucional de la reunificación. El ciclo de los pactos del período constituyente fue cerrado por el Convenio del 6/6/1860 entre la Confederación y Buenos Aires (Pacto de Unión), que perfeccionó e implementó lo reglado en el Pacto de San José de Flores.

Empero, inmediatamente después de la jura de la Constitución reformada por la Convención Nacional reunida en Santa Fe del 14 al 28/9/1860, una revolución en la Provincia de San Juan y la ejecución del doctor Aberastain por las fuerzas nacionales, quebró otra vez la paz y el gober-

nador de Buenos Aires volvió a asumir actitud de resistencia ante el obrar de las autoridades de la Confederación. El Congreso de Paraná, por ley del 5/7/1861, «declaró que el Gobierno de Buenos Aires había roto el Pacto del 11/11/1859 y el Convenio del 6/6/1860, por lo que en consecuencia había perdido todos los derechos que en ellos se reconocían», al propio tiempo que calificaba «como actos de sedición las actitudes de su Gobierno que el Gobierno Nacional debía sofocar y reprimir», autorizando al Poder Ejecutivo confederal a intervenir en la Provincia de Buenos Aires a fin de «restablecer el orden legal». El nuevo conflicto estallado tuvo su epílogo en la batalla de Pavón, donde el triunfo de las armas bonaerenses dio paso a la reorganización de la Confederación bajo la dirección del gobernador de la Provincia de Buenos Aires, general Bartolomé Mitre, a quien las restantes Provincias delegaron el ejercicio del Poder Ejecutivo nacional. Recién dos décadas después, se superó el último obstáculo que comprometía la unidad nacional mediante la capitalización de la ciudad de Buenos Aires (leyes 355 de la Nación y 357 de la Provincia, la primera del 21/9/1880 y la segunda del 9/12/80).

Aclaro también que la Constitución del Estado de Buenos Aires fue sancionada y jurada en 1854 e institucionalizó su secesión de la Confederación, puesto que Buenos Aires para ser un «Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior, mientras no la delegue en un Gobierno Federal» (art. 1º). Vélez Sársfield opinó desfavorablemente acerca de esa ley fundamental en la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860, por considerarla un obstáculo a la causa de la unión nacional que sostuvo con vehemencia (ver mi e-mail de mayo de 2001, parágrafo 1, a).

III. Como resultado que cierra mi e-mail de mayo próximo pasado, me referí a un informe manuscrito elevado al ministro de Gobierno de la Provincia, Domingo Faustino Sarmiento, el 4/5/1860, por los comisionados Dalmacio Vélez Sarsfield y Norberto de la Riestra, a quienes se les había encomendado, sólo nueve días antes, un estudio sobre la situación económica-financiera de la empresa del Ferrocarril del Oeste, formada en 1854, y las medidas adecuadas para facilitar su desenvolvimiento. A la sazón el Ferrocarril del Oeste, creado e impulsado sólo por argentinos y el primero del país, había abierto el camino de hierro al servicio público hasta la estación Moreno, alcanzando una extensión de 39 ½ kilómetros. Con relación a este medio de transporte, en su hora insustituible para vencer distancias, poblar el desierto y radicar civilización, del que Vélez

Sársfield fue también inspirador y precursor en la Argentina, obtuve reprografía del siguiente material documental:

a) Nota fechada el 19/12/1853 en Buenos Aires, dirigida por la Comisión de Hacienda a la Honorable Sala de Representantes, suscrita por su presidente Dalmacio Vélez Sarsfield y demás integrantes -esto es: Bartolomé Mitre, Mariano Billinghurst y Norberto de la Riestra-, «sobre la solicitud de particulares para la construcción de un ferrocarril al Oeste», a efectos de «presentar a la Honorable Sala el adjunto proyecto de decreto», constante de trece artículos, cuyos dispositivos comportan los lineamientos básicos de la ley dictada ulteriormente con fecha 9/1/1854 (Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires, 1854, libro trigésimotercero, Imprenta «El Orden», 1856, págs. 5 a 7 inclusives). Esta ley, o decreto, desde que su texto expresa que «La Honorable Sala de Representantes ha acordado y decreta», autoriza al Poder Ejecutivo para conceder licencia a los individuos que han propuesto la construcción de un ferrocarril al Oeste, para formar a su objeto una sociedad anónima por acciones, previo el conocimiento de los reglamentos que ella se diere...»,

b) Dos notas: una de la Cámara de Representantes al presidente de la Cámara de Senadores, suscrita por Manuel M. Escalada y Adolfo Alsina; otra de la Comisión de Hacienda del Senado a la Honorable Cámara de Representantes que lleva las firmas de Dalmacio Vélez Sarsfield, Bartolomé Mitre y Rufino de Elizalde, ambas sobre el trazado de arranque del ferrocarril del Oeste que suscitó distintos criterios dirimidos por ley del 19/8/1854, cuyo articulado expresó: «Art. 1º.- El ferrocarril de que habla la ley de 9 de enero del corriente año, deberá arrancar en dirección de una de las calles siguientes: Potosí, Victoria, Federación, Piedad, Cangallo, Cuyo, Corrientes, Parque, Tucumán y Temple». «Art. 2º.- Queda derogado el art. 4º de la mencionada ley en la parte que se opone al artículo anterior» (*Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, 1854, Imprenta de «El Orden», Bs. As., 1856, págs. 82 y 83).

Acoto que el Ferrocarril al Oeste o del Oeste, el primero que surcó el territorio de la patria y el primero que lo fue sin depender de capitales extranjeros durante un lapso de veintisiete años, nació con la citada ley del 9 de enero de 1854, hallándose en plena expansión, a dos años de haber sobrepasado Chivilcoy a ciento cincuenta y nueve kilómetros de distancia, el gobierno de Buenos Aires, con el mismo espíritu de grandeza que movió a Vélez Sársfield y demás promotores y pioneros, dictó

la ley sancionada en 18 de noviembre de 1868 y promulgada en la misma fecha, disponiendo que el Ferrocarril del Oeste «será prolongado en dirección al Oeste, buscando el paso de la Cordillera, para ligar los Océanos Atlántico y Pacífico (*Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires*, 1868, publicación oficial, Bs. As., Imprenta del Mercurio, 1869, págs. 439 y 440).

Horacio Daniel Piombo

*

La Plata, 18 de octubre de 2001

Señor presidente de la Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales,
Dr. Olsen Ghirardi.
acader@arnet.com.ar

Estimado presidente:

1. Acuso recibo de información documentada, sobre honras tributadas por la Academia a Vélez Sarsfield. También recibí una muy atenta y cordial nota suya en la que me comunica el aval de nuestra Academia para «las publicaciones que desee efectuar sobre nuestro patrono Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield». Acerca de este último particular, debo manifestarle que el aval va mucho más allá de mi pretensión, porque en realidad de verdad sólo debo aspirar y aspiro a que nuestra Academia declare de interés especial la investigación que vengo realizando sobre documentación inédita o escasamente conocida por los historiadores, sobre la eminente actuación pública del prócer en la Provincia y Estado de Buenos Aires durante el lapso comprendido entre los años 1823 (fecha de la matriculación como abogado de Vélez en la Cámara de Justicia de Buenos Aires) y 1860, en que se formaliza la definitiva organización constitucional de la República. Espero con vivo interés sus noticias al respecto.

2. Anticipo que he comenzado a conversar con mi editor y el libro que daré a la estampa, será en publicación que contendrá los comenta-

rios y anotaciones, y en sendos discos láser las imágenes de parte del enorme material reunido y por reunirse. Por supuesto, constará la declaración de interés especial por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Acoto que una vez electrónicamente resguardadas y clasificadas las imágenes por el editor, las fotocopias láser originales irán, como se adelantara, a esa Academia a los fines que se estimen adecuados.

3. En cuanto al progreso de la investigación, paso a comunicar los resultados obtenidos que, para una mejor comprensión, agrupo en varios capítulos.

4.1. Con relación al Congreso Constituyente de 1824/1827, obtuve reprografías láser color del material que anoto a continuación:

a) Actas correspondientes a las tres reuniones preparatorias del Congreso Constituyente de 1824/1827, celebradas en Buenos Aires los días 6, 9 y 10 de diciembre de 1824, respectivamente. En la primera de estas sesiones de procedió a la elección de las autoridades provisorias del Congreso, recayendo las designaciones de presidente en el Deán Gregorio Funes y de secretario en Dalmacio Vélez, quienes firman al pie de cada una de dichas actas.

b) Dictámenes de la Comisión de Hacienda, de los que seleccioné los siguientes:

b.1) El fechado en 20/12/1825, que firman Vélez, Pinto y Narciso de Laprida, acerca del proyecto de ley girado por el Poder Ejecutivo nacional para consolidar toda la deuda interior del Estado anterior al 1/2/1820. El parecer de la Comisión en tan importante asunto, que ocupa tres folios impresos en la «Imprenta de la Independencia», comienza por expresar que : «Es excusado recomendar la justicia y más que todo la incalculable conveniencia de esta medida». «El Poder Ejecutivo tiene razón cuando asienta que es necesario pensar seriamente en fundar el «crédito nacional, pues él será en todo tiempo el manantial inagotable que provea recursos...». Más adelante, luego de una minuciosa consideración del proyecto de que se trata, se manifiesta: «Nada resta a la Comisión añadir, sino recomendar a los señores representantes el interés con que deben considerar el proyecto en cuestión». «El es de una influencia general y poderosa no sólo respecto de todos los pueblos de la

Unión, sino de todos y de cada uno de los individuos que la componen». «La prosperidad pública, no menos que la particular, se interesan desde luego en su más pronta adopción». «Este es el voto uniforme de la Comisión, que somete su juicio a las deliberaciones del Congreso Nacional».

b. 2) De fecha 26/1/1826, suscripto por Julián S. de Agüero, Dalmacio Vélez y Manuel Pinto, aconsejando la incorporación del Banco de Descuentos de la Provincia de Buenos Ayres al (Banco) Nacional... «En consideración al libre y espontáneo avenimiento que han manifestado los accionistas del Banco de Descuentos de la Provincia de Buenos Ayres de incorporarse éste... al Banco Nacional, que debe formarse con arreglo a la ley que va a dar el Congreso General».

b.3) Del 18/2/1826, que lleva las firmas de Dalmacio Vélez, Narciso de Laprida, Vicente López y Sebastián Lezica, en favor de un proyecto de ley en que el presidente de la República pide que se ponga a su disposición todas las oficinas de Correos establecidas en territorio de las Provincias Unidas, y se le autorice para organizar su administración por los proyectos que oportunamente presentará a la sanción del Congreso.

b.4) Del 18/4/1826, reproducido también en una hoja impresa y cuyo original lleva las firmas de Francisco Delgado, Dalmacio Vélez y Eusebio Agüero, el cual versa sobre un proyecto del gobierno respecto del pago de billetes por el Banco Nacional. En este caso, la Comisión propone la suspensión del art. 10 del proyecto del Gobierno y la inserción de un artículo adicional, señalando los firmantes que «la Comisión explanará muchas de estas consideraciones en la discusión del proyecto del Gobierno y concluye aconsejando la sanción de él en los términos que la Comisión tiene el honor de proponerlo».

b.5) Del 28/4/1826, que suscriben Vélez Sarsfield, Eusebio Agüero y Francisco Delgado, puntualizando que la Comisión «ha examinado con detención el proyecto pasado por el Excmo. Gobierno para dar en enfiteusis las tierras públicas durante el término de diez años que deberá contarse desde el 1/1/1827». «La Comisión nada encuentra en él que no sea una combinación feliz de lo que permiten las circunstancias, de lo que exigen las necesidades del erario y de lo que podía meditar para promover con mejor suceso los adelantos de la industria rural...». Finalmente se expresa: «Después de haber recorrido los artículos del proyecto y de haber hecho notar la oportunidad y justicia que envuelve cada uno de ellos, sólo resta a la Comisión aconsejar al Congreso su adopción, saludándole con su acostumbrada consideración».

c) Dictamen del 17/I/1825 elaborado por Comisión Especial encargada de pronunciarse acerca del proyecto de Ley Fundamental para las Provincias Unidas del Río de la Plata. Con la firma de Vélez -acompañada, entre otros, por el Deán Gregorio Funes y el antiguo secretario de la Primera Junta, abogado Juan José Paso-, luego de subrayar la importancia del instrumento desde el punto de vista del porvenir institucional de la patria, pasa a su examen crítico señalando que:

c.1) el texto constitucional debe establecer los principios, sin descender al nivel reglamentario de un código administrativo;

c.2) el procedimiento a través del cual sea aceptado o rechazado por las provincias tiene que establecerse en la propia ley fundamental con la finalidad de evitar maniobras que frustren la voluntad «de los pueblos»;

c.3) es necesario designar una autoridad ejecutiva y proveer a los gastos de un tesoro nacional, incumbiendo a las provincias concurrir a su formación sobre la base de la cantidad de habitantes y recursos, actuando como requisito *sine qua non* de operatividad la realización del respectivo censo poblacional.

4.2. Sin perjuicio de volver y abundar cuando termine de examinar los originales del Congreso, cabe ahora referir sucintamente que una vez asumida la presidencia de las Provincias Unidas, Rivadavia elevó de inmediato dos importantes proyectos: uno colocaba a disposición de la presidencia las oficinas de correos establecidas en el territorio de la República a fin de organizar su administración. Precisamente a este proyecto rápidamente sancionado por el Congreso se vincula el dictamen señalado como «b3» en el presente «e-mail», suscripto por Dalmacio Vélez, Narciso de Laprida, Vicente López y Sebastián Lezica.

4.3. El segundo, que fue causa principal de la frustración de los designios del Congreso y cuyo debate declarado libre insumió gran parte de las sesiones en 1826, requiere una relación del acontecer institucional que le atañe. El art. 2º determinaba que la ciudad de Buenos Aires -no con los restringidos e históricos límites actuales, sino con una importante porción del territorio de la Provincia que en un cierto radio (línea recta al puerto de la Ensenada), se extendía a más de cincuenta kilómetros, «es la capital» y «queda bajo la inmediata y exclusiva dirección de la legislatura nacional y del presidente de la República». Los restantes artículos

normaban que «todos los establecimientos de la capital son nacionales, así como «todas las acciones, deberes y empeños de la Provincia de Buenos Aires» (sic). Como algo había que hacer con el remanente territorial, se disponía que en el resto del territorio perteneciente a la Provincia de Buenos Aires, se organizará «por ley especial una Provincia». El proyecto comenzó a discutirse en la sesión del 22/2/26. El primer orador después de que lo hiciera el ministro de Gobierno Manuel Segundo de Agüero, fue el doctor Manuel Antonio de Castro (gran amigo de Dalmacio Vélez, ver particularmente punto 3 de mi e-mail del 15/3/01), quien en síntesis sostuvo: «Se intenta dar una ley antes de establecerse el Congreso», dejando a la Provincia de Buenos Aires desmembrada y «sin las garantías que ella quiso retener y conservar». «Mas ahora se le quitan sus instituciones, se desorganiza su territorio antes de darle una Constitución y antes de asegurarle de un modo firme para los eventos que ella quiso precaver». Por su parte el diputado Vélez, en el transcurso de la larguísima consideración en general del proyecto, dijo sin abordar el quid de la cuestión marcado por el doctor Castro: «Yo no sé por qué fatalidad, el punto céntrico de donde se va a derivar toda la organización social o que va a ser el elemento más poderoso para su constitución, ... la cuestión que más fácilmente debía reunir el voto de todos los diputados, ha venido a ser el objeto de tantos debates, donde se anuncian momentos de anarquía». Luego reflexiona que «es casi un principio que el bien verdadero de una Nación no puede causar mal a una potencia extraña»; a su vez «es un axioma que los intereses de una Nación no pueden jamás perjudicar los de un pueblo». «Todo esto se conoce, porque no puede desconocerse; pero hay una excepción dilatoria». «Ello es bueno... ; pero el Congreso no tiene facultades para hacerlo».

4.4. Frente al denunciado exceso de poder, la vigorosa queja del gobernador y capitán general de la Provincia de Buenos Aires, Juan Gregorio de Las Heras, tuvo entrada en la sesión del 25/2/1826. Concretamente recomienda que se respeten las instituciones de la Provincia conforme con la ley del 13/11/1824, «dictada como fundamental por la ... Sala de Representantes de la Provincia de Buenos Aires; y la fundamental del Congreso General dada el 23/1/1825», cuyo art. 3 estatuye que «Por ahora y hasta la promulgación de la Constitución que ha de reorganizar el Estado, las Provincias se regirán interinamente por sus propias instituciones» Afirma, en cumplimiento de la ley, que la Provincia de Buenos

Aires seguirá rigiéndose «del mismo modo y bajo las mismas formas con que actualmente se rige, hasta la promulgación de la Constitución que dé el Congreso Nacional». Finalmente, el proyecto siguió debatiéndose en las sesiones de marzo de 1826, hasta su sanción en general y en particular «sólo apoyado en el número de votos»!

5.1. Cabe recordar que en mi e-mail del 8 de julio próximo pasado transcribí una nota, fechada el día inmediato anterior y dirigida al secretario de la Embajada de la República de Irlanda en la Argentina, por entonces Jonathan Conlon, que doy aquí por reproducida *brevitatis causa*, requiriéndole información sobre el nombre patronímico de la prosapia materna del prócer. La Embajada le dio trámite derivando mis inquisiciones al órgano informativo irlandés «The Southern Cross», con sede en la calle Río Bamba 452 de la Capital Federal, que me transmitió noticia bastante y documentada sobre el particular, concordante con la que logré por mi parte en otras fuentes de conocimiento.

5.2. El apellido Sarsfield es de origen inglés, llevado a Irlanda por los ejércitos invasores que la colonizaron. En efecto, «Thomas de Sarsfeld» fue portaestandarte o abanderado del rey Enrique II que llegó a Irlanda en 1172. Hubo dos ramas de la familia, una de las cuales se asentó en los condados de Cork y Limerick desde la décima segunda centuria». «La otra rama se estableció en Lucan, en el condado de Dublin, y de éste proviene Patrick de Sarsfield, sobresaliente figura de una remarcable familia de militares». «Sirvió en Inglaterra con el Rey Jacobo II y siguió a éste a Irlanda, donde Jacobo lo hizo Conde de Lucan». Su más famoso antecedente fue destruir, al frente de la caballería irlandesa, «el tren de sitio del Rey Guillermo de Orange en Ballymeete, condado de Limerick, en 1690». «Después de la derrota del ejército irlandés en la batalla de Boyne, Patrick Sarsfield formó la brigada irlandesa en Francia y fue muerto en Flandes en 1693; pero muchos miembros de la familia Sarsfield se asentaron en Francia en 1653 y hubo también Sarsfield al servicio de España». «Muchos registros en España y en Francia, incluyendo libros, panfletos e historias, recuerdan la actividad de los Sarsfield». A su vez, Sarsfield Rock, cerca de Ballyneety, recuerda la victoria de Patrick Sarsfield sobre las armas inglesas, y también Sarsfieldtown en el condado de Meath». «*Muchas familias irlandesas pusieron el nombre de Patrick a sus hijos, no por San Patricio (santo patrono de*

Irlanda), sino por *Patrick Sarsfield*». Finaliza el informe de «The Southern Cross», expresando que el apellido Sarsfield vertido a la escritura irlandesa sería Sáirséal. Un grafismo absolutamente desemejado con la escritura definitiva del apellido «Sarsfield» (bibliografía apuntada: Maclysaght, Edward, *Irish families*, pág. 261 y ss.; Udaondo, Enrique, *Diccionario biográfico argentino*, p. 1095; Mulhall, M. G., *The English in South America*, págs. 59 y 69; Coghlan, *El aporte irlandés a la Argentina*, pág. 302; *The Encyclopedia Americana*, International edition, vol. 24, t. 305).

5.3. Sin perjuicio de lo concluyente de la información que antecede, la consulta de la red Internet permite apreciar, por ejemplo, la existencia en Irlanda de libros publicados en inglés por autores que llevan el apellido Sarsfield o Saarsfield, sin acento ortográfico como lo impone la gramática de esa lengua. Entre esos libros llaman la atención, por ejemplo, el escrito por Henry Sarsfield Sarsfield y, particularmente, una biográfica sobre el héroe nacional irlandés Patrick Sarsfield, acerca del cual se arman los datos consignados en el inicio de este e-mail.

5.4. El lenguaje irlandés, también llamado gálico o erse, ha empleado un alfabeto, variante del romano y hoy de uso limitado a condados del este de Irlanda, que tomó forma alrededor de la octava centuria. Tiene dieciocho letras, divididas en trece consonantes y cinco vocales (*Encyclopedia Electric Library*, [http: www. encyclopedia](http://www.encyclopedia)). Chrystian Corut, (*The irish language*), luego de señalar los esfuerzos del gobierno por revivir el idioma patrio, afirma que «*la decadencia del idioma irlandés comenzó con el control que Inglaterra comenzó a tener del territorio irlandés en la decimosexta centuria*». Así ocurrió después de la derrota infligida por los ingleses a los jefes irlandeses en Kinsale (1601), lo cual convirtió a la isla en una colonia en que el pueblo no sólo perdió la propiedad de gran parte de la tierra sino la mayoría de sus derechos, reemplazando paulatinamente el inglés al irlandés en la enseñanza. Al respecto se recuerda que Enrique VIII declaró Irlanda como dominio de sí mismo en 1541, exigiendo juramento de obediencia a los propietarios territoriales, quienes adoptaron vestimentas y el lenguaje de los ingleses para mostrar su fidelidad al monarca. Luego Isabel I y después Carlos I implementaron una política de colonización con ingleses protestantes y escoceses presbiterianos, principalmente en territorio de

Irlanda del Norte. En 1649 Oliverio Cromwell invadió tierra irlandesa, aplastando la resistencia y haciendo que los protestantes que sólo eran el 20% de la población detentara el 80 % de la tierra. Posteriormente, Guillermo de Orange, vencedor en la batalla de Boyne, tomó más territorio. En 1695 las leyes penales sancionadas ese año barrieron a los irlandeses católicos de la educación y del servicio militar, al propio tiempo se desterró el idioma irlandés de la vida pública. Como resultado de la política de desapoderamiento de la tierra, su tenencia por irlandeses católicos cae en 1703 al 14 %.

En 1800, el Act of Union hizo a Irlanda una parte de Inglaterra, y en 1831 se establece en materia educativa que el único lenguaje es el inglés.

5.5. Volviendo a la relación idiomática del apellido «Sarsfield», cabe reparar en que ninguno de los dialectos en que se divide el gaélico o erse contiene vocablos como la palabra compuesta «Sarsfield» o «Sarsfeld» o «Sarsefeld», o equivalentes a los que resultan de separar «sars» o sarse» de «field» o «feld», o sea que no aparecen como voces en el diccionario de esa lengua. Tampoco surgen como vocablos escritos con los caracteres del alfabeto vernáculo en sus distintas variantes (ver John O'Donovan, *The irish language*, Dublin, Hodges and Smith editors, 1845; *Lane's» English - Irish Dictionary*, Dublin Bryers - and Walker editors, 1904, *passim*). Como lo remarco, el apellido «Sarsfield» es de construcción gramatical inglesa y como tal no lleva acento ortográfico alguno. Muestra en su grafía una especie de prefijo «Sars», que anticipa y determina el sentido de la palabra compuesta «Sarsfield».

Así «sars», con el agregado de una «d» entre «r» y «s», se define en el diccionario con el significado de zarzas o matorrales. Entonces «field» (campo o terreno) lo es con matorrales o malezas. Cabe acotar que Dalmacio Vélez Sarsfield tuvo plena conciencia del origen de su apellido, puesto que nunca acentuó ortográficamente la escritura del materno Sarsfield, que a partir de 1835 incluyó en su firma.

5.6. No empece a la conclusión anotada la circunstancia de que su ancestro, Patrick Sarsfield, sea rememorado como héroe irlandés por su arrojo y valentía en las guerras contra Inglaterra y sus monarcas protestantes, dado que caso parecido es el de otro famoso militar de origen irlandés, el almirante Guillermo Brown, también de apellido in-

glés, que se cubrió de gloria al comando de la flota argentina y cuyo busto recordatorio se destaca principalmente en la propia Escuela Naval del nuevo Estado de Irlanda (Eire).

6.1. Complementado el «e-mail» N° 10 (dedicado a las capellanías), informo con precisa referencia a la ley velezana del 14/7/1857, que tengo reprografía láser color de la siguiente documentación original del Archivo-Histórico de la Provincia:

a) Proyecto de ley elaborado, manuscrito y firmado por Vélez Sarsfield, cuyo principal dispositivo, el art. 3º, reza: «En lo sucesivo ninguna capellanía o memoria piadosa podrá fundarse sobre bienes raíces, ni por censos perpetuos o por otro género de imposición que grave otros bienes con rentas perpetuas».

b) Nota del Poder Ejecutivo del Estado de Buenos Aires del 5/6/1856, presentando al Senado y Cámara de Diputados, dicho proyecto «sobre el patronato de las capellanías y fundaciones piadosas y abolición de las leyes que permitían constituir censos perpetuos sobre los bienes raíces». En los fundamentos, dicho Poder señala que «la ley... consulta la exacta ejecución de las fundaciones piadosas de las últimas voluntades...». «Libra los bienes raíces de los censos perpetuos que imposibilitan o retardan su mejora». «Evita los innumerables pleitos que todos los días nacen sobre capellanías laicales y su cesión al derecho de patronato». «Y llama por fin hacia la Iglesia el sostén del culto y de las personas eclesiásticas, las rentas que el pueblo cristiano quiera destinar a fundaciones piadosas o religiosas». Por último, «el Poder ejecutivo se compromete que con fuerza de estas consideraciones, el proyecto de ley acompañado obtendrá la sanción del Cuerpo Legislativo». Firman el gobernador Pastor Obligado y el ministro de Gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield.

c) Comunicación del presidente del Senado Felipe Llavallol, notificando el 15/7/1857 a la Cámara de Diputados, que la de Senadores, «en sesión de anoche, ha tenido a bien sancionar sin alteración alguna el proyecto que le fue remitido por esa Cámara sobre Capellanías»; añadiendo: «lo que se transcribe al Poder Ejecutivo en esta fecha a los efectos de que la Constitución previene».

6.2. A Vélez Sarsfield también se debe la reorganización de la justicia de alzada, operada en el Estado de Buenos Aires en 1857. De acuerdo

con el respectivo proyecto, convertido en ley por la Legislatura, el cambio incluyó, en lo más destacable, la composición del Supremo Tribunal de Justicia y la división de la Cámara de Justicia en dos salas, una de Apelación y otra de Revista, a la que se atribuyó competencia para «conocer de todos los recursos de revista a que haya lugar por las leyes». De este proyecto elaborado y firmado por Vélez Sarsfield, así como de la comunicación legislativa que noticia su conversión en ley en fecha 28/2/1857, sin enmiendas, obran en mi poder sendas fotocopias color.

7.1. Durante el gobierno del doctor Pastor Obligado, en la sesión de Diputados celebrada el 15/9/1856, Vélez Sarsfield, a la sazón ministro de Gobierno, defendió fructuosamente la venta de cien leguas cuadradas de tierras públicas «al exterior del Río Salado», que aceleró la colonización interior de la Provincia. Fue un anticipo de su firme ideario en la materia y en la oportunidad adelantó: «Debemos al país una buena ley de tierras, que ella poblará al país y la concurrencia determinará aquellas industrias que más convienen». «Una mala ley de tierras públicas tendrá despoblado un país como el nuestro.. («con tierra pobre de elementos, con sólo pasto natural y llena de abrojos»).

7.2. Sobre la efectiva creación de la Oficina de Tierras Públicas y Bienes del Estado, obtuve reproducción láser color de la siguiente documentación:

a) Nota dirigida por el Poder Ejecutivo a la Honorable Cámara de Representantes, en fecha 2/8/1859, expresando: «... que a los fines de consultar la mejor administración de las tierras y bienes del Estado, el Gobierno presenta a V. H. el adjunto proyecto de ley, estableciendo una Oficina de tierras públicas y bienes del Estado con los objetos especiales que se ven en sus artículos ...». Suscriben: el gobernador Valentín Alsina y el ministro de Gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield.

b) Proyecto, escrito y firmado por Vélez Sarsfield únicamente, que estructura y organiza el establecimiento y funciones de la Oficina de Tierras Públicas y Bienes del Estado con el objeto de «indagar los bienes que le pertenecen y reclamados por medio de su Fiscal...; sustanciar... todas las cuestiones sobre dominio y posesión de tierras y bienes del Estado, elevándolas al Estado con proyecto de resolución; exigir los arrendamientos, el precio de los terrenos vendidos, el canon atrasado y hacer

que el dinero se entregue en la Colectura Genera...; formar el Registro General de los bienes y terrenos del Estado, como el de los arrendamientos y ventas hechos y que se hicieren en adelante, llevar la contabilidad... elevando copia mensualmente al Gobierno para su publicación....».

c) Comunicación del Poder Ejecutivo, de fecha 3/9/1859, informando a la Legislatura que «Ha tenido el honor de recibir la nota de V. H. de fecha de ayer, en que se sirve transcribir la ley sancionada creando una Oficina de Tierras Públicas y Bienes del Estado». La suscriben: Valentín Alsina y Dalmacio Vélez Sarsfield.

8.1. En una de mis visitas al Archivo Histórico del Banco de la Provincia de Buenos Aires, cuando aún no habían finalizado las importantes refacciones del ámbito que ocupa, se me permitió sacar desde distintos ángulos, una serie de fotografías electrónicas del busto de Vélez Sarsfield allí existente. Esta obra escultórica en mármol fue realizada por Camilo Romairone (1850-1915), el primer y más famoso estatuero extranjero que trabajó en la ciudad de Buenos Aires, a la que arribó en 1870 desde su Italia natal. Su sobresaliente producción se objetivó también en gran parte de los bustos en mármol de los presidentes argentinos que exornan el interior de la Casa Rosada. Además, ejecutó los bustos en mármol del general Paz, encargado por el gobierno de Córdoba y del doctor Lucero por la Universidad Nacional cordobesa. A todos ellos se suman sendos bustos de San Martín y Mitre, así como los monumentos de Alberdi y del general Brandsen que se hallan en la Recoleta. Los biógrafos del notable escultor expresan que Romairone era apodado «el tirano», por lo que hace «*al dominio casi absoluto del arte escultórico, a su talento de desbatar el mármol y animarlo con el soplo de la vida*».

Con el objeto de completar datos en una autorizada fuente de conocimiento, consulté al titular de la cátedra de Escultura de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad Nacional de La Plata, profesor Ricardo Dalla Lasta, requiriendo su opinión acerca del mérito de la obra de que se trata, expresando, *mutatis mutandi*, lo siguiente: que sólo conocía los bustos firmados por Romairone de presidentes argentinos que se exhiben en la Casa Rosada, la que visitó en algunas oportunidades por habersele confiado en concurso nacional, siendo Carlos Menem presidente de nuestro país, el más reciente gran monumento inaugurado en la Argentina, precisamente el del brigadier general don Juan Manuel de Rosas -emplazado en Palermo-, que exhibe una altura de cuatro metros sin contar la del bajorre-

lieve que adorna su base. Refiriéndose específicamente al busto que recoge la imagen de Vélez Sarsfield, Dalla Lasta puntualizó que «la materia prima utilizada es un bloque de mármol de Carrara de una pureza hoy prácticamente inhallable, libre de partículas metálicas». «La obra en sí es de excelencia en la técnica escultórica y particularmente en el tratado del cabello de Vélez, la expresividad de sus ojos, la realidad de las facciones de su rostro -especialmente las frontales, sin que las percibidas desde otros ángulos desmerezcan la expresión técnica empleada- y hasta el atuendo mismo que viste el prócer, en el que se denotan hasta sus costuras». Incluso, como detalle altamente significativo, el profesor Dalla Lasta me pidió una fotografía del busto, que inmediatamente le obsequié, para exhibirla como modelo en su aula-taller en la Facultad de referencia *ut supra*.

Un cordial saludo, extensivo a todos los miembros del Consejo, de

Horacio D. Piombo

ACTO DE DESPEDIDA

ACTO DE DESPEDIDA DEL SEÑOR SECRETARIO
TÉCNICO DR. GASTÓN URRETS ZAVALÍA

Córdoba, 5 de abril de 2000

Al señor presidente de la
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba,
Doctor Luis Moisset de Espanés
Presente

De mi mayor consideración:

Cumplo en dirigirme a Ud. y a través suyo esa H. Corporación, a fin de solicitar se tenga por aceptada a partir del día de la fecha mi declinación al cargo de secretario técnico de la misma.

Luego de haber desempeñado la función durante 44 años puedo decir que si bien no es demasiado lo que haya podido aportar a la institución en el cumplimiento de mis tareas, sí es mucho lo que me ha sido dado aprender en el trato permanente con las distinguidas personalidades que la han ido integrando a lo largo de tantas décadas.

Ruego al señor presidente poner la presente renuncia en conocimiento de los demás miembros de la H. Mesa Directiva y de todos los señores académicos, a quienes saludo con aprecio y sumo respeto.

Quedo del señor presidente con atenta y distinguida consideración.

Gastón Urrets Zavalía

Córdoba, 28 de noviembre de 2000

VISTO:

Que el Señor Secretario Técnico Dr. Gastón Urrets Zavalía ha presentado la renuncia a ese cargo, que desempeña por contrato desde la Presidencia del Dr. Alfredo Poviña, nota que se agrega a la presente

CONSIDERANDO:

Que las razones que fundamentan esa renuncia aconsejan su aceptación,

El Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

RESUELVE:

Art. 1°.- Aceptar la renuncia presentada por el Dr. Gastón Urrets Zavalía a su condición de secretario técnico contratado, fijando como fecha de cese de sus servicios el 31 de diciembre del corriente año.

Art. 2°.- Disponer que junto a los honorarios del mes de diciembre se le abone un mes en concepto de vacaciones correspondientes al año 2000.

Art. 3°.- Agasajarlo con motivo de su retiro, el día martes 19 de diciembre, en la reunión de despedida del año, que efectuará ese día esta Corporación.

Art. 4°.- Disponer que el señor secretario académico Dr. Ricardo Haro pronuncie unas palabras destacando la larga trayectoria cumplida por Gastón Urrets Zavalía dentro de esta Institución y, como reconocimiento de su trayectoria, se le entregue en ese acto el medallón del patrono de nuestra Academia Dn. Dalmacio Vélez Sarsfield.

Art. 5°.- Dése copia al Dr. Gastón Urrets Zavalía.

Luis Moisset de Espanés
Presidente

Córdoba, 19 de diciembre de 2000

Señor secretario técnico de la Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Gastón Urrets Zavalía
Presente

Tenemos la honda satisfacción de dirigirnos a usted, a fin de hacerle llegar en nombre de todos los señores académicos nuestros más sinceros y cordiales sentimientos de gratitud por su excelente desempeño, en sus funciones como secretario técnico de la Corporación, para el que fuera designado en junio de 1956.

Han sido más de cuatro décadas en las que las distintas generaciones de académicos hemos siempre valorado la lealtad hacia los respectivos presidentes y hacia los académicos; el recato y la prudencia de todo lo que pasaba por ante su ojos y en sus tareas; la ponderación en sus juicios y valoraciones; la diligencia de su desempeño y, como una síntesis a manera de coronamiento de sus cualidades, el indiscutido y proverbial señorío que trasunta su distinguida personalidad. Por todo ello y por mucho más, podemos sinceramente afirmar que fue un digno funcionario acorde con el prestigio de la Academia a la que sirvió.

Reiterando nuestra permanente gratitud y nuestro invariable y distinguido afecto hacia usted y su querida y entrañable familia, le estrechamos en un fuerte abrazo!!

Ricardo Haro
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

*

*Palabras de despedida al Dr. Gastón Urrets Zavalía
del secretario académico, Dr. Ricardo Haro*

Queridos amigos:

Si bien todos los años realizamos este brindis cordial con motivo de las Fiestas de Navidad y Año Nuevo, en esta oportunidad le otorgamos

un sentido muy especial, pues deseamos realizar un brindis de despedida a nuestro querido y entrañable colaborador, el secretario técnico, Dr. Gastón Urrets Zavalía.

Quizás pocos conozcan o lleguen a comprender el hondo significado de esta despedida, pues me animo a pensar que la mayoría de nosotros ignoramos que cuando muchos de los actuales académicos eran noveles abogados y otros no tan jóvenes, no estaban aún incorporados a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Es decir, que en tiempos en que la Academia era una institución desconocida y ajena a nuestras vidas, ya entonces Gastón desempeñaba sus funciones como secretario técnico de la Corporación. Me parece que realmente, esta circunstancia posee una significación muy honda y muy entrañable.

En efecto, buceando en los antecedentes históricos de la Institución, nos encontramos que según surge textualmente de la memoria presentada por la presidencia a cargo del Dr. Félix Sarría en la sesión del 15 de abril de 1957, Gastón fue designado en las mencionadas funciones y ante la renuncia del Dr. José Antonio Allende, en el mes de junio de 1956, ¡hace más de cuarenta y cuatro años!

Durante las más de cuatro décadas de su desempeño, colaboró con todos los académicos y lógicamente en forma más estrecha, con los sucesivos presidentes, que fueron los Dres. Félix Sarría de 1956 a 1967; Pedro León de 1968 a 1974; Alfredo Poviña de 1974 a 1985; Pedro J. Frías de 1986 a 1995 y Luis Moisset de Espanés de 1995 hasta la fecha.

Todo ello facilitó a que su desempeño siempre fue de marcada eficiencia, pues la larga y continua permanencia en sus funciones, lo hizo un verdadero experto en la Secretaría Técnica.

A Gastón no le «contaron» lo que era la Academia, sino que la vivió desde lo más íntimo de su seno, conociendo, tratando y colaborando con los más prestigiosos juristas de la Escuela Jurídica de Córdoba: piénsese por un momento además de los presidentes nombrados, entre tantos de los más antiguos, las figuras de Henoch Aguiar, Ángel H. Cabral, Alfredo Orgaz, Ricardo Núñez, Néstor Pizarro, Carlos A. Tagle, Sebastián Soler, Sofanor Novillo Corvalán, Enrique Martínez Paz, padre e hijo, Carlos R. Melo, José León Schwartz, Benjamín Cornejo, etcétera, etcétera.

En Gastón cobra vida toda esa rica historia institucional de la Academia, porque fue un testigo calificado de las vicisitudes y los logros de ella.

¿Y cuáles fueron y son las facetas más destacadas de su personalidad?

¿Cómo no destacar aquí la lealtad hacia los respectivos presidentes y hacia los académicos?

¿Cómo no destacar el recato y la prudencia de todo lo que pasaba por ante sus ojos y en sus tareas?

¿Cómo no reconocer la ponderación en sus juicios y valoraciones?

¿Cómo no destacar aquí el pleno conocimiento de antecedentes y precedentes en cada cuestión o aspecto de la vida académica?

¿Como no señalar aquí, en fin, como una síntesis y a manera de coronamiento de sus cualidades, el indiscutido y proverbial señorío que trasunta su distinguida personalidad?

Por todo ello y por mucho más, podemos sinceramente afirmar que fue un digno funcionario acorde con el prestigio de la Academia a la que sirvió.

Hoy le despedimos de sus funciones, pero no de su amistad, y le deseamos toda clase de bienes junto a su apreciada y entrañable familia que comparte con su querida esposa Fina, magnífica compañera de ruta, con sus hijos de la sangre y del afecto y con su amados nietos.

Elevemos nuestras copas para brindar por una Feliz Navidad, un mejor Año Nuevo, y de modo especial por nuestro querido amigo el Dr. Gastón Urrets Zavalía, sabiendo que este brindis es la expresión simbólica de nuestros sentimientos y nuestros deseos, plenos de un invariable y fraternal afecto que perdurará para siempre!!

*

Palabras del Dr. Gastón Urrrets Zavalía

Queridos amigos y amigas:

Ya ven que no empiezo mis palabras por la tradicional fórmula dirigiéndome a las autoridades presentes. Me dirijo a amigos y amigas porque así los considero después de tantos años de convivir en la Academia.

Además, yo no pensé en ningún momento en una despedida tan formal; y mucho menos en hacer uso de la palabra.

Sin embargo a veces las circunstancias resuelven por uno.

Son solamente un puñado de ideas que me he anotado para no olvidarlas.

En primer lugar quiero decir que este acto formal de despedida es fruto de la gentileza de la Mesa Directiva y a instancias de nuestro presidente el Dr. Luis Moisset de Espanés, cosa que agradezco vivamente.

Y en segundo lugar les confieso que es tal la cantidad de vivencias recogidas por mí a lo largo de casi 45 años que no podría de ninguna manera irme o desaparecer callando.

Ricardo Haro les ha relatado cómo se resolvió mi designación en el grado de secretario técnico administrativo allá por 1956. Sin embargo mi «nacimiento», por así decirlo, para la Academia, tiene una cierta connotación de privacidad, cuasi de misterio.

En aquellos momentos en que en la Academia, Jorge Núñez proponía se designara un secretario administrativo, el propio Núñez me sorprendió con su visita explicándome el tema y diciéndome que para la función de secretario administrativo se necesitaba -me acuerdo todavía las palabras exactas- se necesitaba, digo, «un abogado joven, con muchas ganas de trabajar, merecedor de la plena confianza y capaz del mayor sigilo».

Por eso dije, amigos, que para mí más importante que el frío texto de las actas es este hecho, este momento de mi incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Esas palabras de Jorge Núñez, que conservo grabadas a fuego y a las que debo para siempre mi compromiso, son motivo especial de orgullo y de deber de lealtad para con la Institución, sus miembros y sus autoridades.

Y acabo de aludir a las autoridades de la Academia

Les aseguro que me enternezco cuando recuerdo, cuando evoco a tantos personajes con los que he colaborado, tratando siempre de hacerlo con la mayor dedicación de que fui capaz. Quiero por eso aprovechar estas palabras para con ellas tributar mi más sentido homenaje a académicos ya fallecidos que ejercieron la presidencia durante mi paso por la Academia: los Dres. Félix Sarría, Pedro León, Alfredo Poviña...

Quiero hacer ahora dos menciones especiales que el momento que estoy viviendo me impone. Me refiero a los Dres. Pedro J. Frías y Luis Moisset de Espanés, aquí presentes. Y he dicho menciones «especiales» no sólo porque están presentes en este acto sino porque son para mí dos personalidades también «especiales». Su capacidad indiscutida, su hombría de bien, su creatividad, su profunda comprensión del para qué de la Academia tornan superabundante y escaso cualquier elogio que yo pudiera agregar en esta oportunidad.

Solamente quiero destacar, con respecto a Frías, la vieja y respetuosa amistad que ha unido y une a nuestras familias desde toda la vida. Y eso -que no es un mero detalle- me comprometió siempre y muy especialmente a su respecto.

Y en este mi público reconocimiento incluyo a todos los que han revistado y revisten el grado académico y que han integrado la Mesa Directiva en los diversos períodos.

Cómo serán de amplios mis recuerdos de la vida de la Institución que podría citarles casos y anécdotas de personajes cuasi históricos: Henocho D. Aguiar, Enrique Martínez Paz (padre e hijo), Guillermo Rothe, Mauricio Yadarola, Santiago Díaz, Carlos Tagle, Benjamín Cornejo... y más acá en el tiempo Francisco Quintana Ferreyra, Guillermo Becerra, Carlos Luque Colombres, Roberto Peña, Enrique Carlos Banchio... Y no quiero seguir para no fatigarles a ustedes.

Solamente quiero agregar una palabra de sentido recuerdo y agradecimiento, cómo no, a alguien que me dio en todo momento, en la vida íntima de la Academia, una grande y humilde lección de vida. Me refiero a Juan Carlos Maldonado (padre), que vino de la mano de Alfredo Poviña a desempeñarse en la función de ordenanza de la Institución como fiel y eficaz colaborador y amigo.

Queridos amigos: Esta vez en serio termino. Solamente me he tomado la libertad de dejarles como recuerdo mi pequeña reflexión en verso titulada «Al hombre de hoy».

En soledad de ciudadano bullicio
se oyen gritos de silencio henchidos:
Son voces muertas que en sus alaridos
transforman la belleza en desperdicio.

Gigantes son que tras el muro, escondidos,
con su mirada torva y flameante
vigilan el rastro zigzagueante
de la vida de los hombres, malheridos.
¡Oh vida de hoy! ¡Oh descarnada sociedad!
Tras fino rostro ocultas de tu ser

desprecio por la vida y ansia de poder;
impones la revancha; has matado la amistad...
Hombre siglo XX: ¿De qué te has olvidado?
¿Tu alegría de vivir dónde quedó?
¿No será que rechazaste a nuestro Dios
y de su amor y su Justicia has renegado?

RECENSIONES

LA MUNDIALIZACIÓN FINANCIERA

Génesis, costo y desafíos *,

de Francois CHESNAIS (Com.),

Buenos Aires, Losada, 1999, señalada

como 1ª ed., agosto 2001, 346 págs.

en 8 capítulos.

Traducción al castellano de la edición

francesa por Mabel Campagnoli y Lucía Vera.

1. Nuestros opúsculos sobre deuda externa y afectación del sistema económico por la priorización de lo financiero, que venimos formalizando desde hace muchos años, nos llevaban a anticipar los resultados nefastos de la falta de política económica de las últimas décadas, acelerada en la última.

La quiebra de los bancos era preanunciada por la actuación de las representaciones locales de bancos extranjeros, o de los mismos bancos locales en sociedades constituidas en el extranjero a través de lo que se denomina «*doing bussines indirecto*», absolutamente ilegal conforme las disposiciones regulatorias de la actividad financiera en nuestro país, que debería ser analizada por nuestros legisladores y tribunales.

Cuando descubrimos este libro revisando las estanterías de una conocida librería en Rosario, en diciembre de 2001, antes de la crisis política pero ya en la crisis económica que remarcaba la inviabilidad del «plan», en un rato libre de nuestras actividades en el Tribunal de Arbitraje Permanente de la Bolsa de Comercio de Rosario, leyendo algunas páginas

* Reproducimos esta reseña bibliográfica que pasa a tener contenido como artículo y comentario de los problemas de la crisis económica que vive nuestro país, otorgando claves para su comprensión y enfrentamiento.

advertimos que la enfermedad que aquejaba a nuestro país estaba descripta por la doctrina e inclusive se arriesgaban pronósticos y remedios.

Por ello nos pareció importantísimo apartarnos de nuestra línea de especialidad en el comentario de libros, para ojear, más que reseñar, esta obra, para interesar a los abogados, e incluso a los ciudadanos en general que están intentando asumir un rol en la incipiente democracia.

El mismo día que las «viejas» autoridades imponían el «corralito», el viernes 30 de noviembre de 2001 en horas de la tarde, sin conocer esas medidas y ante la muerte de George Harrison, en una conferencia en la Bolsa de Comercio de Córdoba señalaba que sentía que moría un período de pseudo libertad que había convivido con los Beatles, y se consolidaba un nuevo despotismo, al que nominamos ante el interrogante del auditorio como el «despotismo totalitarismo financiero».

Sin otro comentario, abordamos la recensión con la transcripción textual de muchos párrafos que, la mayoría de las veces, parecen como expresamente escritos en noviembre pasado para nuestro país.

Claro que esta «globalización» no es la única fuente de las penurias de nuestra Nación, sobre las que hemos abundado en otros trabajos, pero la lógica del libro en comentario ayuda a entender lo pasado y afrontar el futuro.

2. Se sostiene en *La mundialización financiera - Génesis, costo y desafíos*, a través de la Introducción para la edición argentina, y los capítulos 1° y último (8°) por el director, Francois Chesnais, profesor de París XIII, refiriéndose a la crisis de los Tigres de Malasia en el 1997: «*Son crisis que nos colocan en un tipo de situación potencialmente amenazadora para muchas otras economías, incluso la Argentina. En cada uno de los países involucrados, entre julio y setiembre de 1998, las crisis se desarrollaron de acuerdo con un guión casi idéntico. Comenzaron con una devaluación de la moneda local, que se había tornado inevitable a causa del déficit comercial cada vez más elevado, pero cuya gravedad se debe al hecho de que supone una ruptura de su anclaje con el dólar. Esa decisión, inevitable por la amplitud del déficit externo, provocó, como elemento de un solo y único proceso, la caída libre del tipo de cambio, la huida de los capitales a corto plazo y el derrumbe del muy débil mercado financiero. La prensa internacional informó principalmente sobre el crack*

bursátil que acompañó al derrumbe del tipo de cambio. Pero los verdaderos desafíos se ubican en el plano del derrumbe del sistema bancario, que lleva a una contracción brutal del crédito, seguida rápidamente por la contracción de la producción... Así se comienza, prácticamente de un día para otro, con la insolvencia de los bancos locales, con el agotamiento inmediato del crédito para las empresas y el inicio de quiebras bancarias en serie. El agotamiento del crédito es muy brutal porque los bancos internacionales pierden la cabeza. Suspenden el refinanciamiento de los bancos locales mediante el retiro de sus depósitos interbancarios y la ruptura de las líneas de crédito aprobadas hasta ese momento. Ahora bien, eran los bancos internacionales, y no los raquíuticos «bancos centrales» nacionales, quienes garantizaban antes la liquidez bancaria. Ni los bancos, ni las empresas locales, ni el gobierno en el caso de Indonesia, pudieron entonces continuar asegurando el servicio de su deuda privada o pública y todavía menos el reembolso de los préstamos a su vencimiento. Entonces el FMI, ante la catástrofe, debe intervenir simplemente para evitar que esos países se declaren insolventes. Pero no lo hace a la manera de un verdadero prestamista en última instancia (como lo hace la Reserva Federal del Gobierno de los Estados Unidos -la Fed-), que crea liquidez sin plantear, en ese momento, la menor pregunta o la menor condición. El FMI interviene acompañando su oferta de préstamo (que generalmente concreta con bastante o mucha lentitud) de condiciones draconianas, cuyos efectos son fuertemente «procíclicos» y no hacen más que agravar la recesión. ... La tercera causa fue el carácter principalmente privado y muy fragmentado de la deuda externa, lo que hizo muy difícil la negociación sobre la reprogramación de la deuda con los bancos internacionales, y facilitó incluso la quiebra deliberada de algunos deudores: la «moratoria salvaje de las deudas» utilizando una expresión del Business Week. ... El derrumbe simultáneo de los tipos de cambio en todos los países afectados y la contracción de los mercados en cada uno de ellos significó que el efecto clásico de reactivación que se espera de la devaluaciones no ocurriera, dejando su lugar a un proceso de deflación que ha tomado proporciones importantes... los otros países de la región más gravemente afectados hasta hoy tienen sistemas financieros hipertrofiados, pero una base industrial débil, dominada todavía por producciones tradicio-

nales con muy bajo costo salarial... Durante el año 1998 los apologistas de la mundialización neoliberal hicieron de todo para tratar de negar que la economía capitalista mundial liberalizada se encontraba (y se encuentra ahora más que nunca) enfrentada lisa y llanamente a una amenaza de crisis financiera y de recesión mundial... También en setiembre de 1998 se hizo todo lo posible para ocultar a los electores brasileños tanto la naturaleza de la crisis mundial como los vínculos entre la recesión impuesta por el gobierno de Cardoso y la política seguida anteriormente, de liberalización, desregulación y sumisión del Brasil a los imperativos de la mundialización financiera. No es necesario explicar al lector argentino los esfuerzos desplegados en su país en el mismo sentido... La extensión internacional de una situación de recesión profunda desde un polo hasta el resto del mundo, y la transformación progresiva de una crisis regional en crisis mundial, proceden de los tres grandes mecanismos de propagación internacional. Estos mecanismos son clásicos. Actuaron en condiciones diferentes y con una articulación distinta durante la crisis de los años 1930. Era inevitable que con la liberalización y la desregulación generalizada de las dos últimas décadas se reconstituyeran las condiciones para su reaparición y reactivación. El primer mecanismo se sitúa en el nivel de la caída de la producción y de los intercambios, y la caída del nivel de actividad industrial y comercial... El segundo mecanismo de contagio mundial pasa por las largas y complicadas cadenas de créditos y deudas bancarias, resultantes de préstamos otorgados por los bancos internacionales... La liberalización y la desregulación financiera, las incesantes innovaciones financieras y el crecimiento de la todopoderosa ideología del «mercado que siempre tiene razón» le han dado a la «economía del endeudamiento» un auge sin igual, al mismo tiempo que hacen prácticamente imposible el seguimiento y evaluación de las autoridades monetarias. ... El tercer mecanismo de propagación internacional es bursátil. Se refiere al contagio de una plaza financiera a otra, a los miedos de los inversores financieros relativos al valor real del capital ficticio que poseen en forma de activos financieros... La economía internacional que han construido los neoliberales es una economía ordenada hacia la transferencia de recursos de algunas clases o capas sociales, y de algunos países hacia otros» (pág. 15) «... Durante veinte años hemos

asistido en los países del Tercer Mundo a la reaparición de las peores calamidades: malnutrición, incluso hambre, enfermedades, muchas veces pandemias, y en los países de la OCDE al aumento de los desempleados, los precarizados, los sin techo, los sin derechos. Estas calamidades no son «naturales». Golpean a las poblaciones que han sido marginadas y excluidas del círculo de satisfacción de las necesidades elementales y, por lo tanto, de las bases de la civilización, por su incapacidad para transformar esas necesidades apremiantes en demanda solvente, en materia monetaria... Es producto directo del régimen de acumulación que nació de la desregulación y la liberalización. Supone la destrucción no sólo de millones de empleos, sino de sistemas sociales de producción enteros. Destrucción permitida por la sumisión del progreso técnico a las señales más acotadas de la ganancia, por la total libertad de movimiento otorgada al capital y por la puesta en competencia de formas de producción social que no tienen la misma finalidad: maximizar la ganancia, por un lado; asegurar las condiciones de la reproducción social de comunidades de campesinos, de pescadores o de artesanos por otro. Entre los apologistas de la «mundialización feliz» ha sido de buen tono celebrar la «victoria del consumidor sobre el productor», así como la «revancha de los prestamistas». Se ha simulado olvidar que los «productores», es decir los asalariados, son también consumidores, y que a fuerza de despedir a los obreros en los países capitalistas avanzados y de quitar, por la liberalización, sus medios de vida a los campesinos en los países del Tercer Mundo, el círculo de los consumidores se achica» (pág. 17). «El consumo de las capas rentistas, las que viven completa o parcialmente de ingresos financieros (intereses de las obligaciones o dividendos de las acciones) puede sostener la demanda y la actividad en los Estados Unidos y en algunos otros países que son fuente de flujos masivos de capitales de colocación. Pero en el plano de la macroeconomía del sistema mundial, ningún consumo rentista podrá jamás compensar los mercados destruidos por el desempleo masivo o la pauperización absoluta impuesta a comunidades que antes podían asegurar su reproducción y expresar una cierta demanda solvente... Las soluciones deben buscarse más allá de las finanzas, aun cuando la situación financiera exigirá ciertamente soluciones de defensa indispensables por parte de aquellos que no aceptan la subordi-

nación de los países a los intereses del capital rentista... Se trata de «la implementación de una economía internacional de valorización del capital bajo su forma financiera...».

Sigue luego Chesnais en su «Introducción general» (capítulo 1 del libro) afirmando que se sostiene *«en especial por personas que no pueden tener su opinión sino de segundo mano, que la mundialización financiera tendría un carácter «irreversible», que muchos de sus efectos serían «ineluctables», y que no habría ninguna otra alternativa más que adaptarse, tanto para lo mejor como para lo peor»* (pág. 41). *«Si el movimiento social preparara el terreno más clara y profundamente de lo que había comenzado ha hacerlo en Francia en diciembre de 1995, «lo impensable» podría ser también pensado en el ámbito económico -un cuestionamiento del carácter sacrosanto de la deuda pública, por ejemplo, cuya aceptación es la piedra angular del dominio de las finanzas- a igual título que en todas las otras esferas de la vida social»* (págs. 42-43). Hoy, en 2002, el FMI comienza a hablar de que habría que preparar en el ámbito internacional una suerte de ley de quiebras, para atender «lo impensable», y ello como resultado de la crisis argentina.

Suzanne de Brunhoff escribe el capítulo 2, «La inestabilidad monetaria internacional», del que rescatamos en la línea que estamos desarrollando, a pág. 62: *«Los mercados financieros impusieron una norma de rentabilidad financiera elevada, con variaciones locales que dependían de la influencia de los arbitrajes financieros privados... Este cambio de régimen financiero afectó en los estados capitalistas desarrollados a los deudores más vulnerables («crisis de la deuda» de los países periféricos en los años 1980), así como al empleo, a los salarios, a la protección social, al mismo tiempo que al endeudamiento público... Desde los años 1980 algunos economistas admiten como postulado la «incompatibilidad» de tres situaciones: un país «abierto» no puede tener al mismo tiempo un mercado libre de capitales, un tipo de cambio fijo y una política monetaria autónoma; sólo dos de estas situaciones son compatibles entre sí... en todos los casos se admite el no tocar la libertad de movimiento de los capitales, ni sus efectos sobre las normas de financiamiento interno; esto supone que se reduzcan los gastos públicos internos de los países, y que se compriman los costos salariales... El mantenimiento del papel del dólar en la cima de la pirámide de la moneda resulta espe-*

6 cialmente de la potencia financiera de los Estados Unidos, cuyos mercados financieros y grandes bancos multinacionales son los primeros del mundo. Sin embargo, las nuevas normas internacionales de las finanzas, inflación escasa y remuneración elevada del dinero, también se manifiesta en el país: fuerte aumento de la desigualdad de los ingresos, estancamiento o baja de los salarios reales, e inseguridad del empleo...». Plantea como solución que «En 1978, J. Tobin (pág. 70) recomendó una medida política que debía ser tomada simultáneamente por todos los estados... poniendo impuestos moderados a todas las operaciones de cambio a corto plazo, de modo de desalentar aquellas que tienen por único objetivo la obtención de ganancias de cambio... La propuesta de Tobin, aunque utópica, es sin embargo realista, en el sentido de que implica una modificación de la relación de fuerzas, hoy excesivamente favorable a los financistas de la nueva «internacional dorada»... y con el mito de los beneficios de una «globalización financiera» sin límites institucionales... Tan grandes son los desafíos de una reforma eventual del régimen cambiario que cambios «por arriba» son difícilmente concebibles sin movimientos «por abajo» de los asalariados perjudicados por las políticas monetarias actuales, o en ausencia de una grave crisis internacional...».

Robert Gutmann, profesor de la Universidad de Nueva York, en el capítulo 3, «Las mutaciones del capital financiero» señala que «... los desarrollos recientes relativos al dinero y la actividad bancaria... han llegado a dominar el contexto socioeconómico de nuestra existencia cotidiana. Estos desarrollos, que se manifiestan ya sea en las tasas de interés elevado, en los tipos de cambio imprevisibles, o incluso en el carácter volátil de los mercados, están en vías de someter a fuertes tensiones nuestro sistema económico. A menos que se les ponga un freno, amenazan con crear las condiciones de crisis agudas, crisis que los gobiernos tendrían dificultades en enfrentar». Y a pág. 86: «Una vez que los bancos comprenden que podrán contar con la ayuda del Estado en caso de quiebra, pueden verse tentados a llevar a cabo estrategias aún más riesgosas. Si estas estrategias funcionan bien, los rendimientos son elevados, pero si no ocurre así, las pérdidas pueden ser transferidas a otros. Este problema de riesgo moral demuestra por sí mismo los costos sociales potenciales de la desregulación de los bancos y de su salvataje cuan-

do extienden desmesuradamente su campo de actividad. Es más razonable mantener la estabilidad del sistema bancario, en primer lugar, con una regulación apropiada. Entonces, tarde o temprano los gobiernos deberán establecer un nuevo marco de regulación que pueda afrontar el desafío de la moneda electrónica y de las actividades bancarias transnacionales»; siguiendo a pág. 91: «Hace ya un siglo, Marx (1894) estableció una distinción entre dos tipos de capital financiero, a saber: los préstamos a mediano o largo plazo que rinden un interés, y lo que él llamó «capital ficticio». Según Marx, este último comprendía créditos intercambiables contra compromisos futuros financieros (títulos) cuyo valor se derivaba enteramente de la capitalización del ingreso esperando sin ninguna contrapartida directa en capital productivo. Marx identificó, como principales fuentes de capital ficticio... a los títulos de la deuda pública y al dinero crediticio propiamente dicho... hoy operamos exclusivamente con esta forma de la moneda... La dimensión del capital ficticio del dinero crediticio es reforzada por el hecho de que su creación está ligada muy frecuentemente a la adquisición por el banco central de los títulos de la deuda pública...» (pág. 92).

En el capítulo 4, «Desequilibrios mundiales e inestabilidad financiera: la responsabilidad de las políticas liberales. Algunas referencias keynesianas», el profesor en la Universidad de París XIII Dominique Plihon, explica a pág. 115 que *«La evolución reciente de los países industrializados está marcada por la inestabilidad financiera y por una desaceleración del crecimiento económico. Las crisis se suceden y se aceleran en los mercados cambiarios y en los mercados de capitales internacionales. Estas disfunciones deben ser vinculadas a... la «globalización financiera», es decir, la creación de un mercado planetario del capital financiero... (del que) derivó, de una manera fatal, hacia un régimen de finanzas especulativas, fuente de inestabilidad... (que) abordarán las consecuencias nefastas de las finanzas liberalizadas sobre la economía mundial, especialmente como consecuencia del alza duradera del nivel de las tasas de interés reales...». «... el nuevo orden financiero internacional (pág. 120) consagra el dominio del acreedor sobre el deudor... La desaceleración del crecimiento engendró importantes tensiones en los mercados de trabajo, trayendo un crecimiento irreversible del desempleo... El crecimiento económico (pág. 125) se volvió insuficiente para «reem-*

*bolsar» la carga de intereses de las deudas públicas; los déficits y las deudas públicas empezaron a crecer más rápido que el PIB... Existe un vínculo directo entre el crecimiento del poder de las finanzas globalizadas y liberalizadas, por un lado (pág. 127) y el aumento de los déficits públicos en los países industrializados desde principios de los años 1980, entre otros (les interesaba prestar, agregamos nosotros)... Los PED endeudados están en situación de cesación de pagos después del alza brutal de la tasa de interés y del dólar, alza que acrecienta fuertemente la carga de la deuda» (pág. 129), y a pág. 131 agrega: «Desde entonces (el autor se refiere a la década del '80), el que invierte (o toma en préstamo) busca el mejor rendimiento, pasando de un título a otro, o de una moneda a otra, o de un procedimiento de cobertura a otro: de la obligación en francos a la obligación en dólares, de la acción a la opción, de la opción al futuro... En resumen, estos mercados particulares (el financiero, de cambios, de opciones, de futuros...) se transformaron en subconjuntos de un mercado financiero global, convertido a su vez en mundial. El sistema financiero internacional se volvió un megamercado único del dinero... Pero al proceder a una liberalización total de las finanzas, las autoridades monetarias de los países industrializados abrieron una caja de Pandora, haciendo surgir las finanzas especulativas» (Plihon, 1996). Tal evolución no es sorprendente. Había sido prevista por Keynes, para quien «el riesgo del predominio de la especulación tiende a crecer a medida que progresa la organización de los mercados financieros» (capítulo 12 de *Teoría general del empleo, del interés y de la moneda*, 1936), «... la naturaleza misma (pág. 133) del sistema financiero internacional se ha transformado, estando éste ahora dominado por la especulación» (Bourguinat, 1995).*

Se conoce la definición clásica de la especulación hecha en 1939 por N. Kaldor: «Compra o venta de bienes con intención de reventa (o de re-compra) en una fecha posterior, cuando la acción está motivada por la esperanza de una modificación del precio vigente y no por una ventaja ligada al uso del bien, una transformación cualquiera o la transferencia de un mercado a otro». En otras palabras, la especulación corresponde al conjunto de operaciones que se inician para obtener ganancias de capital futuras y cuyo objeto no es el de contribuir, directa o indirectamente, al financiamiento de la producción y del comercio. Hoy en día, una gran parte de las transacciones financieras está

directamente impulsada por expectativas de plusvalía futuras en la cotización de los títulos. Pero decir que los mercados se han vuelto fundamentalmente especulativos equivale a señalar otros dos aspectos (Cartapanis, 1994). Por un lado, hoy predominan en estos mercados los actores que razonan a muy corto plazo. La miopía creciente de todas las categorías de operadores es señalada de manera unánime (Goldstein et al, 1993). *«Por otro, los operadores tienen tendencia a abstraerse de la realidad de lo fundamental en beneficio de la búsqueda de una opinión en cuanto a la tendencia del mercado. Esta desviación especulativa aparece pues los mercados se han vuelto más volátiles y los inversores carecen de puntos de referencia para anclar sus expectativas... El éxito de los títulos emitidos por los Tesoros Públicos de los países industrializados se explica fácilmente: son los créditos negociables menos riesgosos, ya que la firma del Estado es la mejor garantía posible, porque éstos no pueden quebrar... Es así como en la mayoría de los países el Tesoro designó operadores «especializados» en valores del Tesoro que, mediante ciertas ventajas, se obligaron a asegurar un mercado permanente (pág. 134) ... Finalmente (pág. 135), se crearon contratos a término de la deuda pública; ésta fue una medida esencial pues los productos derivados -de los que forman parte los contratos a términos, o futuros- son hoy el principal canal de la especulación financiera... el costo de esta política fue elevado en términos de crecimiento y de desempleo... y hemos asistido ineluctablemente a un aumento de la importancia del déficit y de la deuda pública... el déficit público es de un monto prácticamente igual de los intereses de la deuda pública (pág. 136) ... Estos comportamientos especulativos (pág. 140) constituyen desde entonces una verdadera «espada de Damocles» sobre la cabeza de las autoridades públicas francesas, que están entrampadas por el famoso «triángulo de incompatibilidad» según el cual no se pueden tener simultáneamente estabilidad de la moneda, movilidad de los capitales y autonomía de la política financiera. A partir del momento en que se acepta el principio de las finanzas liberalizadas, hay que garantizar la estabilidad monetaria y asegurar la libre circulación de los capitales internacionales; por lo tanto, ya no hay independencia de la política monetaria...».*

En el apartado nominado «Efectos devastadores de las tasas de interés reales elevadas» a pág. 145 se aporta que *«El alto nivel de las*

tasas de interés reales tiene algunos efectos importantes. Contribuye a acortar el horizonte de los agentes económicos ya que el precio del futuro, medido por la tasa de interés, aumenta. Así se explica el hecho de que se privilegie la rentabilidad a corto plazo en detrimento de proyectos de inversión a más largo plazo. Por otra parte, el nivel elevado de las tasas reales conlleva la supremacía del capital financiero por sobre el capital productivo (Guttman, 1994). En tal contexto, las empresas ya no se sienten incitadas a invertir y a desarrollarse, pues el costo del endeudamiento es superior al rendimiento esperado del capital productivo (efecto de palanca negativo). Las inversiones financieras, bajo la forma de compra de títulos, se vuelven más rentables. ... Es en este contexto donde se desarrolla el «capital ficticio», es decir, los activos financieros negociables cuyo valor depende del estado del mercado y que está disociado de las vicisitudes del riesgo industrial. Como estos activos son negociables en el mercado, son más líquidos que los créditos correspondientes al capital tomado en préstamo (los créditos de los bancos en las empresas). Estas propiedades alientan las tomas de posición especulativas cuyo objetivo es, como ya hemos visto, la obtención de plusvalías en operaciones que no tienen por objeto el financiamiento del capital productivo... los agentes económicos tienen la opción entre dos actitudes: «emprender», lo que consiste en prever el rendimiento descontado de las inversiones productivas; o «especular», lo que equivale a prever la «psicología del mercado»... Cuando la incertidumbre del futuro es grande, la economía empresarial retrocede en beneficio del espíritu de circulación» (pág. 146). En el Tratado sobre la reforma monetaria (1923), Keynes explica que los mercados financieros sólo contribuyen al buen funcionamiento de la empresa si existe una separación de funciones entre quien invierte y quien ahorra. La confusión entre estas dos funciones significa que el espíritu empresarial disminuye y, simétricamente, la especulación crece... Con el aumento de poder de los inversores institucionales internacionales, hoy se asiste precisamente a esa confusión en las funciones de ahorro y de inversión denunciada por Keynes... Estos fondos de inversión imponen sus criterios de gestión a las empresas en las cuales controlan el capital y la deuda: es el sistema del «corporate government» o «gestión corporativa de la empresa» (Albert et al, 1994) que consagra la supremacía de la lógica finan-

ciera en las empresas y los bancos... Con el fin de analizar el comportamiento de los bancos frente a la crisis (pág. 150), resulta útil distinguir tres categorías de créditos bancarios, según el destino de los mismos (Pollin, 1992). El primer tipo sirve para financiar el aumento del capital productivo (crédito productivo); el segundo financia la adquisición de activos patrimoniales (crédito especulativo); el tercer tipo de crédito permite financiar los gastos corrientes (crédito sustitutivo) ... La actividad especulativa de los bancos se orientó luego hacia los productos derivados, es decir hacia operaciones con instrumentos a plazo y condicionales. En 1993, el monto ficticio de estas operaciones para los AFB, registradas fuera de balance, era cinco veces superior al tamaño del balance... Es ésta una situación muy peligrosa cuando se sabe que los bancos norteamericanos e ingleses... quebraron especulando con productos derivados. ... A mediados de los años 1990 las políticas liberales ingresan en un callejón sin salida, por una doble razón. En primer lugar, la liberalización financiera se ha traducido en una «dictadura de los mercados» frente a la cual las autoridades nacionales se han vuelto impotentes. En segundo lugar, las políticas públicas se apoyan en esquemas de análisis inadecuados, lo que las conduce a errores de diagnóstico... Los agentes públicos y privados (pág. 153) endeudados están obligados a sanear su situación financiera, lo que los lleva a reducir sus gastos y a deprimir la actividad económica... Según la concepción dominante, son los propios déficits públicos los responsables del elevado nivel de las tasas de interés... y una caída de la producción. Entonces, la caída de las tasas de interés y el retorno a un crecimiento equilibrado requieren una política presupuestaria restrictiva, que no puede ejercer más que un impacto positivo sobre el crecimiento económico pues reduce la «evicción» de los gastos privados por los gastos públicos. Este enfoque, inspirado en el paradigma neoclásico, es el que inspira a su vez las recomendaciones de la OCDE y del FMI, y el que constituye la doctrina oficial de los principales países industrializados. Pero es una visión que parece estar fuertemente contradicha por los hechos... Basar las políticas económicas en semejante error de diagnóstico no puede más que conducir a desilusiones... el déficit público es menos la causa que la consecuencia del nivel elevado de las tasas de interés... La liberalización financiera dio un poder exorbitante a los mercados y redujo

considerablemente el papel de la política monetaria. Se trata entonces de restaurar la eficacia de la política monetaria frente a las finanzas internacionales (pág. 155)... los mercados provocan las crisis cambiarias al anticiparlas. Son los ataques especulativos los que motivan las modificaciones de la política económica... Keynes (pág. 157) ya había sugerido en 1936 que un impuesto sobre las transacciones financieras daría un peso creciente a los operadores «fundamentalistas» y reduciría la importancia de la especulación...».

«Si se considera que los mercados no pueden autorregularse, parece necesario implementar un control y una reglamentación prudenciales más restrictivos. Sin duda será necesario que se produzca una crisis financiera grave para que este enfoque de regulación pública de los mercados financieros se imponga verdaderamente... Los mercados dudan (pág. 159) -con justa razón- de que las políticas actuales puedan resolver los grandes problemas económicos inmediato, a saber: el desempleo y el déficit público. Pero lo que los mercados no ven es que ellos mismos son ampliamente responsables de la crisis actual. Pues ha sido bajo su presión (o bajo su «dictadura») que las autoridades monetarias fueron llevadas a aplicar políticas restrictivas que terminaron... en un elevado nivel de las tasas de interés reales, en la desaceleración del crecimiento y en el déficit público... ¿Qué principios deberían guiar a las políticas macroeconómicas -monetarias y presupuestarias- para salir del actual callejón sin salida? El objetivo prioritario de la política monetaria debe ser el de bajar las tasas de interés para llevarlas al nivel de la tasa de crecimiento del PIB... una baja coordinada (pág. 161) y creíble de las tasas de interés en la economía mundial sería mucho más eficaz para reducir el déficit público que las políticas actuales de aumento de los impuestos y de disminución de los gastos públicos de funcionamiento o de capital... Según la ortodoxia liberal actual, la acción presupuestaria debe estar totalmente subordinada al objetivo de reducción del déficit público, de manera de apaciguar el temor de los mercados.... Tal concepción es evidentemente ineficaz y peligrosa... Los propios teóricos liberales han evolucionado recientemente y admiten ahora el papel positivo que tiene el Estado... para el crecimiento de las inversiones en los ámbitos de la infraestructura, de la capacitación, de la investigación y del desarrollo (Guellec y Kile, 1995)... los principales países industrializados están (pág.

163), *a mediados de los años 1990, en un callejón sin salida: al liberalizar los sistemas financieros las autoridades públicas se pusieron a merced de los mercados. Estos últimos impusieron entonces políticas de ajuste que engendraron una desaceleración del crecimiento así como un aumento de los desequilibrios y de la inestabilidad económica y financiera. El círculo vicioso de la deuda pública, alimentado por el alza de las tasas de interés... es la mejor ilustración del fracaso de estas últimas. Sólo una política cooperativa de «re-reglamentación» financiera, acompañada de una distinción monetaria junto a una política presupuestaria rigurosa que rehabilite el papel motor del gasto público, podría sacar a la economía de los países industrializados de la actual situación de inestabilidad y de crecimiento lento....».*

Claude Serfati, profesor en la Universidad de Saint-Quentin, presenta el capítulo 5 sobre «El papel activo de los grupos predominantemente industriales en la financiarización de la economía» (pág. 165 y ss.) donde afirma: *«Hemos querido señalar el hecho de que uno de los resultados de la globalización financiera es que las fronteras entre las actividades financieras y las actividades industriales de los grupos se han vuelto cada vez menos estancas... la globalización financiera ha aumentado considerablemente las oportunidades de ganancias puramente financieras, acentuando la «financiarización» de los grupos industriales y, por lo tanto, de la economía mundial (pág. 205)... y se puede pensar que esta «lógica financiera» empuja a los grupos franceses a tomar su lugar al lado de los otros grupos multinacionales en los movimientos desestabilizadores contra la moneda... (por lo que) sería interesante saber, por ejemplo, qué empresas francesas especulan contra el franco al mismo tiempo que reclaman una ayuda del Estado... los gobiernos franceses llevan a cabo, desde hace cerca de quince años, una política económica cuyos resultados en términos de empleo y de cohesión social son dramáticamente perceptibles, sin por eso haber logrado, al menos, impedir la explosión de la deuda pública...»* (pág. 206).

El capítulo 6 sobre «El papel de los fondos de pensión y de inversión anglosajones, en el auge de las finanzas globalizadas» es afrontado por Richard Farnetti, profesor de la Universidad París III (pág. 207) señalando que *«El crecimiento de las poderosas instituciones del capital-dinero concentrado, como son los fondos de pensión y otros fondos*

de inversión anglosajones, está en el centro del proceso de globalización financiera internacional, que pesa de manera cada vez más determinante sobre la evolución económica mundial... como se ha mostrado en una obra de título muy sugerente, «Labor Capital», es con el dinero de los asalariados con los que el capital financiero ha logrado encontrar esta nueva fuerza, y ésta no es la menor de las paradojas (Ghilarducci, 1992)... La predilección por la forma titularizada favorece todas las formas de especulación... Cada vez más, los fondos de pensión y de inversión anglosajones se arriesgan especulando con divisas, materias primas e instrumentos financieros virtuales altamente sofisticados, como son los productos derivados, fuentes de inmensos beneficios o de pérdidas no menos importantes... hoy ya no existe patrón oro sino una inmensa pirámide de activos financieros, la mayoría de las veces totalmente ficticios (Swoboda, 1995, pág. 242)...«... los ingresos continuadamente crecientes que obtienen los fondos de pensión reflejan, en cuanto a los fondos, la ventaja que el capital ha sabido reconquistar sobre el trabajo» (Financial Times, 13-14 de enero de 1996, pág. XVIII, sección II). Esta iniciativa se expresa de manera creciente en la forma jurídico-administrativa del corporate governance. Consciente de los formidables peligros potenciales de reacción política y social que tal sistema engendra, la revista The Economist (que refleja bien las opiniones de la City y especialmente la de los inversores institucionales) se ha lanzado recientemente a una «defensa e ilustración de la especulación», en la cual se presenta al mercado financiero como un lugar donde la información circula libremente, de manera casi perfecta y sin costo... Al observar las recientes crisis bursátiles y financieras que han transformado a los mercados y casi dislocan al SME, puede dudarse de la benevolencia de ese «dictador» (sinónimo de inversores institucionales) ... El poder de estos fondos no tiene de parecido más que la misma voluntad consciente e implacable de imponer un nuevo totalitarismo sistémico, con la pretensión de ser irreversible, lo que un crítico ... asimila nada menos que a un universo estilo campo de concentración del tipo de los «gulags» soviéticos (Clairmont, 1996) La economía inglesa, más «avanzada» en este plano que su homóloga norteamericana, muestra ya todas las devastaciones ocasionadas por la gangrena rentística...».

«La financiarización excluyente: las lecciones que brindan las economías latinoamericanas» constituye el capítulo 7 a cargo de Pierre Salama, profesor de París XIII (pág. 237), donde afirma: «*La financiarización, vinculada a la liberalización de los mercados financieros, frena el crecimiento de la tasa de inversión, ya que una parte importante de la plusvalía se dirige hacia esos mercados tan lucrativos. La inversión está lejos de alcanzar el nivel que tenía en los años 1970... A falta de un aumento suficiente de la tasa de acumulación, algunas economías, entre las cuales está la Argentina, parecen orientarse hacia una reestructuración que privilegia un retorno a sus economías a la preeminencia del sector primario. Otras tratan de modificar la forma de sus inversiones importando las últimas técnicas... Es lo que ha ocurrido (pág. 275) en paneles enteros de la industria de los países de América Latina, siniestrados por la incapacidad de resistir la competencia externa (el ejemplo más claro es México), y es lo que explica la sustitución masiva de los bienes producidos localmente por los importados... conduce a reducir lo más posible los tiempos muertos en el tiempo total de trabajo, a intensificar el ritmo del trabajo gracias a la implementación de talleres flexibles, a calcular el tiempo de trabajo anualmente antes que por tarea disminuyendo así de facto el salario, a buscar una flexibilidad externa precarizando los empleos, con el riesgo de debilitar la lógica participativa de la organización flexible de la producción... pero he aquí también por qué el tratar de superar la restricción financiera por esta vía produce fracasos a corto plazo... le sigue con gran rapidez la adopción de la organización flexible, pero también su caricatura. Perdura una combinación de formas de explotación antiguas con formas modernas que son grotescas. Salvo que la tasa de inversión aumente fuertemente, el crecimiento de la productividad del trabajo se traduce en una pérdida de empleos en el sector industrial y en los servicios «modernos». La economía informal ubicada en la industria se enfrenta progresivamente con problemas análogos a los de la economía formal, en la medida en que sufre la valorización de la moneda y su falta de competitividad, a pesar los bajos salarios y de no pagar una serie de cargas. Le resulta cada vez más difícil crear empleos en cantidad suficiente. Se desarrolla entonces la economía informal de los servicios, pero en el segmento de estricta supervivencia. La exclusión, ya considerable, aumenta. La pobre-*

za, que ayer crecía al ritmo de la aceleración del alza de los precios, encuentra ahora otra fuente para su desarrollo: la insuficiencia en la creación de empleos» (P. Salama, 1996)».

El análisis doctrinario y crítico, con profusos gráficos y estadísticos, nos va permitiendo comprender científicamente los males que también sufre nuestra nación y que venimos describiendo desde hace años.

El cierre lo formaliza el director de la obra Francois Chesnais en el capítulo 8, «Mundialización financiera y vulnerabilidad sistémica», del que extraemos de pág. 327: *«La hipertrofia de la esfera financiera se integra a una nueva configuración histórica del capitalismo mundial, a la cual contribuye la situación de exorbitante privilegio que le acuerda a los «acreedores». Estos acreedores son propietarios de activos financieros que tienen invariablemente un componente de capital ficticio, que contribuyen a modelar de manera decisiva el movimiento del conjunto. Pues es principalmente en función de estos acreedores que se toman las medidas de reducción continua de los gastos sociales, de desregulación y privatización de los servicios públicos, y de marginación económica y social de una fracción creciente de los trabajadores y de los jóvenes todavía sin empleos, conminados en adelante a considerar la obtención o el mantenimiento de un empleo como un «privilegio». Sólo la amnesia histórica, junto a los llamados interesados a someterse a la condición «ineluctable» de los cambios y a resignarse frente a la «tiranía de los mercados», puede acreditar la idea de que un régimen marcado por una dinámica acumulativa de escasa acumulación industrial, de empleos cada vez más escasos y precarios, y de regresión social y política, pueda ser considerado como «irreversible» y revestido de alguna legitimidad histórica».*

3. Cuando escribimos estas líneas, el presidente Duhalde intenta justificar los subsidios estatales a los sectores empresarios, con la referencia a la «usura» a la que han estado sometidos desde hace muchos años.

En ocasión de trabajar en el proyecto de ley sobre «factura de crédito», colaborando específicamente con el Banco Central de la República Argentina y la Cámara de Diputados de la Nación, el objetivo era paliar el costo del crédito, lo que fue saboteado por las grandes empresas para favorecer su ingeniería financiera a través de los contratos de «sub provisión».

Luego, cuando distinguidos diputados del Congreso de la Nación tuvieron a bien consultarnos sobre las disputas en torno al proyecto de ley de tarjeta de créditos, sugerimos simplificar la normativa limitándose a poner un tope a las comisiones y a los intereses, bajo una norma que tipificara un delito de usura «objetivo», con sanciones económicas, fijando un porcentaje sobre el cual se materializara la infracción.

Se estimula el incumplimiento cuando se admite libertad de tasas financieras y se limita la tasa del interés «judicial».

En el libro que comentamos se clarifica la cuestión substancial: capitales ficticios y altas tasas de interés real derrumban la inversión productiva, generando pobreza y desempleo.

Efraín Hugo Richard **

** richardjuris@arnet.com.ar

QUADERNI FIORENTINI

Per la storia del pensiero

giuridico moderno, 29,

Dr. Paolo GROSSI,

Milán, Giuffrè Editore, 2000.

Una muy cuidada edición de 578 páginas nos ofrece el Centro de Estudios para la Historia del Pensamiento Jurídico Moderno, de la Universidad de Florencia.

Se trata del número vigésimo noveno de los ya clásicos *Cuadernos Florentinos - Para la historia del pensamiento jurídico moderno*, cuya dirección corresponde a nuestro académico correspondiente en Italia, el profesor Dr. Paolo Grossi.

Se integra este *Cuaderno* con un denso y valioso material de estudio, aportaciones académicas de distinguidos profesores de Italia, España y Alemania.

Inaugura este número vigésimo noveno con la «*Página Introduttiva*» -«Página Introdutoria»-, el Sr. director de los *Cuadernos Florentinos*, el profesor Paolo Grossi, que perfila su bella página con la expresión, entre paréntesis («Ancora sulle fonti del diritto») («Todavía sobre las fuentes del derecho»).

En esta «*Página*» adelanta el profesor Paolo Grossi la noticia de su alejamiento de la dirección de los *Cuadernos* y que a partir del número trigésimo será reemplazado por el profesor Pietro Costa, miembro del Consejo de Redacción de los *Cuadernos*.

El segundo aporte académico se titula «*Omaggio ad Alessandro Giuliani (configurando una idea «clásica» e una idea «moderna» di comunità)*»; escribe la profesora Alejandra Giuliani, en homenaje a su padre Alejandro Giuliani, configurando una idea «clásica» y una idea «moderna» de comunidad.

Tercer aporte académico es el del profesor italiano Stefano Mannoni, que escribe sobre «*La dottrina costituzionale di Sieyes*» -«La doctrina constitucional de Sieyes»-.

La profesora Daniela Tafani escribe el siguiente aporte académico, que intitula: «*Kant e il diritto di punire*» -«Kant y el derecho de punir»-.

A continuación, el profesor español Bartolomé Clavero escribe sobre «Constituyencia de derechos entre América y Europa».

El siguiente aporte académico corresponde a la profesora Elisabetta Grande, que se refiere a la «*Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense - Analisi di una circolazione incrociata di modelli*» -«Comparación dinámica y sistema jurídico estadounidense: análisis de una circulación cruzada de modelos»-.

Nuevamente el director, profesor Paolo Grossi, ingresa a este lúcido cónclave de aportes académicos. Se trata de la conferencia pronunciada por el autor en la Sala Conciliar del Municipio de Amalfi al recibir el Premio Internacional Duca de Amalfi. Lleva por título «*Oltre le mitologie giuridiche della Modernità*» -«Más allá de la mitología jurídica de la modernidad»-.

El profesor italiano Massimo La Torre aporta después un ensayo que nomina «*Un giurista nel crepuscolo di Weimar - Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller*» -«Un jurista en el crepúsculo de la 'Weimar': Política y derecho en la obra de Hermann Heller»-.

Prosigue este *Cuaderno* con el aporte académico del profesor español Ángel M. López y López, que titula su trabajo: «Conversando con difuntos: Luigi Caiani: Analogía». El profesor López y López dedica su trabajo como un homenaje al profesor director de los *Cuadernos*, Paolo Grossi, a quien nombra así: «*Dignitatis restitutori iuris civilis scientiae*» -«El restaurador de la dignidad de la ciencia del derecho civil»-.

Culmina el elenco de aportes académicos, en este *Cuaderno Florentino* vigésimo noveno, con el extenso trabajo del profesor germano Johannes Michael Scholz, titulado: «*Die Poesie Des Realen. Spaniens Jurisprudenz im Zeitalter des szientistischen Empirismus*» -«La poesía de lo real. Jurisprudencia española perteneciente a la época del empirismo científico»-.

El *Cuaderno*, como es habitual en su compaginación, trae en su parte final tres importantes secciones.

La primera lleva el nombre de «*Figure dell'esperienza*», donde se inscribe un trabajo académico del profesor italiano Franco Cipriani: «*La cauzione per le spese tra codice fascista e costituzione repubblicana*» -«La caución por los gastos en el código fascista y en la constitución republicana»-.

La segunda sección se denomina «*Lecture*» -«Recensiones»- y aparecen en ella tres comentarios de textos, en este orden:

1º. El profesor Maurizio Fioravanti, miembro del Consejo de Redacción de los *Cuadernos* se refiere al libro de los profesores Martín Kirsch y Pierangelo Schiera: *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland un anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*» (*Pensamientos y transformación del constitucionalismo en Alemania y en otros países europeos en la primera mitad del siglo 19*).

2º. La profesora Irene Stolzi comenta el libro de Salvatore Lupo, *Il Fascismo, la politica di un regime totalitario* (*El Fascismo, la política de un régimen totalitario*), que editó Donzelli, en Roma, en el año 2.000.

3º. El profesor Bernardo Sordi, miembro también del Consejo de Redacción de los *Cuadernos*, comenta el libro *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band 1914-1945* (*Historia del derecho público en Alemania. Tomo 3, 1914-1915*), München, Beck, 1999, del profesor germano Michael Stolleis.

Finalmente, la tercera sección, que se denomina «*A proposito di...*» («A propósito de...») agrupa cuatro trabajos monográficos en el siguiente orden:

El primero se denomina «Napoleonica», pertenece al profesor Paolo Cappellini a propósito del libro del profesor germano Mathias Glaser referido al código civil francés, llamado de Napoleón, de 1804.

El segundo trabajo monográfico es del profesor español Bartolomé Clavero. Se intitula «Código entre indígenas (A propósito de «La codificación del siglo XIX», de Carlos Ramos Núñez)».

El profesor Francesco D'Urso se refiere en el tercer trabajo monográfico a «*Persona Giuridica e responsabilita penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*» - «Persona jurídica y responsabilidad penal. Notas histórico-jurídicas a propósito de recientes reformas».

Nuevamente la pluma fértil del profesor director de los *Cuadernos*, Paolo Grossi, aborda un tema de indubitable actualidad: «*Globalizzazione e pluralismo giuridico*» -«Globalización y pluralismo jurídico»-, a propósito del libro de la socióloga del derecho, profesora María Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione - Diritto e diritti nella società trans-nazionale* (*Las instituciones de la globalización - Derecho y derechos en la sociedad transnacional*).

Y culmina este *Cuaderno* vigésimo noveno con el trabajo del profesor germano Michael Stolleis: «*Sten Gagner (1921-2000), ein Grosser lehrer der europaichen rechtsgeschichte*» - «Steg Gagner (1921-2000), Un gran maestro de la historia del derecho».

Dr. Humberto Vázquez
Académico de número

MEMORIA DE LOS INSTITUTOS

MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

Tengo el agrado de dirigirme al señor académico presidente y, por su intermedio, a los demás miembros, a fin de puntualizar las actividades que se realizaron en esta sede durante el presente año por el Instituto que dirijo.

Estas pueden ser divididas en dos grandes grupos, los cuales son:

a) El dictado regular de clases sobre derecho comparado; b) La presentación oral y escrita de los trabajos de investigación asumidos por los integrantes de este Instituto.

En lo que concierne al primer punto, se efectuaron reuniones regulares el primer y tercer miércoles de cada mes en esta institución, desde las dieciocho horas y treinta minutos, con una duración aproximada de una hora y media.

En todos y en cada uno de estos encuentros fueron tratados diversos temas referidos al derecho comparado, entre los que podemos mencionar, por la atención que merecieron: 1) una primera aproximación sobre el carácter epistemológico (o no) del derecho comparado; 2) las diferencias que existen entre las voces «derecho comparado» y «legislación comparada»; 3) las diversas funciones que cumple el derecho comparado, y la importancia del necesario conocimiento que deben tener los agentes jurídicos de un determinado *país para la elaboración legislativa, las resoluciones jurisdiccionales y las propuestas de ley* ferenda por parte de la doctrina; 4) el método, las fuentes y los cuidados que se deben tener en cuenta a la hora de afrontar una investigación de derecho comparado; 5) el estudio de las diversas «familias» jurídicas que encontramos hoy en día en el mundo, y que se hace indispensable cono-

cer, tales como la familia de derecho europeo - continental (o *civil law*), la familia del *common law*, la familia de derecho socialista, la familia del *roman-dutch law*, y aquellas otras que hacen reposar la estructura jurídica de sus sistemas en basamentos de índole confesional; 6) asimismo, fueron tratados temas específicos de alguna rama del derecho, la que fue abordada a través del método comparatista, procurando descubrir las características de la figura en cuestión, conforme los lineamientos típicos del sistema en los que se encontrare inserta.

Cabe señalar que los integrantes del Instituto que han asistido regularmente fueron: Angélica Limachi, Christian Guillermo Sommer, Guillermo Federico Campbell Gargiulo

Quienes lo han hecho en forma intermitente, registrando un presentismo superior a las cinco reuniones, fueron: Soraya Boyero, Evelyn Gomes, Gabriela Hourquebie

Y quienes han registrado una asistencia menor a las cinco reuniones, fueron: Alejandra Garay, Víctor Rico.

En lo que se refiere al segundo punto, o sea, los trabajos que cada uno de los integrantes se comprometió a entregar y presentar en forma oral, contamos hasta la fecha de hoy, con una presentación oral que versó sobre «La quiebra en la sociedad accidental», a cargo de Evelyn Gomes y de un colega coautor; y con una presentación escrita, monografía de carácter inédito, que trató sobre «El derecho de autor y los copyrights», cuya autoría corresponde a Christian Guillermo Sommer.

Respecto del resto de las monografías escritas y sus correspondientes presentaciones orales, los integrantes se han comprometido a finalizarlos y someterlos a examen y discusión del conjunto del Instituto en las primeras reuniones a realizarse el año próximo.

Agradeciendo la atención que se dispense a este Informe, saludo al señor presidente con mi mayor consideración, y por su intermedio a los distinguidos miembros de la Academia.

Luis Moisset de Espanés
Director

MEMORIA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE SANTA FE

I. Este Instituto fue creado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en la reunión realizada el 24 de octubre de 2000, eligiéndose la provincia de Santa Fe como sede en atención a «la calidad de su medio y de los juristas con que cuenta» (fundamentos expresados en el acto de creación del Instituto).

II. El 6 de diciembre de 2000 tuvo lugar la reunión constitutiva, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, bajo la presidencia del Dr. Olsen Ghirardi, vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, quien estuvo acompañado por el secretario del organismo, Dr. Ricardo Haro, y contó con la presencia de los siguientes académicos correspondientes en la provincia de Santa Fe, a saber: Dres. Roberto H. Brebbia, Luis O. Andorno, Juan J. Casiello, Ariel Alvarez Gardiol, Miguel Araya, Hernán Racciatti, María Josefa Méndez Costa, Miguel A. Ciuro Caldani, Néstor P. Sagüés y Mario Antonio Zinny. En la oportunidad se recepcionó el reglamento dictado por la Academia para el funcionamiento del Instituto creado y se informó que el Dr. Roberto H. Brebbia había sido designado como director del Instituto, el Dr. Luis O. Andorno, subdirector y el Dr. Juan José Casiello como secretario.

En la ocasión se celebró la primera reunión de los miembros que componen el Instituto, en su calidad de académicos correspondientes, y luego de un intercambio de opiniones se acordó proponer a la Academia la siguiente y primera nómina de miembros titulares del Instituto, a saber: Angel B. Chavarri, Noemí Nicolau, Oscar Borgonovo, Roberto Natale; Francisco M. Ferrer, Benjamín P. Piñón, Juan M. Farina, Juan M. Dobson; Lorenzo A. Gardella, Jorge W. Peyrano, Daniel A. Erbetta, Guillermo J. Fierro, Iván Cullen y Mario Saccone.

Se decidió también, como último punto del orden del día, someter a la consideración de la mesa directiva de la Academia el siguiente tema de estudio para desarrollar por el Instituto durante el 2001: «Conveniencia de implantar un recurso de casación en el orden nacional en materia de derecho privado».

III. El 10 de abril de 2001 a las 19.30 hs., en la Casa del Foro, se realizó la primera reunión anual del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales - Santa Fe, oportunidad en la cual se abordó el siguiente temario: a) fecha de la reunión en que se recibirían a los miembros titulares del Instituto; b) planificación de las actividades a desarrollarse durante el año; c) informe de las donaciones recibidas y de los demás recursos económicos del Instituto. Se resolvió fijar el día 30 de abril como fecha de incorporación de los miembros titulares; y, con la venia de la Academia, se dispuso realizar un ciclo de conferencias orientadas a reflexionar e investigar sobre «La conveniencia de la creación de un recurso de casación civil a nivel nacional». Se acordó, además, que todos sus integrantes aportarían anualmente una cuota de \$ 240 (pesos doscientos cuarenta) a fin de sufragar los gastos generados para realizar las actividades programadas.

IV. El 30 de abril de 2001, a las 19.30 hs., en el Salón Auditorio del Colegio de Abogados de Rosario, se realizó la primera reunión pública, en la cual se informó a la comunidad jurídica santafesina que la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, había decidido crear para la Provincia de Santa Fe, con sede en la ciudad de Rosario, el Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales - Santa Fe, con el propósito «de reforzar y apoyar la actividad que en el mismo campo de investigación de las ciencias jurídicas desarrollan los miembros correspondientes de la Academia radicados en la Provincia de Santa Fe».

Esta reunión fue presidida por el director del Instituto, Prof. emérito Dr. Roberto H. Brebbia, participando todos los académicos correspondientes de la provincia de Santa Fe. En calidad de invitados especiales asistieron el presidente del Colegio de Abogados de Rosario -entidad auspiciante del evento- Dr. Gustavo Lo Celso, quien además representó al presidente de la Federación Argentina de Colegios de Abogados; la fiscal de Estado, Dra. Imgrad Lepenier; el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, Dr. Rafael Gutiérrez; y los ministros Dres. Raúl Álvarez, Rodolfo Vigo y Roberto Falistocco; el procurador general, Dr. Jorge Antonio Bof; el presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Dr. Hugo del Pozo; el presidente de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Dr. José María Serralunga; el presidente de la Cámara de Apelación en lo Penal, Dr. Humberto Giménez; la presidenta de la Cámara de Apelación de Circuito, Dra. Manuela Villalba de Veiga; la presidenta de la Cámara de Apelación en lo laboral,

Dra. Marta Rucci; la vicepresidente del Colegio de Magistrados de la Prov. de Santa Fe, Dra. María del Carmen Alvarez de López; el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Dr. Ernesto Granados, y la decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Dra. Beatriz Fernández de Abrach.

El acto concluyó con la disertación de la profesora Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el aludido tema de estudio, dándose de tal forma inicio al ciclo de conferencias acordado en la primera reunión anual del Instituto.

V. El ciclo de conferencias prosiguió el 14 de mayo a las 19.30 hs., con la disertación del académico correspondiente Prof. Dr. Néstor P. Sagüés, realizada en el Salón Auditorio del Colegio de Abogados de Rosario. Esta reunión fue presidida por el director del Instituto, Prof. emérito Dr. Roberto H. Brebbia, asistiendo en calidad de invitados de honor, el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen Ghirardi, y el ex presidente, y ahora presidente honorario de la Academia, profesor Luis Moisset de Espanés. En dicha oportunidad se hizo entrega de los diplomas y las insignias correspondientes a los nuevos miembros titulares del Instituto, Alfredo Alberto Althaus, Omar Barbero, Oscar Borgonovo, Angel Chavarri, Iván Cullen, Daniel Aníbal Erbetta; Juan M. Farina, Francisco Alberto Ferrer; Guillermo Fierro, Lorenzo Antonio Gardella, Roberto Miguel Natale; Noemí L. Nicolau, Jorge Walter Peyrano, Benjamín Pablo Piñón, Mario Augusto Saccone y Edgardo Saux.

VI. El 22 de junio se realizó una reunión plenaria de los académicos y miembros titulares del Instituto, presidida por el director, Prof. emérito Dr. Roberto H. Brebbia, a fin de acordar la sede definitiva del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales - Santa Fe. Atento al ofrecimiento recibido de parte de la Universidad Nacional de Rosario, se decidió por unanimidad fijar la sede del Instituto en las oficinas del Rectorado de la mencionada Universidad, sita en calle Córdoba 1814, de la ciudad de Rosario.

VII. El 2 de julio a las 19.30 hs., continuó el ciclo de conferencias con la disertación del Prof. Dr. Jorge Walter Peyrano, realizada en la Salón Auditorio del Colegio de Abogados de Rosario, quien abordó den-

tro del eje temático convenido, la cuestión de la «Casación en la provincia de Santa Fe». Posteriormente, se prosiguió con el ciclo el 16 de agosto a las 19.30 hs., oportunidad en la cual se llevó a cabo un panel en el Salón Alberdi del Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe, el cual estuvo a cargo de los Dres. Rodolfo Vigo y Alberto Maurino. La última conferencia relativa al tema de estudio, se llevó a cabo el 22 de agosto a las 19.30 hs. en el Salón Auditorio del Colegio de Abogados de Rosario, con la disertación pronunciada por el académico correspondiente Prof. Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani sobre el tema «Aspectos filosóficos y iusprivatistas internacionales relativos a la conveniencia de la creación de un recurso de casación civil».

VIII. Al margen del mencionado ciclo de conferencias, el 29 de noviembre se organizó una reunión abierta de la cual participaron diversos medios de comunicación de la provincia de Santa Fe, oportunidad en la cual disertó el Prof. Dr. Iván Cullen sobre los «Aspectos constitucionales de la regulación nacional de la radiodifusión y su impacto en las provincias». El evento que contó con el auspicio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario dependiente de la Pontificia Universidad Católica Argentina, se desarrolló en la sede de esta casa de estudios

Dr. Roberto H. Brebbia
Director

*

MEMORIA DEL INSTITUTO DE EDUCACIÓN

I. Como consta en los informes de los años 1994/2000, el Instituto inició un programa de perfeccionamiento de investigadores en la enseñanza del derecho, como proyección de sus actividades en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. En la continuidad de dicho programa, el director del Instituto planificó y dirigió el presente año diez seminarios integrados en este programa.

Objetivos del Programa

- Satisfacer las necesidades de perfeccionamiento docente.
- Identificar nuevos problemas y exigencias epistemológicas propias de la producción del conocimiento jurídico y su enseñanza.
- Ofrecer elementos para la reflexión crítica y la creación e innovación en orden a la enseñanza del derecho, en sus aspectos teóricos y prácticos.
- Ofrecer un espacio para la reflexión y análisis de problemas claves vinculados a la enseñanza, para la transformación del derecho y su práctica.

Objetivos de los seminarios

- Trabajar en aquellas cuestiones fundamentales y actuales que hacen al desarrollo de las disciplinas incluidas en el Programa y en los temas estratégicos que hacen a su enseñanza.
- Proponer las innovaciones pedagógicas necesarias a partir del planteo de la identidad de las disciplinas, para que las transformaciones descendan al aula en provecho de la formación de los alumnos.
- Formación de recursos humanos para la docencia.

En estos seminarios fueron coordinadores y disertantes los siguientes profesores, según el calendario que se detalla:

Seminario 1: Derecho Penal, 21 y 28 de marzo, 4 de abril.

Coordinadores: Prof. Carlos Lascano y Luis Bonetto (miembros del Instituto).

Disertantes: Prof. Carlos Lascano, Luis Bonetto, Hilda Marchiori, Fabián Balcarce, María de las Mercedes Suárez, Daniel Cesano, Daniel P. Carrera (miembro de número).

Seminario 2: Derecho Procesal Penal, 18 y 25 de abril, 2 de mayo.

Coordinador: Prof. Carlos Francisco Ferrer.

Disertantes: Prof. Marcelo Nicolás Jaime, Eugenio Pérez Moreno, Maximiliano Hairabedián, Susana Frascaroli, Dr. Jorge Raúl Montero (h.).

Seminario 3: Derecho Comercial, 9, 16, 23 de mayo.

Coordinador: Dr. Efraín Hugo Richard (miembro de número).

Disertantes: Prof. Francisco Junyent Bas, María Cristina Mercado de Salas, Dr. Efraín Hugo Richard.

Seminario 4: Derecho Internacional Privado, 30 de mayo, 6 y 13 de junio.

Coordinadora: Dra. Amalia Uriondo de Martinoli (miembro del Instituto).

Disertantes: Dra. Amalia Uriondo de Martinoli, Luis Cruz Pereyra, Nidia M. Mondino de Reinaldi, Matilde Volpe, Myriam Lucero de Godoy, María Andrea Ferreyra, Gloria Bottiglieri, María Cecilia Azar.

Seminario 5: Derecho Público, 20, 27 de junio y 4 de julio.

Coordinadores: Dr. Guillermo Barrera Buteler (miembro del Instituto) y Prof. Norma Bonifacino.

Disertantes: Ricardo Vergara, Norma Bonifacino y Dr. Jorge Horacio Gentile.

Seminario 6: Historia del Derecho, 25 de julio, 1 y 8 de agosto.

Coordinadores: Dres. Ramón P. Yanzi Ferreira (miembro de número) y Marcela Aspell.

Disertantes: Marcela Aspell, Ramón P. Yanzi Ferreira, Javier Héctor Giletta, Haydeé Beatriz Berhart Claude, Jacqueline Vasallo, Luis M. Zarazaga, Carlos Octavio Baquero Lascano.

Seminario 7: Derecho Internacional Público, 15, 22, 29 de agosto.

Coordinadora: Dra. Zlata Drnas de Clément (miembro de número).

Disertantes: Prof. Susana Sartori, Alejandro Castilla, Fanny Peralta.

Seminario 8: Economía Política, 5, 12, 19 de septiembre.

Coordinador: Dr. Sergio Guestrin (miembro del Instituto).

Disertantes: Sergio Guestrin, prof. Alejandro Gómez del Río, Emma Elena Mini, Rubens Antonio Gionco, Gladys Gauna Donalisio.

Seminario 9: Derecho Civil, 26 de septiembre, 3 y 10 de octubre.

Coordinador: Dr. Manuel Cornet (miembro del Instituto).

Disertantes: Dr. Manuel Cornet, Prof. Gabriel B. Ventura y Gustavo Bono.

Seminario 10: Derecho Procesal Civil, 17, 24 y 31 de octubre.

Coordinador: Dr. Jorge Zinny.

Disertantes: Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo, prof. Cristina González de la Vega de Opl, María Cristina Di Pietro.

II. Disertación académica

- He disertado en la Sesión de la Academia del 20 de noviembre sobre el tema «Legitimación de la acción educativa». El objetivo de esta presentación fue considerar dos aspectos fundamentales de la acción educativa: su proceso de deslegitimación y la búsqueda de nuevos caminos de legitimación. Con respecto a la deslegitimación propuse, para el análisis, los procesos de desinstitucionalización, de deconstrucción, de desidentificación y de globalización, considerando en cada caso, las distintas cuestiones que plantean estos procesos. En lo que se refiere a los caminos en la búsqueda de legitimación de la acción educativa, he seleccionado los cinco siguientes: los de la legitimación científica, antropológica, social, cultural y ética. En cada uno de ellos presenté las principales claves que estimo sirven para fundamentar, interpretar y transformar las acciones educativas comprometidas en el comportamiento humano, en sus diversas dimensiones, teniendo en cuenta su importancia en la formación del docente y del alumno, sobre todo en momentos de crisis del poder, de la educación y en el marco de las grandes transformaciones sociales.

- He participado como coordinador y expositor en el Programa «Celebración del Pensamiento» de la Agencia Córdoba Cultura, Edición 2001, en el Acto Homenaje a quien fuera miembro y presidente de esta Academia, Dr. Enrique Martínez Paz. Participaron en el panel tres miembros de esta Academia, los Dres. Daniel Pablo Carrera, Olsen Ghirardi (presidente) y Juan Carlos Palmero que abordaron distintos aspectos de su personalidad (23 de agosto).

III. Publicaciones

a. La Academia Nacional de la Historia ha publicado el trabajo de mi autoría «La Enseñanza Primaria, Secundaria y Universitaria (1862-

1914)» en la obra *Nueva historia de la Nación Argentina*, vol. VI: *La configuración de la República Independiente (1810-1914)*.

b. En la revista «Pensamiento Penal y Criminológico» Año II, Nº 2, el trabajo «El modelo jurídico multidimensional».

Dr. Fernando Martínez Paz
Director

*

MEMORIA DEL INSTITUTO DE FEDERALISMO

1. Cuaderno de Federalismo Nº 14: 400 ejemplares del Cuaderno y 200 separatas de Memoria Federal 2000, distribuidas.

2. Seminario «Nuevos desafíos del federalismo», organizado por el Instituto juntamente con Asociación Conciencia y el Gobierno de Canadá (4/5).

3. Jornada de Reflexión en la Academia (14/5).

4. Acto público de entrega de premios del Instituto (12/6).

5. Dictamen sobre el concurso de monogramas sobre municipio con 10 trabajos presentados de calidad y seis menciones otorgadas y comunicadas.

6. Presentación en acto público el 25/7 del libro «Avellaneda» del Dr. Carlos Páez de la Torre. Abrió el acto el director del Instituto de Federalismo, presentó el libro el historiador Prudencio Bustos Argañarás y habló finalmente el autor. El acto fue organizado juntamente con el CARI Córdoba.

7. Declaración del director del Instituto en numerosos medios sobre políticas federales para contrarrestar la campaña que se insinúa de supresión de las provincias.

8. Dictamen del jurado integrado por los Dres. Frías, Clément y Rey Caro en el concurso convocado por el Instituto de Federalismo y las filiales Córdoba del CARI y del Instituto Argentino Chileno de Cultura sobre justicia penal internacional y organización comparada regional de Argentina y Chile. Con diez monografías presentadas, se otorgó el premio y dos menciones, destacándose la calidad de los trabajos.

9. Jornada de Reflexión conjunta con el Instituto de Federalismo de la Universidad Católica de Salta, sede Buenos Aires (7/8).

10. Preparación del Cuaderno de Federalismo XV.

Pedro J. Frías
Director

*

MEMORIA DEL INSTITUTO DE LA EMPRESA

El Instituto de la Empresa trató de cumplir con su labor de extensión de la Academia dentro de los campos de su especialidad, bajo la continuada dirección de Efraín Hugo Richard. Ello se formalizó a través de presencia institucional en congresos, cursos, apoyo a doctorandos, investigadores, publicaciones, etc..

Un reconocimiento a esa labor fue el libro *Derechos patrimoniales* (2 tomos Ad-Hoc), con la colaboración de 80 juristas argentinos y extranjeros, presentándose en Buenos Aires el Día del Abogado, 29 de agosto de 2001, donde fue dedicado por Julio César Otaegui, y en Córdoba el 3 de septiembre dedicado por el decano de la Facultad de Derecho y miembro de la Academia, Pedro Ramón Yanzi Ferreira y Francisco Junyent Bas, Premio Academia.

En ese reconocimiento institucional el 30 de agosto de 2001 se otorgó al director del Instituto del título de Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Salta, en el seno del 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, con la disertación «Derecho y economía: el desafío del siglo XXI», con presencia del presidente honorario Pedro J. Frías, que también recibió un reconocimiento.

Congresos, jornadas y cursos mayores

La labor principal fue el auspicio académico y organizativo al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa en Rosario en el 2001, con la Universidad Nacional del Rosario, con la publi-

cación de 5 tomos. Este Instituto integra la Comisión Permanente para la realización de estos congresos, con tres comunicaciones: 1º) Tipicidad y la reforma. La sociedad simple y los contratos asociativos; 2º) Tipicidad y atipicidad societaria por exorbitación funcional de A.C. y U.T.E.; 3º) Responsabilidad de administradores (y controlantes) societarios en los concursos y quiebras, e integrando la Mesa Redonda en el cierre Rafael García Villaverde, Ricardo Nissen y Cristiá, sobre «Conflictos societarios».

Se realizaron diversas actividades para esa organización, tales como las Jornadas Preparatorias del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, organizadas por la Universidad Nacional del Litoral, 27 de abril de 2001, las Jornadas Preparatorias en Rosario, Colegio de Abogados de Rosario juntamente con el Instituto de Derecho Societario y Comercial, en Rosario 20 de abril de 2001, intervención sobre «El derecho societario», 20 de abril de 2001, las Jornadas Preparatorias el 6 de abril de 2001 en Tucumán organizadas por la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán y Colegio de Escribanos de Tucumán: «Sociedad de Responsabilidad Limitada». El apoyo e intervención en el Seminario taller sobre redacción de ponencias como Jornada Preparatoria del VIII Congreso, organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 10, 17 y 24 de abril de 2001 de 18 a 20 hs..

Se organizaron las «Primeras Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República» los días 22 y 23 de noviembre, haciendo uso en el acto de apertura dedicando el homenaje al profesor Fidel Carlos Rodríguez. Integramos la dirección académica junto con los profesores José María Rodríguez Pardina, Francisco Junyent Bas y Horacio Roitman. También en dichas jornadas se dirigió un taller interdisciplinario.

La trágica desaparición de uno de los miembros del Instituto, el profesor Fidel Carlos Rodríguez ameritó diversas Jornadas de Homenaje como la que se deja de resalto, y también en la Jornada de Derecho Societario y Concursal organizada por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba el 15 de noviembre de 2001 en la Cámara Federal, disertándose sobre el tema «Insolvencia societaria: ¿qué pueden hacer los acreedores?», en la que se nos designó por la Facultad, por Resolución 1352 para hacer uso de la palabra y representarla expresando el homenaje.

Se dictó un curso cooperativo con Universidades originariamente la U.B.A., la Universidad San Pablo de Madrid y la Universidad Notarial Argentina y este Instituto de la Empresa, formalizado como I Seminario Hispanoargentino de Derecho de la Empresa dirigido por Emilio Beltrán Sánchez de esa Universidad de San Pablo, Raúl Etcheverry por la Universidad de Buenos Aires, y el director del Instituto de la Empresa de la Academia, con participación de un importante profesorado español, y la intervención de nuestro miembro José Ignacio Romero, Madrid 16 al 26 de julio de 2001. Se reeditará bajo nuestro auspicio en abril de 2002, con la UBA.

Organización del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil en Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre, poniendo a cargo de la Dirección del Instituto la conferencia de apertura y la presidencia de la sesión del 20 de septiembre de 2001, realizada en Castellón en la Universidad Jaume I, juntamente con Marcos Sacristán Represa.

Jornada de Profundización «Conflictos societarios» en la Academia el 11 de mayo de 2001 de 14,30 hs. a 21 hs.. Dirección conjunta con Ricardo Augusto Nissen y motivador de la Jornada junto con Francisco Junyent Bas.

Dirección, junto con Félix Reinaldi, del Primer Seminario de Informática y Derecho, organizado en el seno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por el Centro de Estudiantes, 10, 11 y 12 de octubre de 2001, Aula Magna de Ingeniería, asumiendo las disertaciones de apertura y clausura.

Tutelas

Se ejerció la subdirección de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, editada en Buenos Aires, y el referato de diversas revistas jurídicas, entre ellas las editadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad del Litoral, Rosario y Doctrina Societaria de Errepar.

Se integró el Consejo de Ciencias Sociales en la Agencia Córdoba Ciencia, evaluación de calidad de proyectos de investigación y solicitudes de beca.

Se coordinan vinculaciones académicas con la Universidad Pompeu Fabra, y con la Universidad Católica de la Santísima Concepción de Chile, Facultad de Derecho.

Publicaciones

Se colaboró activamente con la formación de la página web o informativo electrónico de la Academia, introduciendo diversos trabajos de actualidad, particularmente sobre registración de cheque de pago diferido, responsabilidad de administradores y controlantes de sociedades por la insolvencia de la persona jurídica, y temas vinculados a la emergencia económica y la seguridad jurídica.

Hemos formalizado las siguientes publicaciones, derivadas de investigaciones practicadas en el Instituto de la Empresa: *Ineficiencia de la ley concursal* en Revista Derecho y Empresa, N° 10 diciembre 2000, págs. 176 y ss., con referato, y abstract en castellano e inglés; *Banca de hecho. Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia «Romeo, Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario», pág. 29, Revista de las Sociedades y Concursos N° 7, noviembre 2000, con referato, Buenos Aires, febrero de 2001; *Persona Jurídica y Empresa*, en libro *Derecho Privado*, Homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 341; *Los contratos asociativos y la proyección de las Pyme en Derecho privado económico del Mercosur*, a pág. 15, Buenos Aires 2000, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, coordinadores: Celia Weingarten y Carlos Alberto Gheresi; *Garantía por contingencias en el patrimonio social otorgada por el accionista que transfiere su participación. Transferibilidad de esa garantía*, en RDCO abril junio 2001 N° 194, pág. 67 y ss.; *Meditaciones para una investigación: ¿es eficiente el sistema concursal? La insolvencia empresarial dentro de las relaciones de organización* en Anuario V del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 55 y ss., El Copista, Córdoba 2001; *Deuda externa. Derechos de los deudores* trabajo presentado juntamente con Emma Mini al X Congreso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe FIEALC en Moscú desde el 26 al 29 de junio de 2001, Seminario III «Deuda externa y defensa del deudor»; Comentario al libro *Tratado de los contratos* (3 tomos) de Ricardo Lorenzetti para la Revista de Derecho Privado y Comunitario para la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones RDCO, pág. 919, año 34 volumen 2001 N°s 193/6; *La garantía a primera demanda y el crédito stand by en Derecho mercantil contemporáneo (comercio electrónico. Arbitraje comercial*

internacional. Garantías independientes. Concurrencia: la hora del balance, Buenos Aires, La Ley, 2000, directores Ana Isabel Piaggi y Luis Alejandro Estoup, pág. 283. Con comentario bibliográfico en La Nación de Aída Kammelmajer de Carlucci, 16 set. 2001, pág. 6, sección 6ª, en Anuario Fundación Getulio Vargas de Brasil y Universidad Cándido Méndez y Católica de Rio de Janeiro, también para Revista Colegio Público de Abogados de Capital Federal de Roque F. Caivano y para Revista La Ley de Ernesto Eduardo Martorell, de Milena Ricci en página de Cultura de Nuevo Siglo, de Rubén Segal en J.A. del 12 de septiembre de 2001 y por Miguel Angel Emery para la Revista El Derecho y Notarial de la Provincia de Buenos Aires; editorial para el Dial.com, diario electrónico el 8/8/01 con referencia a la situación de la Universidad ante la ética de la restricción presupuestaria y el manejo de la deuda externa, para continuar con la copia de la ponencia sobre «Deuda externa y defensa de los deudores» presentada en el Congreso de Moscú organizado por la Universidad Vaticana Tor Vergata con la Prof. Emma Mini de Muiño; Comunicación sobre *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado* al Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre de 2001, con títulos «Sociedades comerciales y personalidad jurídica. Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes» (Una propuesta metodológica). Diploma que deja constancia de esa presentación y programa del que resulta que ésta fue tratada en el panel desarrollado de 12,30 a 14 hs. en la Segunda Sesión del 20 de septiembre de 2001; *Cheque de pago diferido. Aceptación de su uso. Limitación de efectos propios por falta de registración* en Derecho y Empresa, junio 2001 N° 11, pág. 253; Relato de actuación como evaluador final en «Breves apuntes sobre lo acontecido en el seminario sobre «responsabilidades de los administradores sociales» realizado el 31 de julio y 1º de agosto de 2000, en la Revista Economía y Derecho N° 11, 2001, pág. 259.

Labor de extensión en cursos y conferencias

La labor de extensión que cumple el Instituto de la Empresa se amplió con el dictado de cursos y conferencias.

Se realizó una actividad de apoyo al Instituto de la Educación que dirige magistralmente el profesor emérito Dr. Fernando Martínez Paz, como lo venimos haciendo año tras año, coordinando el Seminario de Derecho Comercial en el marco del curso «La enseñanza del derecho» del Prof. Dr. Fernando Martínez Paz, días miércoles, el área los días 9, 16 y 23 de mayo de 2001, disertando en la apertura y el cierre, junto con los profesores Francisco Junyent Bas, María Cristina Mercado de Sala y Orlando Muiño.

También en la apertura y clausura del Curso Anual de Derecho Societario en el Colegio de Abogados de Tucumán, el 6 de abril de 2001, sobre «Principios de derecho societario»; en la Carrera de Derecho de los Negocios de la Facultad de Derecho que dirige al Dr. Raúl Altamira Gigena; en Curso sobre Concursos, Revista La Ley, dirigido por Adolfo Rouillón el 5 de abril de 2001, asumiendo «Cuestiones de competencia en la ley concursal» y «Fuero de atracción en el concurso preventivo y la quiebra». Buenos Aires; en el Primer Encuentro de Derecho Privado Económico del Mercosur, conferencia «Los contratos asociativos y la proyección de las Pymes», 15 de junio de 2001, dentro de la Maestría en Derecho Privado Económico, dirigida por Carlos A. Gherzi. Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas 2001; con presencia en el panel en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Instituto de Derecho del Trabajo, sobre «Responsabilidad de administradores y accionistas de sociedades por obligaciones laborales», en Buenos Aires el 11 de octubre con el Dr. Teodoro Sánchez de Bustamante; en el panel en el 1^{er}. Congreso sobre la Culpa en el Derecho Laboral - Orden Público Laboral y Crisis Económica, 6 y 7 de abril de 2001 en Córdoba. Tercer panel «El orden público laboral - Crisis económica» con el Cr. Salvador Treber, Lic. Silvia Beatriz Montoya, Dr. Carlos Alberto Tosselli y el suscrito, sábado 7 de abril, publicándose un extracto en la Revista «Laboral» de la Sociedad Argentina de Derecho, año III, N° 10, mayo/junio 2001, sección Doctrina, pág. 31; en el postgrado del Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral de Rosario; en panel y exposición en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal, los días 4 y 5 de junio en Buenos Aires, con el tema «Contrato de servicios públicos», que coincidió con la presentación que debía hacer de Miguel Araya en la Academia con la intervención del miembro del Instituto Francisco Junyent Bas; integrando

el Comité Académico junto a Salvador Darío Bergel y Aída Kemelmajer de Carlucci del Curso de Actualización en Derecho Societario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, en Comodoro Rivadavía; expositor en la sesión de apertura junto con Mariano Gagliardo y Angel Dasso, el 8 de junio de 2001; disertándose sobre «El bien jurídico tutelado por la legislación concursal» el 6 de junio, en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, en el Curso de Postgrado «Algunos aspectos de la ley de concursos», dirigido por Héctor Alegría y bajo la coordinación de Elena B. Hequera, válido para la carrera docente; con la presentación del libro *Tratado de derecho privado*, Derecho Comercial, en homenaje a Ethel C. Alecha de Vidal, del que son directores Ana Raquel Nuta y Osvaldo Solari Costa, en Colegio de Escribanos de Córdoba, 15 de octubre de 2001, 19,30 hs.; con la participación académica en el Curso de Especialización y Actualización en Materia de Contratos, del 7 de septiembre al 17 de noviembre de 2001, Neuquén: Colegio de Abogados y Procuradores, 19 y 20 de octubre, 6 horas a cargo del Instituto: «Unificación Civil y Comercial. Ventajas e inconvenientes. Los contratos asociativos. Las sociedades y el Código Único». Dirigió Jorge Mosset Iturraspe; con la presentación del tema «Sociedades extranjeras» en el III Seminario Jurídico Notarial «Dalmacio Vélez Sarsfield» el 30 de noviembre de 2001, en la Bolsa de Comercio de Córdoba, organizado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba; en Santa Fe el 4 de diciembre de 2001, Mesa Redonda en la Bolsa de Comercio de Rosario sobre «Sistema de Justicia y Arbitraje» con los Dres. Luis María Games y Miguel C. Araya.

Investigación

Las actividades se centraron a través de un proyecto de investigación sobre «El concurso dentro de las relaciones de organización».

Se ha reconocido esa actividad como miembro de *The International Insolvency Professionals Directory*, edición 2000, donde del interior de la Rep. Argentina registran tres profesionales, con Juan M. Dobson y Adolfo A.N. Rouillón.

Presentación en las Segundas Jornadas sobre Experiencias en Investigación organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y So-

ciales de nuestra Facultad, el 9 y 10 de octubre, en el seno de la Comisión de Derecho Privado.

Evaluaciones

Se extendió la labor de investigación en integración de Tribunales de Doctorado, tales como miembro del Tribunal de Doctorado, como titular, de la Universidad Complutense de Madrid, España, para evaluar la tesis «Fideicomiso de Warrant», con defensa pública en Madrid el 28 de junio de 2001, juntamente con los profesores Fernando Sánchez Calero, Moreno Florez, García-Pita y Lastred, Embid Irujo, calificándose la tesis como sobresaliente *cum laude* por unanimidad; o en la evaluación en segundo término, como evaluador externo, de 16 proyectos de investigación o continuidad de los mismos, originados en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; o en la dirección del Proyecto de Investigación de doctorado «El administrador de hecho en la sociedad anónima. Supuestos, actuación, efectos y responsabilidades» de Laura Filippi, para la Secretaría de Ciencia, Legal y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, marzo de 2001; o el apoyo a las investigaciones de la Prof. Agüero de la Universidad Nacional de Santiago del Estero sobre Registro Público de Comercio; como integrante de la Comisión de Pares de la CONEAU, formalizando numerosas evaluaciones; con la asistencia a doctorandos como: Laura Filippi, María Laura Juárez, María Cristina Mercado de Sala y Orlando Muíño; integrando el Tribunal Evaluador de la tesina de Ana Carolina Carrega «Estatuto jurídico de las marcas en el Mercosur» .y de la tesina «Extensión del régimen de las empresas binacionales argentino-brasileñas al resto de los países miembros del Mercosur».

Asesoramientos

Entre otros diversos asesoramientos informales, se produjo el informe del 6 de agosto de 2001 a pedido del presidente de la Comisión de Economía, de la Cámara de Diputados de la Nación se dirigió a esta Academia, a

fin de «remitirle copia de la iniciativa presentada por el señor diputado Baglini y otros señores diputados (Expte. N° 3461-D-01/ y del proyecto que enviara el Poder Ejecutivo (Expte. N° 42-PE-00), ambos sobre modificaciones a la ley 17.418 de Contrato de Seguro, con el objeto de solicitar su autorizada opinión acerca del tema», donde aconsejé:

1. Tomada la decisión de legislar sobre el contrato de seguro, no hay duda que el proyecto Baglini importa un proyecto más integral y equilibrado respecto a un contrato y su funcionalidad en una relación en la que una de las partes es o debe ser una empresa calificada y organizada para satisfacer un interés colectivo, sujeto a un orden público interno de autorización.

2. Recomendar a la Cámara de Diputados de la Nación el análisis del sistema de «empresas de seguros» y el rol gubernamental para garantizar el efectivo traslado del riesgo, en resguardo de la competitividad interna de las empresas aseguradas.

Se solicitó colaboración por la Unión Industrial de Córdoba para el análisis jurídico de la emergencia económica.

- La labor del Instituto se realizó con una planificación conjunta con el Instituto (y Ateneo) de Derecho Comercial del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba que dirige nuestro Premio Academia, Francisco Junyent Bas, y la Sala de Derecho de Empresa del Instituto de Estudios Notariales del Colegio de Escribanos de Córdoba que dirige Pablo Javier Rodríguez.

Para el futuro se formalizaron las bases de la realización del V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa a realizarse en Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, en el 2004, y asegurar la realización anual de los Encuentros de Institutos de Derecho Comercial, conforme la planificación fijada en Huerta Grande en 1992 en ocasión del I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por nuestra Academia a través de este Instituto y de la Fundación para Estudios de la Empresa.

Efraín Hugo Richard
Director

MEMORIA DEL INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. Información y participación de los Sres. miembros

- El Ab. Luir Roberto Rueda a finales del 2000 fue invitado a la UNAM a participar de un *Encuentro sobre Derecho Penal y Medicina* y señala en dicho orden, que fue entrevistado por el titular de la Editorial Cárdenas, quien mostró interés en publicar los libros y/o trabajos, producidos por este Instituto y vinculados al razonamiento forense.

Como dato de notable relevancia, se tiene que apuntar que la Academia Colombiana de Jurisprudencia ha solicitado autorización para reproducir entre sus propias publicaciones el trabajo que se encuentra en el volumen III del Instituto, *El siglo XXI y el razonamiento forense* (año 2000) y efectuado por el Dr. Ricardo Guibourg intitulado *Hacia la evolución de la práctica jurídica*.

El Ab. Raúl Eduardo Fernández informó que junto con el Dr. Andruet, participó como panelista expositor en el pasado *Congreso Nacional de Derecho Procesal* celebrado en la ciudad de San Juan, destacando como hecho significativo, que es la primera oportunidad que en el mencionado ámbito se otorga un espacio a un tema no tradicional de la ciencia procesal. Destaca que también ha brindado en la Universidad Siglo XXI en el Programa de Maestría, un módulo referido a *proceso casatorio*, desarrollando en particular los errores *in cogitando*, en igual manera ha dictado en la Universidad Católica de Córdoba, un *Curso sobre Medios Impugnatorios*, junto con María del Pilar Hiruela, refiriéndose ambos, a los errores lógicos.

- El Dr. Armando S. Andruet (h) durante los días 1 y 7 de agosto dictó un breve *Seminario de Argumentación Jurídica y Razonamiento Forense* en el Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez del Poder Judicial de Córdoba, y que bien se puede considerar una actividad de extensión del mismo Instituto. En modo similar informa que participó en la Ciudad de Rosario y en el marco del Ciclo de Razonamiento Forense organizado por el Colegio de Abogados de Rosario y desde la Sala de Filosofía del Derecho, presidida por el Dr. Ariel Alvarez Gardiol; con una conferencia sobre la *Sentencia judicial y la ideología del juez*.

- El Dr. Olsen A. Ghirardi ha participado junto a otros miembros de número de la Academia, Dres. Fernando Martínez Paz, Juan Carlos

Palmero y Daniel Pablo Carrera, de un homenaje donde fue recordada la inmensa figura iusfilosófica y jurídico positiva de *Enrique Martínez Paz*, estando a su cargo la perspectiva filosófica del notable pensador. También ha dictado una conferencia en Tucumán, a propósito de la *obra de Alberdi* y a Rosario fue invitado a una presentación crítica que se hiciera del libro *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, a cargo del profesor Mario Chaumet.

2. Libros y realizaciones

El Dr. Armando Andruet, tuvo a cargo durante la segunda parte del año académico orientar las futuras modificaciones en la sección del Instituto en la respectiva página web de la Academia, a cuyo efecto, requirió el aporte y colaboración de los miembros. De igual manera, durante el corriente año y como fruto de no pocos aportes de la tarea del Instituto, el Dr. Andruet publica su obra *Teoría general de la argumentación forense* (Córdoba, Alveroni, 2001, 370 págs.), la que lleva prólogo del director.

Se organizó desde el Instituto el curso *Razonamiento e interpretación jurídica* para ser dictado en el Colegio de Abogados de Córdoba, desde la Sala de Filosofía del Derecho y con los siguientes temas: Dr. Andruet: «Contextos de realización e interpretación jurídica», Dr. Ghirardi: «Modalidades del razonamiento forense»; Dr. Fernández: «Argumentos interpretativos y jurisprudencia» y Dr. Rueda: «Interpretación jurídica en el razonamiento penal».

Se publicó del Dr. Ghirardi el libro *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense* (Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, 129 págs.) y a la que el Dr. Andruet hiciera una reseña bibliográfica que se encuentra publicada en revista Foro de Córdoba N° 70 del año en curso; como así también, se remitió copia de ella, a la misma Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Se efectuaron las conversaciones correspondientes con Editorial Advocatus a los efectos de interesar a dicha editorial en la publicación comercial de la obra colectiva *El siglo XXI y el razonamiento forense*, lo cual fue atendido con interés por dicha editorial. De esta misma obra, cabe señalar, que se recibió de la Biblioteca Pública de Nueva York, una orden de compra, como a la vez, el interés en la adquisición de los futuros

ejemplares de la colección, ello resulta absolutamente inusual y genera una profunda alegría a los miembros de este Instituto por la exitosa acogida que ha despertado en el extranjero el libro.

Se publicó el volumen IV del Instituto y lleva por título el de *Razonamiento judicial*, destacándose como diferenciador de las anteriores publicaciones que éste, lleva en la tapa los nombres propios de cada uno de los autores con el respectivo título de cada una de las contribuciones; además de ello, la Editorial Advocatus se ha comprometido a efectuar una publicación comercial del mencionado libro en la cantidad de 300 ejemplares.

3. Actividades generativas propias del Instituto

El Dr. Olsen Ghirardi señala las siguientes *líneas de investigación* durante el presente curso, y que han sido motivo de análisis, discusión y ponderación en el mismo Instituto: a) las diversas modalidades que el razonamiento judicial latino y el anglosajón, como tales poseen y de allí, arribar a las vinculaciones con el mismo principio de no contradicción en la jurisprudencia de la C.S.J.N. Del mismo también se pudo incursionar en la llamada «teoría del consentimiento», que no es sino, una suerte de extrapolación de la misma doctrina del consenso político traída al ámbito de lo jurídico forense, por la cual, el razonamiento judicial es como si necesitara para obtener su misma legitimación de una especie de encuesta externa que le otorgara el mismo crédito de razonabilidad a la resolución; b) También la lectura de la obra literaria -no jurídica- de Alberdi.

Por su parte, el Dr. Andruet ha indicado en varias ocasiones, su preocupación y así lo ha tomado como *línea de investigación futura*, por el análisis de lo que se ha dado en llamar la lógica de la preferencia de los jueces sobre la construcción de un razonamiento judicial entimemático constante. La consideración no es ya conocer cómo razonan los jueces, sino por qué razonan de ese modo.

Se discutió con particular énfasis lo referido a la clasificación entre casos difíciles, fáciles o trágicos u otras diferentes; destacando el Dr. Andruet que en muchas ocasiones no reflejan la realidad histórica de lo que ocurre en los tribunales propiamente. El Dr. Ghirardi suma a lo dicho, otra clasificación, entre casos ordinarios y extraordinarios y en los últi-

mos existiría una suerte de mutación en la respuesta jurisdiccional con lo cual se activa la jurisprudencia

Los miembros, en atención a que el año próximo (2002), se cumplirá el sesquicentenario de la publicación de las Bases de Alberdi (Valparaíso, 1.V.1852), fueron invitados a participar con alguna contribución; lo cual originó que en varias reuniones fuera un tema de análisis y consideración la obra alberdiana en general, tratando de encontrar los puntos interesantes para abrir un capítulo de estudio desde el mismo Instituto. En este mismo orden y a efectos de focalizar estudios, se ha sugerido que la realización del volumen V y correspondiente al año académico 2002, pueda atender también a profundizar cuestiones vinculadas con el pensamiento de Alberdi, en lo que refiere a los aspectos lógicos; de cualquier manera y atento a la dificultad en no tener la mayoría de los miembros, con excepción del director, estudiado suficientemente el pensamiento de Alberdi; se define sin perjuicio de ello, pensar que el tema convocante sean «problemas lógicos en el razonamiento judicial».

Se propone también una modificación en la *dinámica de trabajo del Instituto*, para lo cual el director destaca la importancia, no de incorporar nuevos miembros, sino formular invitaciones particulares a quienes se encuentren motivados por el presente estudio, a efectos de que puedan participar de las reuniones y así irse templando en el estudio mismo de la filosofía del derecho, como los temas de razonamiento forense en general. Dicha modificación, impondría que los propios miembros, tengan que sumar un esfuerzo de presentación de breves exposiciones respecto a temas, estudios, lecturas, etcétera, que se encuentren realizando y que consideren oportunas de proponer a los efectos de generar espacios de reflexión y/o discusión.

Por último, cabe puntualizar que durante el presente año se realizaron nueve reuniones y salvo indicadas excepciones en las respectivas actas de cada una de ellas, se contó con la asistencia completa de los miembros.

Olsen Ghirardi
Director

MEMORIA DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y
DE LAS IDEAS POLÍTICAS ROBERTO I. PEÑA

XI Simposio de Historia del Derecho Argentino

Se llevó a cabo entre los meses de abril y diciembre de 2001 a través de reuniones quincenales realizadas en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Disertaron, entregando sus respectivos trabajos de investigación, los profesores:

Luis Maximiliano Zarazaga: *Fuentes de la casación.*

Mario Carlos Vivas: *El Cabildo de Córdoba 1820-1824. Su importancia, decadencia y su supresión.*

Sergio Dubrowsky: *Iglesia y Estado. Factor religioso y la época colonial y los albores del derecho patrio hasta la Constitución de 1826.*

Luisa Adela Ossola: *La regulación de la educación en la argentina.*

Haydée Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *La papeleta de conchabo en Córdoba período hispano-patrio.*

Marcela Aspell: *Morir en Córdoba del Tucumán.*

Marcelo Milone: *Reseña del anteproyecto del Código de Trabajo de 1966.*

Emilio Baquero Lazcano: *La regulación de la educación en la provincia de Córdoba. Siglo XIX.*

Héctor Javier Giletta: *La evolución del poder legislativo en la provincia de Córdoba, a través de los textos constitucionales 1821-1987.*

Nelson Dellaferrera: *Concilio Plenario Argentino celebrado en 1953.*

Carlos Octavio Baquero Lazcano: *Estudio sobre Agustín Díaz Bialek.*

Esteban Llamosas: *La biblioteca del Colegio Jesuita de Arequipa.*

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *La enseñanza del Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Jornadas Virreinales del Río de la Plata

Organizadas por la Fundación Rafael del Pino, la Academia Nacional de la Historia, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el Archivo General de la Provincia de Santa Fe, la Subsecretaría General de la Provincia de Santa Fe, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España y el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se llevó a cabo entre los días 6 al 12 de mayo de 2001, en Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe.

Las Jornadas fueron organizadas con base en diversas mesas redondas y conferencias centrales a cargo de los doctores José María Mariluz Urquijo, Carmen Iglesias, Eduardo Martiré, Alejandro Moyano Aliaga, Arno Wehling, Javier Barrientos Grandón, Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira, cuya conferencia se tituló: «*Córdoba Virreinal*»

Los mencionados profesores integraron asimismo la Comisión Científica y Organizadora de las Jornadas realizadas en la ciudad de Córdoba.

Congreso Internacional sobre la Unidad de la Cultura Jurídica. De Roma al Tercer Milenio. La pervivencia del derecho común

Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina «*Santa María de los Buenos Aires*» se llevó a cabo en la ciudad de Buenos Aires, del 21 al 24 de agosto de 2001 con la participación de profesores y académicos de España, Italia, México, Chile, Puerto Rico, Argentina etcétera.

Participaron los doctores Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira con la presentación del trabajo de investigación: «*La enseñanza del Derecho Romano en la Universidad de Córdoba*»

Undécimo Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina

Organizado por la Academia Nacional de Historia y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Se llevó a cabo entre los días 20 y 22 de septiembre de 2001 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Participaron los doctores Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira con los trabajos de investigación que se indican a continuación:

Doctora Marcela Aspell: «*Mi propia muerte me está esperando. Morir en Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*».

Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira: «*La aplicación del Derecho Penal Castellano Indiano en la Jurisdicción de Córdoba del Tucumán 1776-1810*».

Integraron asimismo los doctores Aspell y Yanzi Ferreira la Comisión Organizadora del XI Congreso.

Seminario de Historia del Derecho Argentino: «El Derecho Argentino en los siglos XIX y XX y el redescubrimiento de las fuentes»

El Seminario se llevó a cabo en el mes de octubre de 2001, organizado por la Cátedra «B» de Historia del Derecho Argentino, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con el auspicio del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas *Roberto I. Peña* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo la dirección del doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

Participaron los doctores: Marcela Aspell, Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Luis Maximiliano Zarazaga, Haydée Beatriz Bernhardt Claude de Betterle, José Oscar Abraham, Carlos Octavio Baquero Lazcano, Javier Héctor Giletta, Marcelo Milone, Emilio Baquero Lazcano y Jacqueline Vasallo.

Edición del tomo XI de Cuadernos de Historia

Se editó el tomo XI de *Cuadernos de Historia* con una totalidad de más de 300 páginas, distribuidas entre trabajos de investigación y notas.

Programa de Perfeccionamiento de Investigadores en la Enseñanza del Derecho. Area de Historia del Derecho

El Seminario es organizado anualmente por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba bajo la dirección del profesor emérito, académico de número doctor Fernando Martínez Paz con el auspicio del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Participaron miembros de la Cátedra «B» de Historia del Derecho Argentino y de nuestro Instituto, quienes integraron los tres paneles celebrado durante los días 24 de julio y 7 y 14 de noviembre bajo la coordinación general de los doctores Aspell y Yanzi Ferreira y con la presentación de los siguientes trabajos.

Marcela Aspell: «*La biblioteca jesuita de la Universidad de Córdoba*».

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: «*La asesoría letrada en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*».

Luis Maximiliano Zarazaga: «*La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*».

Carlos Octavio Baquero Lazcano: «*Cornelio Moyano Gacitúa. Su vida. Su obra*».

Haydée Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: «*La regulación de la pa-peleta de conchabo en Córdoba del Tucumán Siglos XVIII y XIX*».

Héctor Javier Giletta: «*El desarrollo del pensamiento constitucional cordobés. Siglos XIX y XX*».

Jacquelinne Vasallo: «*La mujer frente al derecho penal del siglo XVIII*».

Becarios

Han continuado desarrollando sus respectivos trabajos de tesis doctoral los siguientes tesistas:

Abogado Héctor Javier Giletta: «*La evolución del pensamiento constitucional cordobés a través del estudio de las reformas a la Constitución de la Provincia de Córdoba. 1855-1987*».

Abogado Alejandro Agüero: «*La tortura en el derecho castellano indiano. Sociedad, derecho e ideología*».

Abogado Esteban Llamosas: *La cultura jurídica en Córdoba del Tucumán. Estudio de las bibliotecas del siglo XVIII.*

Abogado Marcelo Milone: *Proyección de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba en las Cámaras del Congreso Nacional.*

Los tres primeros se encuentran bajo la dirección de la doctora Marcela Aspell, en tanto el abogado Milone es dirigido por el doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

Becarios en el extranjero

Los becarios Agüero y Llamosas que fueron distinguidos con el otorgamiento de Becas Fomec *Fondo para la Mejora de la Calidad Educativa* han continuado cumpliendo con sus respectivos programas de doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad Complutense de Madrid bajo la dirección de los profesores Carlos Garriga Acosta y José Antonio Escudero respectivamente.

Sus temas de beca son los siguientes:

Abogado Alejandro Agüero: *El derecho procesal penal castellano-indiano en el centro y la periferia del Estado español.*

Abogado Esteban Llamosas: *La cultura jurídica en la enseñanza del derecho en las universidades españolas e indianas en el siglo XVIII*

Ampliación del acervo bibliográfico del Instituto

Ha continuado durante el año 2000 el constante proceso de ampliación del acervo bibliográfico de nuestro Instituto con la incorporación de importantes donaciones que se sumaron a parte de la biblioteca que perteneciera a nuestro fundador y primer director, el profesor emérito Roberto Ignacio Peña, donada generosamente a nuestro Instituto, por su viuda, la señora Martha Fábregas de Peña en el transcurso del año 2000.

Asimismo, se han incrementado el número de obras que habitualmente llegan por donación de sus autores y por canje con nuestros *Cuadernos de Historia.*

Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira
Director

**MEMORIA DE LA
ACADEMIA Y BALANCE**

MEMORIA DE LA ACADEMIA - Año 2000

Honorable Academia:

De conformidad a lo dispuesto por los Estatutos de la Corporación, la Presidencia cumple con su deber de presentar la Memoria de las actividades cumplidas en el período que concluye y elevarla a consideración de la Asamblea.

I. Iniciación del año académico. Memoria y balance

Las actividades se iniciaron con la Asamblea anual realizada el 14 de marzo, oportunidad en la que se leyeron, trataron y aprobaron la Memoria y Balance de Rendición de Cuentas del ejercicio 1999. Dichos instrumentos, conformados por la Academia, fueron remitidos a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y también al Ministerio de Educación de la Nación.

II. Nacimiento de Don Dalmacio Vélez Sársfield. Segundo Centenario

La principal tarea de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en el curso del año 2000, giró en torno de los homenajes que se rindieron a su patrono, Don Dalmacio Vélez Sársfield, con motivo del Segundo Centenario de su natalicio, participando en los principales actos recordatorios, estableciendo premios con el nombre del autor de nuestro Código Civil y editando obras en su Homenaje. El suscripto integró y presidió la Comisión de Homenajes, en la que estuvieron representados el Gobierno de la Provincia, y su Tribunal Superior de Justicia, las universidades Nacional y Católica de Córdoba, sus facultades de Derecho, las academias nacionales de Ciencias, Historia y Derecho de Buenos Aires,

colegios profesionales de escribanos y abogados, Colegio de Magistrados y otras entidades.

Es un deber de justicia recordar la participación muy activa en la organización de estos actos del ministro de Justicia de la Provincia, Dr. Carlos Julio Lascano, de la directora de Reformas Procesales de ese Ministerio, Dra. María Marta Cáceres de Bollati, y de los decanos de las facultades de Derecho de las universidades Nacional y Católica, Dres. Ramón Pedro Yanzi Ferreira y Armando S. Andruet.

A. Actos conmemorativos

1) Las conmemoraciones comenzaron el 18 de febrero, día en que se cumplieron los dos siglos del nacimiento del prócer, en la localidad de Amboy, pequeña población del departamento Calamuchita, de donde era oriundo.

La organización corrió a cargo del Ministerio de Justicia de la Provincia. Estuvieron presentes entre otras personalidades el gobernador José Manuel de la Sota; el secretario general de la Presidencia, académico de número Jorge de la Rúa; el ministro Dr. Lascano; el intendente de Amboy y el presidente de esta Academia Nacional de Derecho de Córdoba, quienes hicieron uso de la palabra, para recordar al Codificador.

Fue un acto sumamente emotivo, ya que asistieron numerosos juristas que llegaron desde los más lejanos rincones del país hasta esa pequeña localidad, donde vio la luz Vélez Sársfield, para acompañar en el recuerdo a quien con su esfuerzo nos legó una obra imperecedera.

2) El 30 de marzo, al cumplirse el 125 aniversario del fallecimiento de Don Dalmacio Vélez Sársfield, se realizó un acto a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en el Salón de los Pasos Perdidos de Tribunales, frente al templo con la urna que conserva los restos del Codificador. Se aprovechó esa oportunidad para presentar la reedición facsimilar de la biografía del Codificador, escrita por el Dr. Enrique Martínez Paz, ex presidente de esta Academia.

En el acto disertaron el presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas Dr. Alberto Jorge Brito, el presidente de esta Academia Dr. Luis Moisset de Espanés y el miembro del Superior Tribunal de Justicia, Dr. Adán Luis Ferrer.

3) Entre el 30 de marzo y el 2 de abril se realizaron en Tucumán unas Jornadas de Derecho, coordinadas por el Colegio de Abogados de esa ciudad, que entre sus actividades incluyó un homenaje recordatorio de Don Dalmacio Vélez, debiendo disertar sobre el tema el firmante de esta Memoria, Dr. Luis Moisset de Espanés.

4) Entre el 6 y el 8 de abril, la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), realizó en Jujuy la XIII Conferencia Nacional de Abogados, cuyo tema de estudio era «La Reforma del Derecho Privado», y se decía efectuar «en Homenaje a Vélez Sársfield». La organización estuvo a cargo del Colegio de Abogados de Jujuy, y se invitó especialmente al presidente de esta Academia para que concretara el homenaje con unas palabras que se pronunciaron en el acto inaugural, el 6, y lo hizo, dentro del brevísimo lapso que se fijó para el homenaje, refiriéndose a «Vélez, abogado».

5) Todos los años las academias nacionales realizan un acto conjunto en homenaje a un personaje destacado en el quehacer del país. Para este Curso, y a propuesta de nuestra Corporación, se había decidido recordar la personalidad de Don Dalmacio Vélez Sársfield.

El 9 de mayo tuvo lugar el acto de homenaje, a cargo de la Academia Nacional de Historia, en el recinto del viejo Congreso de la Nación, hoy sede de la mencionada Academia, disertando Dn. José María Mariluz Urquijo y expresando unos breves conceptos recordatorios el suscripto, en nombre de nuestra Academia.

6) Del 11 al 13 de mayo se desarrollaron las Jornadas Notariales Cordobesas, organizadas por el Colegio de Escribanos de Córdoba, en Homenaje a Don Dalmacio Vélez, y para evocar la figura del recordado jurista se solicitó que en el acto central expusiera el presidente de la Academia de Derecho de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés. Esta fue la adhesión del notariado cordobés a los actos del bicentenario y en la preparación de las Jornadas y en su temario tomó activa participación nuestra Academia.

7) El presidente de la Academia Nacional del Notariado, con sede en Buenos Aires, comunicó a nuestra Institución que deseaba sumarse al

recordatorio del bicentenario del nacimiento de Vélez, realizando un acto académico, donde la figura del Codificador fuese evocada por el suscripto. El acto tuvo lugar el 13 de junio, en la sede del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, y contó con la presencia de los presidentes de las academias nacionales del Notariado, de Farmacia y Bioquímica y de Derecho de Córdoba; de los vicepresidentes de las academias del Periodismo, y de Derecho de Buenos Aires, representantes del gobierno nacional y del gobierno de la ciudad de Buenos Aires, y de colegios notariales de la Capital y varias provincias. Luego de unas palabras del presidente de la Academia del Notariado, escribano Natalio Etchegaray, el Dr. Luis Moisset de Espanés recordó facetas de la vida de Don Dalmacio, en especial las vinculadas con aspectos relacionados con la actividad notarial, exhibiendo a tal fin una fotocopia del expediente por el que Vélez dio poder notarial en la notaría de José Albino Fernández, al Dr. Ceferino Lagos, vecino de la ciudad de Buenos Aires, para que tramitara su inscripción en el foro de esa ciudad.

La mencionada conferencia ha sido publicada en la Revista del Notariado de la Capital Federal.

B. Edición de obras en Homenaje a Vélez Sársfield y su presentación

1) Reimpresión facsimilar libro de Martínez Paz.

La Academia resolvió reeditar la obra del ex presidente de esta Corporación, Dr. Enrique Martínez Paz, titulada *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil*. El libro, editado originariamente en 1916, es la primera gran biografía del Codificador, y se encontraba totalmente agotado.

La Academia requirió y obtuvo la autorización de los descendientes y herederos de Martínez Paz para efectuar una reimpresión facsimilar, fuera de comercio, con destino a bibliotecas, instituciones de bien público y juristas que hubiesen colaborado en los homenajes al prócer.

La obra, como hemos reseñado en el punto A-2, fue presentada en el acto que se realizó en el Palacio de Justicia el 30 de marzo, al cumplirse 125 años de la muerte del Codificador.

2) Libro Homenaje.

Nuestra Academia había resuelto publicar un *Libro Homenaje a Dn. Dalmacio Vélez Sársfield*, para lo cual solicitó la colaboración de

los miembros de número y correspondientes de nuestra Corporación, miembros de las restantes academias nacionales y cursó invitación especial a juristas de renombre. Se concedió a los colaboradores total libertad en la elección del tema de la colaboración, habida cuenta de la amplitud de los conocimientos del Codificador, que abarcó muy diversos campos, extendiéndose del derecho privado al derecho público, y también la amplia comprensión que demostró siempre de la necesidad de renovación legislativa para atender a los cambios sociales; se reunieron de esta forma más de ciento veinte colaboraciones. La obra consta de cinco tomos, de seiscientas páginas aproximadamente cada uno, y participaron en ella junto a los autores argentinos, numerosos juristas del resto de América, y también de Europa.

El trabajo de impresión, cuidado y prolijo, estuvo a cargo de Editorial El Copista, y en las tapas de cada tomo se reprodujo el retrato al óleo del Codificador que fuera donado a la Academia por la artista plástica Fina Echagüe, esposa del secretario técnico de nuestra Corporación (ver más adelante, punto C-1 de este apartado).

3) Actos de presentación del Libro Homenaje.

a) El 22 de agosto se efectuó, en el Salón de Grados de la Universidad Nacional un acto para presentar el libro Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield, y recordar un nuevo aniversario de la creación de la Cátedra de Instituta, que dio nacimiento a la Facultad de Derecho en la Casa de Trejo. Estuvieron presentes los rectores de las universidades Nacional y Católica de Córdoba, autoridades de colegios profesionales de abogados y escribanos, el secretario de la Academia de Derecho de Perú y juristas llegados desde todos los rincones del país. En esa oportunidad, el académico de número Dr. Eduardo Fanzolato disertó para presentar el Libro Homenaje y en su exposición resaltó las virtudes e importancia de la obra del autor de nuestro Código Civil. Hablaron también los académicos de número Dres. Humberto Vázquez y Ramón Pedro Yanzi Ferreira, evocando la creación de la Cátedra de Instituta.

b) El 2 de septiembre, en el marco de las Segundas Jornadas Rosarinas de Derecho Civil, que organizaba la Dra. Noemí Nicolau, el Dr. Luis Moisset de Espanés presentó en la ciudad de Rosario el Libro Homenaje, haciendo entrega de ejemplares a la Universidad Nacional y

Colegio de Abogados locales, y a los colaboradores y académicos correspondientes residentes en esa ciudad.

c) El Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires organizó un acto académico para presentar el Libro Homenaje, éste se realizó el 11 de septiembre, en su sede de calle Montevideo 640 de la Capital Federal, y en el que disertaron el presidente de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Dr. Roberto Martínez Ruiz, y el suscripto, presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

d) En la semana del 25 al 30 de septiembre, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Universidad Sergio Arboleda, organizaron una serie de homenajes a Don Dalmacio Vélez Sársfield, invitando a la Mesa Directiva de nuestra Academia, y al maestro del Derecho, Dr. Fernando J. López de Zavalía, quienes viajaron a Colombia para participar en los actos. La presentación del Libro Homenaje se efectuó el día 26, en Bogotá, en el Auditorio Máximo de la Universidad Sergio Arboleda, en acto solemne presidido por el vicerrector académico y el decano de la Escuela de Derecho, Prof. Jorge Vélez García, quien en su carácter de presidente de la Academia Colombiana, rindió homenaje al Codificador argentino, Dn. Dalmacio Vélez Sársfield con motivo del bicentenario de su natalicio. El suscripto, presidente de nuestra Corporación, respondió efectuando una reseña de diversas facetas de la vida del Codificador y haciendo entrega de ejemplares de la obra al vicerrector, al decano, a los profesores colombianos que colaboraron en ella, y a los académicos correspondientes de nuestra Corporación en Colombia.

Con posterioridad, las autoridades de la Academia Colombiana, y de la Academia de Córdoba, se trasladaron a Cartagena de Indias, donde el día 28 fueron recibidas por la Alcaldía de la ciudad en un acto muy emotivo, en el que se rindió homenaje a Don Dalmacio Vélez y se hizo entrega de las llaves de la ciudad a los miembros de la Mesa Directiva de nuestra Academia. Agradeció estas distinciones y el recuerdo del Codificador, el vicepresidente de la Academia, Dr. Olsen A. Ghirardi, y el secretario Dr. Ricardo Haro se encargó de redactar el texto como recordatorio en el Libro de Visitantes.

e) El 7 de noviembre se realizó la presentación del «Libro Homenaje a Dn. Dalmacio Vélez Sársfield» en la Facultad de Derecho de la Universi-

dad Santo Tomás, en Santiago de Chile. Presidió el acto el decano de esa Facultad, y miembro correspondiente de nuestra Academia, Dr. Eduardo Soto Kloss. Estuvieron presentes el presidente y varios miembros de la Academia de la Historia de Chile, académicos de Ciencias Sociales de ese país, otras autoridades de la Universidad, profesores, alumnos, y el embajador argentino en Chile, Dr. Daniel Olmos. En representación de nuestra Academia asistieron al acto los miembros de número Dres. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Julio Altamira Gigena y Juan Carlos Palmero, que viajaron expresamente a tal efecto, acompañando al suscripto.

Para presentar el Libro Homenaje disertaron el Dr. Alejandro Guzmán Brito en representación de las academias chilenas y el presidente de la Academia cordobesa, Dr. Luis Moisset de Espanés.

f) Los días 9 y 10 de noviembre se realizaron en la Universidad de Lima las Jornadas Peruano Argentinas de Derecho Civil, en Homenaje al Bicentenario del natalicio de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield en las que participaron como expositores, entre otros, el secretario de la Academia Peruana de Derecho, Dr. Fernando Vidal Ramírez, el académico correspondiente en Perú, Dn. Carlos Cárdenas Quirós, el embajador argentino en Lima, y miembro de número de nuestra Academia, Dr. Víctor H. Martínez, el miembro de número de nuestra Academia, Dr. Juan Carlos Palmero y el vicerrector de la Universidad de Lima, Dr. Augusto Ferrero Costa, quien presentó un autógrafo firmado por Vélez en 1874, un año antes de morir, en el que se refiere al Perú con interesantes consideraciones sobre su desenvolvimiento industrial y el futuro del país.

En el marco de esas actividades, el día 9, en mi carácter de presidente de la Academia cordobesa presenté el Libro Homenaje, haciendo entrega de ejemplares a colaboradores peruanos, académicos correspondientes, y Bibliotecas de instituciones universitarias.

g) El último acto de presentación del Libro Homenaje, que significó la culminación del esfuerzo realizado por nuestra Academia, tuvo lugar el día 11 de diciembre en Madrid, en la sede de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación sita en calle Marqués de Cubas 13.

Para participar en él viajaron a España, acompañando al suscripto, los académicos de número Dres. Ernesto Rey Caro, Eduardo Fanzolato, Antonio María Hernández, Horacio Roitman, y el académico correspon-

diente Florentino V. Izquierdo. El acto, de gran solemnidad, contó con la presencia del presidente de la Real Academia, Dn. Manuel Albaladejo; el vicepresidente, Dn. Manuel de la Cámara Álvarez; el secretario académico, Dn. Rafael Navarro Valls; el bibliotecario académico, Dn. José María Castán, y numerosos miembros de número de esa corporación. Además, concurrieron presidentes o representantes de las academias de Colombia, Perú, Galicia, Aragón, Asturias, Cataluña, Valencia y Valladolid, colaboradores del Libro Homenaje y académicos correspondientes de nuestra Corporación en España y Perú.

Don José María Castán Vázquez leyó parte del discurso que había preparado Dn. Diego Espín Cánovas, numerario de la Real Academia Española, quien, lamentablemente, no pudo asistir por el fallecimiento de su esposa, sucedido ese mismo día, horas antes de la realización del acto. Luego, el suscripto hizo uso de la palabra para referirse a la obra y personalidad de nuestro Codificador. Finalmente se entregaron ejemplares de la biografía de Vélez escrita por Martínez Paz, a los académicos españoles que había asistido, y del «Libro Homenaje» a los colaboradores, a miembros correspondientes de nuestra Academia, y a Bibliotecas e Instituciones de bien público.

4) Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield». Tesis sobresalientes.

Al comenzar el Curso Académico 2000, en la primera sesión ordinaria celebrada el 14 de marzo, se trató y aprobó un proyecto de Presidencia, por el que se estableció, como parte de los homenajes al patrono de la Academia, el Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield», para tesis sobresalientes inéditas, consistiendo en diploma, medallón de Vélez Sársfield y publicación de la tesis, con la entrega de cien ejemplares al autor y la incorporación de la obra a las «Ediciones de la Academia». La distinción se otorgó a las siguientes tesis, cuyos autores mencionamos por orden alfabético:

- a) *Deontología del Derecho, abogacía y abogados* de Armando S. Andruet;
- b) *Cesión de posición contractual*, de Mario Carrer;
- c) *Mariano Moreno y las ideas político-constitucionales de su época*, de Carlos A. Egües;
- d) *El proceso subversivo en la Argentina a través de la bibliografía nacional*, de Emilio Vázquez Viera.

La entrega de los diplomas se realizó el 4 de julio.

La Editorial *Advocatus*, a quien se adjudicó por concurso la impresión de estas obras, trabajó con gran diligencia, para posibilitar la entrega en término de los ejemplares a los autores de las tesis distinguidas. En la tapa de cada libro se reprodujo, con autorización de su autor, un retrato de Dalmacio Vélez Sársfield del artista Gwili Roberts, quien había donado la obra a la Escuela «Dalmacio Vélez Sársfield», de Arroyito, provincia de Córdoba

5) Premio Ministerio de Justicia.

El Ministerio de Justicia de la provincia de Córdoba realizó un concurso de monografías jurídicas, cuyo tema era «Vélez Sársfield: su vida y su obra». Los trabajos fueron presentados con seudónimo. El jurado que discernió los premios estuvo integrado por tres miembros de número de nuestra Academia, a saber: su presidente Honorario, Dr. Pedro J. Frías, el Dr. Humberto Vázquez, y el suscripto, en su carácter de presidente de la Academia. Obtuvo el primer premio una interesante investigación histórica cuyo autor resultó ser Florentino V. Izquierdo, y el segundo premio correspondió a un trabajo sobre el Método del Código Civil, realizado en colaboración por Julio C. Sánchez Torres y Jorge E. Córdoba.

En virtud de un convenio celebrado con el Ministerio de Justicia, los trabajos premiados se reunieron en un volumen que fue publicado por nuestra Corporación e incorporado a la serie «Ediciones de la Academia». El acto de entrega de los premios, y de ejemplares de la obra a los autores, se efectuó en la sede del Ministerio de Justicia el día 31 de octubre y en él hizo uso de la palabra en nombre de nuestra corporación el Dr. Humberto Vázquez.

C. Otros homenajes al Codificador

1) Retrato al óleo de Dalmacio Vélez Sársfield.

En la ya mencionada sesión del 4 de julio, en oportunidad de efectuarse el acto de entrega de las distinciones a los autores de las tesis sobresalientes inéditas, que hemos mencionado en el punto B-4 del apartado anterior, se descubrió en el aula de sesiones de la Academia un retrato del Codificador, donado a la Academia por la artista plástica Fina Echagüe, esposa de nuestro secretario técnico, Dn. Gastón Urrets Zavalía.

Se agradeció a la artista su generoso donativo, a lo que respondió con algunas palabras recordando que, como esposa del secretario técnico siempre se había sentido muy ligada a nuestra Casa.

2) Muestra fotográfica.

El Instituto Dalmacio Vélez Sársfield de Justiniano Posse realizó en esa localidad del sud de la provincia de Córdoba, los días 2 y 3 de julio, como Homenaje al Bicentenario del Natalicio de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield, una muestra fotográfica titulada «Desde Amboy su pueblo natal». Se dirigió luego por nota a nuestra Academia solicitando se realizaran gestiones para que la muestra llegase a un público mayor. El cuerpo, en la sesión del 5 de septiembre, encargó esa tarea al académico Dr. Humberto Vázquez, quien a tal fin se puso en contacto con el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y académico de número, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, para que la muestra se efectuase en los claustros de la Casa de Trejo.

La exposición fotográfica se realizó en los patios del edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional en calle Trejo 241, donde se colocaron sendos bustos de Don Dalmacio Vélez Sársfield y de Juan Bautista Alberdi. Se inauguró el 13 de diciembre, como acto de cierre de los Homenajes al Bicentenario del Natalicio del Codificador, y en esa ocasión usaron de la palabra en representación de nuestra Academia el Dr. Humberto Vázquez; en nombre de la Facultad su decano, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, y en nombre del Instituto de Justiniano Posse, la vicedirectora, Prof. Silvana Chieretta de Chiura, quien hizo donación de la muestra fotográfica a la Facultad de Derecho. A su vez el vicepresidente de la Academia, Dr. Olsen A. Ghirardi, hizo entrega a los directivos del Instituto del Libro Homenaje a Vélez, editado por la Academia en este año bicentenario.

III. Reunión Conjunta de Academias de Educación, Ciencias y Derecho: «Educación: política de Estado»

La Academia Nacional de Educación, la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, y nuestra Corporación, realizaron una reunión conjunta para estudiar el problema de la «Educación, política de Estado», que se

efectuó los días 13 y 14 de abril, y contó con el auspicio del Ministerio de Educación de la Nación.

Coordinó este importante encuentro el Prof. Fernando Martínez Paz, miembro de número de nuestra Corporación y de la Academia de la Educación, quien participó activamente en la selección del temario y de los expositores.

La importancia de los temas debatidos y de los nueve documentos de trabajos aportados, motivó elogiosos comentarios de la prensa nacional. Esta reunión ha sido una de las tareas de mayor trascendencia en la que ha participado nuestra Corporación en el curso del año académico 2000.

Los aportes de los distintos participantes se recopilaron en un libro que ha sido publicado en coedición por las tres Academias, que se ha integrado en la serie «Ediciones de la Academia».

IV. Exposiciones de académicos de número

En el Curso Académico 2000, como parte de la actividad de estudio de la Academia, durante sus sesiones ordinarias, se realizaron en el Aula las siguientes exposiciones, a cargo de sus miembros de número.

- 1) Reuniones del 4 y 18 de abril: «Vélez Sársfield y su monumento emplazado en esta ciudad», por Humberto Vázquez.
- 2) Reunión del 2 de mayo: «Los problemas de los municipios argentinos en la era de la globalización», por Héctor Belisario Villegas.
- 3) Reunión del 16 de mayo: «El caso Fayt y sus implicancias constitucionales», por Antonio María Hernández.
- 4) Reunión del 30 de mayo: «Robo con arma», por Justo Laje Anaya.
- 5) Reunión del 10 de agosto: «Ineficacia de la ley de concurso», por Efraín Hugo Richard.
- 6) Reunión del 28 de septiembre: «Proyecto de Código Civil», por Juan Carlos Palmero y Luis Moisset de Espanés.

Las exposiciones culminaron siempre en fructuosos diálogos, con la participación y comentario del tema por parte de los miembros presentes.

La Presidencia se congratula por esta actividad de sus integrantes, que ha sido mantenida en los últimos períodos, y expresa su esperanza

de que pueda incluso acentuarse, tomando parte de ella cada año la mayoría de los miembros de número, como sucede en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, en la cual en un período similar 17 académicos efectuaron exposiciones doctrinarias (ver Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, volumen 30, Curso Académico 1999-2000). Advertimos, sin embargo, que esta diferencia cuantitativa no es tan grande, como aparenta, pues por las características propias de nuestra Academia, deberían sumarse a las exposiciones realizadas por miembros de número, las que efectuaron durante ese período académicos correspondientes nacionales y extranjeros, en otras seis reuniones, lo que duplica el número de sesiones dedicadas a la difusión de estudios e investigaciones.

V. Nuevos académicos

a) Académicos de número:

En sesión especial del 28 de noviembre se eligió como miembros de número de la Corporación a los Dres. Armando S. Andruet, Pbro. Dr. Nelson Dellaferrera y Dra. Zlata Drnas de Clément y se dispuso cursarles nota invitándolos a fijar fecha para la realización de los respectivos actos de incorporación.

Todos ellos han conversado con la Presidencia, se ha determinado el sillón que ocuparán y fijado el tema que expondrán. Se ha estipulado el próximo 15 de mayo de 2001 como fecha para el acto de incorporación de la Dra. Zlata Drnas de Clément, y el 12 de junio para la incorporación del Pbro. Dr. Nelson Dellaferrera.

b) Académicos correspondientes:

En sesión ordinaria del 4 de abril, fueron designados académicos correspondientes en el Perú los destacados juristas Dn. Carlos Cárdenas Quirós y Dn. Fernando Vidal Ramírez.

En sesión ordinaria del 1 de agosto se designó con el carácter de académico correspondiente en Santiago del Estero al Dr. Francisco Eduardo Cerro; y en sesión ordinaria del 5 de septiembre se designó académico correspondiente en San Francisco al Dr. Oscar Hugo Vénica.

Posteriormente, en sesión ordinaria del 19 de septiembre, se aprobó la designación como académicos correspondientes en Rosario de los Dres. Juan José Casiello, Hernán Néstor Racciatti, Miguel Carlos Celestino Araya y en Rafaela, del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

Por último, en la sesión ordinaria del 24 de octubre se designaron como académicos correspondientes los siguientes juristas: Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay), Pedro F. Silva Ruiz (Puerto Rico) y Ulises Pittí (Panamá).

VI. Recepción de académicos correspondientes

a) En el extranjero.

1) En sesión especial del 9 de mayo se recibió al académico correspondiente en Perú, Dr. Domingo García Belaúnde, especialista en derecho constitucional, quien fue presentado por el académico de número Dr. Ricardo Haro. El Prof. Domingo García Belaúnde disertó sobre el tema «De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional».

2) En sesión especial del 29 de agosto se recibió al académico correspondiente en Perú Dn. Carlos Cárdenas Quirós, especialista en derecho civil, siendo saludado por el presidente Dr. Luis Moisset de Espanés. El Prof. Cárdenas Quirós habló de «Registros públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad: del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984».

3) En sesión especial del 10 de octubre se recibió al académico correspondiente en España, notario Dn. José Luis Merino Hernández, presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Presentado por el Dr. Luis Moisset de Espanés, el Dr. José Luis Merino Hernández disertó sobre el tema «El concepto de familia en los derechos civiles españoles».

4) En sesión especial del 17 de octubre fue recibido el académico correspondiente en Honduras, Dr. Sergio Zavala Leiva, especialista en derecho comercial, y secretario de la Academia de Derecho de ese país. El Dr. Sergio Zavala Leiva, luego de ser saludado por el Dr. Efraín Hugo Richard, pronunció una conferencia sobre el tema «Teoría general de los títulos valores en la legislación mercantil de Honduras».

b) En Argentina.

1) En sesión especial del 19 de septiembre se recibió al académico correspondiente en Santiago del Estero Dr. Francisco Eduardo Cerro, corriendo la salutación por cuenta del presidente honorario Dr. Pedro J. Frías. El nuevo miembro disertó sobre «El principio de subsidiariedad en el siglo XXI».

2) En sesión especial del 21 de noviembre, se recibió como académico correspondiente en San Francisco al Dr. Oscar Hugo Vénica, conocido procesalista y magistrado de la justicia provincial, quien fue presentado por el académico vicepresidente, Dr. Olsen A. Ghirardi. El nuevo académico disertó sobre el tema «Los argentinos frente a la ley».

VII. Centenario de académicos

La Academia ha convertido ya en una tradición conmemorar con un acto académico el centenario del natalicio de quienes fueran sus miembros de número. En el presente año académico esta actividad se concretó en:

1) Con fecha 5 de septiembre en sesión especial y acto público la Academia rindió homenaje a la memoria del Dr. Alfredo Orgaz, para evocar el centenario de su nacimiento producido el 6 de noviembre de 1900. Adhirió al Homenaje la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en cuyo nombre habló la profesora Dra. Eva Greca Chamorro de Prado.

Por la Academia hicieron uso de la palabra los académicos Dres. Daniel Ramón Pizarro y Justo Laje Anaya.

2) El 3 de octubre tuvo lugar un acto público organizado por la Academia en Homenaje a Dn. Néstor A. Pizarro y a Dn. José León Schwartz, quienes fueran distinguidos miembro de número, con motivo de cumplirse el centenario de sus natalicios. Adhirió al homenaje a Dn. Néstor Pizarro la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en cuya representación hizo uso de la palabra el profesor Gabriel B. Ventura.

Hablaron en nombre de la Corporación los miembros de número Dres. Juan Carlos Palmero y Daniel Pablo Carrera, y antes de finalizar el acto pronunció unas palabras Dn. Luis Alberto Pizarro, hijo del homenajeado Dr. Néstor Pizarro, para agradecer en nombre de la familia el recordatorio.

VIII. Premios, concursos, distinciones

a) Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

La Institución ha galardonado con el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba correspondiente al año 2000 a la Asociación Civil «Foro de Córdoba» presidida por el Dr. Gustavo Carranza. El jurado, integrado por nuestro presidente honorario Dr. Pedro J. Frías, y los académicos de número Dres. Juan Manuel Aparicio y Efraín Hugo Richard, tuvo en cuenta que esta asociación civil ha editado desde hace trece años, sesenta y dos números de la revista «Foro de Córdoba» más tres volúmenes de Repertorio, seis tomos de Fallos del Tribunal Superior de Justicia (dos de la Sala Penal, y otros tantos de las Salas Civil y Laboral) y un Suplemento de Derecho Público, de gran calidad. Ha destacado también su utilidad para la profesión y la magistratura, en doctrina, legislación, jurisprudencia y bibliografía.

La entrega del premio se hizo en la sesión especial del 14 de noviembre. Hizo uso de la palabra en nombre de nuestra Corporación el Dr. Efraín Hugo Richard, y agradecieron en nombre de «Foro de Córdoba», su presidente, Dr. Gustavo Carranza y el Dr. Enrique Guevara.

b) Concurso Publicación de Monografías Jurídicas - 2000.

Este Concurso, bianual según su reglamentación, debe realizarse en los años pares. Así pues, en sesión del 10 de agosto, se fijó como tema del certamen: «Dalmacio Vélez Sársfield: a) Su vida; b) Su obra jurídica», dejándose establecido que las monografías podían versar sobre cualquiera de esos dos subtemas. El jurado constituido por los Dres. Luis Moisset de Espanés, Eduardo Fanzolato y Humberto Vázquez, consideró que el trabajo presentado por Sebastián Márquez Laméná bajo el seudónimo Amboy, titulado «¿Vélez Sársfield consintió el abuso de la propiedad?», por su calidad y seriedad, merecía ser premiado.

La entrega de la distinción se realizó en sesión especial celebrada el 14 de noviembre, en la que hizo uso de la palabra, en nombre de nuestra Corporación el Dr. Efraín Hugo Richard.

c) Premios del Instituto de Federalismo.

Sin perjuicio de la mención que de estas actividades realiza el Instituto en su Informe anual, no deseamos dejar de mencionar aquí las dos

distinciones otorgadas dentro del marco de las tareas que con tanta dedicación orienta su director, el Dr. Pedro J. Frías.

1) *Diploma al mérito federal*. En la ciudad de Santa Rosa el día 11 de mayo, en el marco del Congreso Patagónico de Derecho Constitucional, se realizó la entrega del diploma al mérito federal a la Revista «Factor Económico» de Santa Rosa y al historiador Pedro Navarro Floria por su *Historia de la Patagonia*.

2) *Premio Eco Córdoba*. Esta distinción, en su edición 2000, fue acordada a «El Diario» de Paraná por su suplemento dominical «Naturalmente».

IX. Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales - Santa Fe

En la sesión del 24 de octubre se consideró el proyecto de creación de un Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales dependiente de la Academia, con sede en la provincia de Santa Fe, del que serán miembros natos todos los académicos correspondientes que hay en esa provincia. Es una de las iniciativas más novedosas y renovadoras para la vida de la Academia que han sido aprobadas por el cuerpo, y tiende a reflejar de manera práctica el principio de organización federal que inspira a las estructuras de nuestro país.

Aprobado el Reglamento se designó director del Instituto al prestigioso civilista rosarino Dr. Roberto H. Brebbia y, con posterioridad, se proveyeron también los cargos de subdirector y secretario, que recayeron en los Dres. Luis O. Andorno y Juan José Casiello.

El nuevo Instituto efectuó su reunión constitutiva el 6 de diciembre, en la ciudad de Rosario, acto presidido por el Dr. Olsen A. Ghirardi, quien concurrió acompañado por el académico secretario, Dr. Ricardo Haro, para poner en sus cargos a las autoridades del nuevo Instituto.

Posteriormente, el Dr. Roberto Brebbia ha hecho llegar a la Presidencia el plan de trabajo para el Curso Académico 2001, en el que centrará sus esfuerzos en el estudio de las posibilidades de establecer un Tribunal de Casación Civil en el orden nacional.

X. Cuarto Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho

Los días 14, 15 y 16 de diciembre se realizó en Valencia el Cuarto Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, en el que nuestra

Academia estuvo representada por el presidente, dos de sus miembros de número, los Dres. Eduardo Fanzolato y Antonio María Hernández, que tuvieron a su cargo la relación internacional de los temas vinculados con derecho de familia y federalismo, y un académico correspondiente, el Dr. Florentino V. Izquierdo. Todos ellos tuvieron activa participación en las deliberaciones.

Se fijó México como posible sede del próximo Congreso, a realizar en el año 2002, y se estipuló que el Secretariado de la Conferencia de Academias, que integra el suscrito como vicepresidente, se reuniría en San José de Costa Rica, en julio de 2001, para fijar el temario del Congreso y la fecha de realización.

XI. Premio Federación 2000

La Junta de Gobierno de la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba ha otorgado a la Academia el Premio Federación 2000. La decisión fue adoptada «en razón de la magnífica labor cumplida en la conmemoración de los 200 años del natalicio de Vélez Sársfield, con proyección nacional e internacional, lo que permitió renovar y profundizar el conocimiento de los abogados sobre la labor del gran Codificador en momentos en que injusta y desacertadamente algunos pretenden dejarla de lado».

Se otorgaron también distinciones similares al Consejo de la Magistratura de la provincia de Córdoba y al abogado Marcos Morales. La entrega del galardón se efectuó el 15 de diciembre y fue recibido en nombre de nuestra Institución por el vicepresidente, en razón de que el suscrito se encontraba en ese momento en España con motivo de la presentación del Libro Homenaje en Madrid y de la Reunión de Academias Iberoamericanas de Derecho en Valencia.

XII. Otras actividades

1) El Instituto de Filosofía del Derecho juntamente con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba realizaron el curso anual sobre «Razonamiento forense» los días 11 y 18 de octubre.

2) El 12 de septiembre, se realizó un acto en nuestro salón a moción del Instituto de la Educación. En primer término, el director del Instituto de la Educación, académico Dr. Fernando Martínez Paz, se refirió a las investigaciones y estudios que allí se realizan y a continuación disertaron dos de sus miembros: el Dr. Sergio Guestrin sobre el tema «Economía y derecho en una perspectiva interdisciplinaria» y la Dra. Zlata Drnas de Clément sobre «La humanización del derecho internacional público».

3) La Academia fue consultada por el ministro de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dr. Carlos Julio Lascano, sobre el proyecto de reforma integral del sistema de ejecución de la pena. Con la opinión dada por los académicos Dres. Daniel Pablo Carrera y José Severo Caballero se remitió el informe requerido, lo que fue agradecido posteriormente por el solicitante.

4) La Academia fue consultada por el ministro de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dr. Carlos Julio Lascano, sobre el anteproyecto de ley sobre testigo protegido. Se remitieron al Ministerio cuatro dictámenes elaborados por los académicos Dres. Daniel Pablo Carrera, Justo Laje Anaya, Ricardo Haro y José Severo Caballero.

5) Declaración de la Academia sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio. Previo estudio de este Proyecto y su respectivo tratamiento, la Academia analizó y discutió en la sesión del día 3 de octubre un proyecto de declaración, que fue aprobado de manera unánime y se hizo público por medio de la prensa, en el que expresa su convicción de la necesidad de un análisis profundo y sin apresuramiento del proyecto de nuevo Código Civil.

6) Consejo de la Magistratura: En la sesión del 5 de septiembre el Dr. Olsen A. Ghirardi informó que el Consejo de la Magistratura desde el 4 de febrero hasta el 4 de septiembre se reúne una vez por semana cuatro o cinco horas. El Dr. Ghirardi manifestó que el Consejo de la Magistratura, cuyas reuniones tienen lugar los fines de semana, ha realizado una ímproba tarea, ya que ha debido dictaminar en concursos en los que han participado más de 300 personas. En realidad, la tarea de evaluación de los antecedentes, insume a los integrantes del consejo una gran dedicación, que excluye la posibilidad de atender otras actividades y se realiza con carácter ad-honorem.

Su esfuerzo se ha visto secundado por la participación en muchas reuniones del primer suplente, Dr. Humberto Vázquez. Debe señalarse también que en la sesión ordinaria del 24 de octubre se designó al Dr.

Daniel Pablo Carrera segundo suplente, en reemplazo del Dr. Manuel Augusto Ferrer, quien pidió ese reemplazo en razón de que sus ocupaciones le impedían en ese momento cumplir con la tarea para la cual el cuerpo lo había designado. El Dr. Carrera tomó participación en los concursos para la provisión de cargos en los tribunales penales.

7) Las academias nacionales efectuaron el 8 de agosto un acto en homenaje al Libertador San Martín, para conmemorar el 150 aniversario de su muerte, que contó con la presencia del presidente de la Nación y el ministro de Educación, en el antiguo recinto del Congreso Nacional, sede de la Academia Nacional de la Historia. Nuestra Academia adhirió al acto, al que concurrieron acompañando al presidente el presidente honorario, Dr. Pedro J. Frías; el vicepresidente, Dr. Olsen A. Ghirardi; el secretario, Dr. Ricardo Haro, y el académico de número Dr. Antonio María Hernández.

8) Entre los días 12 a 14 de octubre se realizó en La Cumbre, organizado por el Instituto de la Empresa de esta Academia juntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y la Fundación para el Estudio de la Empresa el «II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y el IV Congreso Nacional de Derecho Concursal en homenaje a los ex académicos Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra», cuyas personalidades fueron evocadas por el Dr. Efraín Hugo Richard.

9) El 26 de abril se realizó la XXXVIII Colación de Grados de la Universidad Católica de Córdoba. La Academia adhirió expresamente al acto. El discurso académico estuvo a cargo del académico correspondiente Dn. Winfried Böhm, a quien el representante de esta Corporación Dr. Humberto Vázquez hizo entrega del Libro Homenaje a Dn. Dalmacio Vélez Sársfield.

10) La Academia adhirió al homenaje a Félix Frías, cuyas cenizas se depositaron en un monolito erigido al borde del lago que lleva el nombre de este ilustre cordobés, en la zona de la cordillera patagónica.

XIII. Clausura del año académico y despedida al secretario técnico

El 19 de diciembre, con un brindis se realizó la última sesión del año académico 2000, que tuvo carácter público y a la que se invitó a las viudas de antiguos miembros de nuestra Corporación.

Se aprovechó la ocasión para despedir formalmente al secretario técnico, Dn. Gastón Urrets Zavalía, quien se aleja de la institución después de haberse desempeñado en ella durante cuarenta y cuatro años, ya que ingresó en 1956.

El secretario académico, Dr. Ricardo Haro, tuvo a su cargo las palabras con que se encomió la tarea que desempeñara con singular probidad Urrets Zavalía, quien por su ponderada discreción fue siempre merecedor de la confianza de las distintas autoridades que se sucedieron durante tan dilatado lapso.

Gastón Urrets Zavalía se encontraba acompañado por su familia, y respondió con emocionadas palabras, levantando luego todos una copa en honor del tan querido funcionario de la Academia, que en ese momento se alejaba.

XIV. Presentación de libros

1) En reunión realizada el 21 de mayo, se presentó el libro *The Philosophy of Law*, uno de cuyos capítulos ha sido redactado por el vicepresidente, Dr. Olsen A. Ghirardi, como autor de la voz «epistemología». La presentación de la obra estuvo a cargo del Prof. Dr. Armando S. Andruet, y a continuación el Dr. Ghirardi, luego de agradecer las palabras del Dr. Andruet, explicitó algunos aspectos de la obra y de su elaboración.

2) En la sesión especial del 25 de julio se presentó la obra *Consistencia* del académico correspondiente Dr. Adolfo A. Critto. El director del Instituto de Federalismo, Pedro J. Frías, se refirió a la destacada labor del autor del libro, acto seguido la licenciada María Eugenia Olmos hizo la presentación de la obra mencionada y luego el autor hizo una pormenorizada exposición explicativa del contenido de su libro.

XV. Publicaciones de la Academia aparecidas en el año 2000

Ha sido muy intensa esta actividad. Baste con enumerar los volúmenes publicados y distribuidos; a saber:

- 1) Anales año 1999,
- 2) Cuadernos de Federalismo N° XIII,

- 3) Cuadernos de Historia N° IX,
- 4) Teoría y práctica del razonamiento forense (Tercer volumen - Instituto de Filosofía),
- 5) Reimpresión facsimilar de la obra del ex presidente de esta Academia, Dr. Enrique Martínez Paz, titulada *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil*,
- 6) Libro *Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield* (5 tomos) con colaboración de más de un centenar de juristas americanos y europeos,
- 7 a 10) «Premio Publicación - Tesis sobresalientes» (cuatro libros, que se detallan en el apartado II-B-4 de esta Memoria).
- 11) *Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas*,
- 12) *El siglo XXI y el razonamiento forense*,
- 13) *Vélez Sársfield: Vida y obra*, de Izquierdo, Sánchez Torres y Córdoba (Premio del Ministerio de Justicia)
- 14) *Enseñanza, política de Estado*, coedición con la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, y la Academia Nacional de Educación.
- 15) *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, de Efraín Hugo Richard.
- 16) *La filosofía en Alberdi* (segunda edición aumentada), de Olsen A. Ghirardi.

En diciembre último venció el término de dos años por el que se contrataran las publicaciones periódicas de la Academia con Editorial Advocatus (1999 y 2000), de acuerdo al concurso de precios y calidad que se efectuó. Ello hizo necesario llamar a un nuevo concurso de precios para las publicaciones, distinguiendo entre las de carácter periódico (Anales y Cuadernos de los Institutos), y las obras que forman la Serie de «Ediciones de la Academia», para los años 2001 y 2002. La apertura de sobre se efectuó el 30 de enero de 2001; se presentaron cuatro oferentes: El Copista, Advocatus, Alveroni y Editorial Mediterránea, presentaciones que fueron analizadas por la Mesa Directiva de la Academia y en razón de la muy neta diferencia que existía en todos los rubros a favor de Advocatus, se adjudicaron a esa editorial los trabajos de publicaciones de la Academia para el período que comprende los años 2001 y 2002.

Sobre el particular es menester destacar que la adopción de este procedimiento, fue resuelta hace ya tiempo en sesiones ordinarias de la Academia, pues todos sus integrantes han considerado que es el que garantiza la mayor ecuanimidad y prudencia en la disposición de los fondos adjudicados a la Academia por el gobierno nacional.

XVI. Otras actividades en el aula de la Academia

Continuaron realizándose las sesiones y los actos públicos de la Academia de Ciencias Médicas entidad a la que, previo formal y oportuno requerimiento se concedió en préstamo el Aula para facilitar el funcionamiento de sus actividades y hasta tanto pueda contar con sede propia.

XVII. Informática

Se ha adquirido un scanner y un disco rígido de 20 GB. En cambio, se ha suspendido la adquisición de una nueva computadora, que se iba a destinar a la Biblioteca, en razón de los recortes presupuestarios de que se da cuenta más adelante.

La abogada Mirta Bellotti ha tenido a su cargo el diseño y puesta en funcionamiento de la página Web, incorporándose una Sección Doctrina con monografías de los académicos, e informaciones generales sobre la Academia, sus fines, los miembros que la integran, los Institutos que posee, y la actividad que realiza.

XVIII. Institutos de la Academia

Han proseguido regularmente sus actividades, las cuales están detalladas en los respectivos informes anuales, que han sido presentados por los siguientes Institutos de nuestra Corporación: Federalismo; Filosofía del Derecho; Derecho Comparado; de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas; de la Empresa y de Educación.

Dichos informes serán publicados en nuestros Anales o en los respectivos Cuadernos de los Institutos.

XIX. Biblioteca «Alfredo Poviña»

Nuestra biblioteca sigue enriqueciendo su material mediante compra, donación y canje de material bibliográfico. Durante el presente año se ha continuado la tarea de fichaje y catalogación de las obras, todas las cuales se encuentran incorporadas a la Base de Datos ISIS.

La hemeroteca cuenta con 200 títulos, muchos de los cuales están actualizados. Hay también un millar de separatas inventariadas y ordenadas.

La viuda del académico Roberto Ignacio Peña ha donado aproximadamente quinientos libros y publicaciones periódicas que pertenecieron a su esposo, con los que se ha formado una nueva sección en la Biblioteca del Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas. La tarea técnica de fichaje y catalogación de todo este material está siendo efectuada con eficiencia por nuestra bibliotecaria, Sra. Matilde Tagle de Cuenca.

Acotamos, además, que el Instituto de Historia se ha convertido en custodio del «archivo Peña», integrado por los manuscritos originales del trabajo de toda su vida.

XX. Situación económica de la Academia

Todas las academias nacionales han sufrido un recorte en los montos que les remite el gobierno, lo que ha creado dificultades para su desenvolvimiento, que en algunos casos han sido muy serias. En efecto, el Poder Ejecutivo dispuso que ese recorte alcanzaría al 10 % del Presupuesto Anual, pero como recién comenzó a aplicarlo a partir del mes de julio, es decir desde mediados de año, practicó durante los últimos seis meses una reducción que ascendía al 20 % del presupuesto mensual.

A comienzos del año 2001 se nos ha hecho llegar una Resolución del Ministerio de Educación por la que se dispone que en este presupuesto el recorte será del 20 %. Se continuará, pues, recibiendo durante todo el año una cifra mensual igual a la que se envió desde julio a diciembre del año 2000.

En el caso de nuestra Academia, la disminución presupuestaria no impide su funcionamiento, pero pone límites a la actividad cultural planificada, provocando que se reduzcan las publicaciones y los seminarios o jornadas que se proyectaba realizar.

Las academias han solicitado una entrevista con el ministro de Justicia para reclamar se deje sin efecto esta reducción y, si se concede la audiencia, nuestra casa estará representada por el suscripto, o por el vicepresidente.

XXI. Inmueble de la sede

Se ha puesto especial cuidado en el mantenimiento del inmueble que nos aloja. Particularmente, debemos destacar la colocación de nuevas estanterías en la oficina que ocupa el Instituto de la Historia y las Ideas Políticas para ubicar los libros que donó la viuda del Dr. Peña.

También cabe recordar que en la nueva oficina en la planta alta se ha incorporado mobiliario, en especial estanterías y un fichero, con amplia capacidad, para lo que debió contratarse un carpintero, al que se encargó también el cierre de la Biblioteca de la sala de sesiones, con puertas corredizas que llevan vidrios burilados con el escudo de la Academia, trabajo que ha sido concluido en el mes de febrero de 2001.

Se ha realizado la pintura de la fachada del edificio y de la sala de sesiones y, finalmente, debemos destacar que fue menester realizar una reparación total de las cubiertas de techos, para evitar que las precipitaciones pluviales provocasen humedades.

XXII. Personal de la Academia

Se desempeñaron en sus respectivas tareas el secretario técnico Dn. Gastón Urrets Zavalía, el contador Dn. Alejandro César Maraschio, la bibliotecaria Sra. Matilde Tagle de Cuenca, y los auxiliares Sres. Juan Carlos Maldonado y Miguel Hugo Arrieta, a los que se sumó la abogada Pilar Hiruela hasta el 30 de abril y a partir del mes de junio la abogada Mirta Bellotti, en el carácter de contratadas.

Todos ellos han cumplido satisfactoriamente las tareas que les competen, por lo que esta Presidencia agradece su colaboración pero considera necesario destacar algunos aspectos, a saber:

a) El secretario técnico, Dn. Gastón Urrets Zavalía, ha servido con gran lealtad, discreción y prudencia a nuestra Corporación durante 44

años, a lo largo de las presidencias de los Dres. Sarría, León, Poviña, Frías y el que suscribe. A comienzos de este año presentó su renuncia por considerar que necesitaba descansar de un trajín tan prolongado pero, a pedido de esta Presidencia prolongó su colaboración hasta la finalización del curso académico. En el apartado XIII damos cuenta del acto en que la Academia despidió a tan fiel funcionario.

b) La abogada Pilar Hiruela, durante el período de su contrato, brindó los mejores esfuerzos para posibilitar que se concretase con éxito la preparación del Libro Homenaje, la recepción de los trabajos, su ordenamiento por materias, y la corrección de las pruebas de imprenta de la obra.

c) La abogada Mirta Bellotti comenzó capacitándose en algunas de las tareas propias de la Secretaría Técnica (confección de las actas, atención de correspondencia, preparación de los borradores de esta Memoria, colección y ordenamiento del material de Anales) y brilló muy especialmente en la preparación de la «página web», que gracias a su esfuerzo pudo aparecer este año en Internet, hecho que ha motivado que diversas personas hiciesen llegar sus felicitaciones a la Academia por el diseño de esa página.

d) Los auxiliares administrativos, Juan Carlos Maldonado y Miguel Arrieta han cumplido con dedicación poco común todas las tareas que se les encomendaron, comenzando a familiarizarse con aspectos como la atención del movimiento bancario (pago de proveedores, servicios, impuestos, aportes jubilatorios y sueldos) y, muy especialmente, resultaron piezas claves para atender el intenso movimiento de remisión del material impreso por la Academia, debiendo destacarse dos cosas: procuraron en todo momento buscar la forma de reducir los costos de los envíos, y prepararon personalmente todos los paquetes de libros. Sin su ayuda hubiese resultado imposible concretar los actos de presentación del Libro Homenaje a Don Dalmacio Vélez y la remisión de las obras de ediciones de la Academia a los miembros de la Corporación (académicos de número y correspondientes), y a las numerosas instituciones con las que se mantiene servicio de canje.

Contribuyeron también, bajo la dirección del suscripto, a completar los ficheros y organizar las carpetas con los legajos de los académicos y del personal.

e) Tanto el contador Maraschio como la bibliotecaria Sra. Cuenca de Tagle han cumplido a conciencia con sus deberes y hago extensivo a ellos mi agradecimiento.

XXIII. Corolario

Señores académicos: he procurado cumplir de esta manera con el deber que me impone el art. 15 de nuestros Estatutos y solicito la aprobación de la Memoria, como también del Balance que se acompaña.

Córdoba, 2 de marzo de 2001

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 2000
(en pesos)

ACTIVO	PARCIALES	TOTALES
<i>Capítulo I - MUEBLES E INMUEBLES</i>		
1. Inmuebles	4,83	
2. Máquinas		
Ejercicio anterior	12.063,64	
Ultraaspiradora	161,23	
Máquina calcular	24,90	
Disco rígido y escáner	390,00	12.639,77
3. Muebles y útiles e instalaciones		
Ejercicio anterior	5.632,24	
Fichero	288,00	5.920,24
4. Cuadros	0,001	
5. Biblioteca	4,26	
6. Equipo aire acondicionado	90.85,28	
7. Retroproyector	641,00	
		28.295,381
<i>Capítulo II - DISPONIBILIDADES</i>		
1. Banco Suquía Caja Ahorro en pesos	10.518,65	
2. Banco Nación Plazo Fijo en dólares	42.675,00	
3. Banco Suquía Plazo Fijo	10.444,00	
4. Banco Suquía Plazo Fijo	30.765,43	
		94.403,08
TOTAL		122.698,46
<hr/>		
ACTIVO	PARCIALES	TOTALES
<i>Capítulo I - DEUDAS</i>		
1. Banco Nación Cta. Cte.	2.123,80	
		2.123,80
CAPITAL SOCIAL		120.574,66
TOTAL		122.698,46

**DETALLE DE MOVIMIENTOS DE INGRESOS Y EGRESOS DE
LOS APORTES REALIZADOS A LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, DESDE
EL 1° DE ENERO DE 2000 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2000, POR
LA TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

CONCEPTOS A RENDIR	PARCIALES	TOTALES
	(en pesos)	(en pesos)
Saldo pendiente de rendición al 31/12/99		3.924,72
Aportes recibidos de Tesorería Gral. de la Nación		
1) 03-01-2000	16.306,00	
2) 04-02-2000	13.667,00	
3) 01-03-2000	13.667,00	
4) 04-04-2000	13.667,00	
5) 05-05-2000	13.667,00	
6) 05-06-2000	13.667,00	
7) 05-07-2000	16.305,00	
8) 07-08-2000	10.933,60	
9) 06-09-2000	10.933,60	
10) 31-10-2000	10.933,60	
11) 02-11-2000	10.933,60	
12) 04-12-2000	13.044,00	
		157.724,40
Total a rendir		161.649,12
<i>Egresos del 01-01-2000 al 31-12-2000</i>		
- Sueldos	28.101,00	
- Servicios de terceros	26.770,35	
- Agua corriente y cloacas	272,48	
- Energía eléctrica	1.371,20	
- Gastos generales	5.710,15	
- Publicaciones	32.584,00	
- Gastos oficina	2.708,65	
- Gas	128,26	
- Gastos limpieza	345,59	
- Conservación edificio	4.120,80	
- Gastos movilidad y viajes	1.173,40	
- Teléfono	2.901,47	
- Seguros	1.297,08	
- Distribución de correspondencia	22.357,61	
- Gastos actos y representación	7.680,32	
- Comisiones y gastos bancarios	207,12	
- Impuesto inmobiliario	558,00	

MEMORIA Y BALANCE

675

- Anses y Obra Social	13.726,62	
- Repuestos y reparaciones	896,52	
- Honorarios	1.977,28	
- Libros	217,40	
- Gastos computación	65,00	
- Equipos	576,13	
- Muebles y útiles	288,00	
Saldo pendiente de rendición al 31/12/00		(156.034,43)
		5.614.69

CUENTAS DE GASTOS Y RECURSOS: Correspondientes al período
que abarca desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2000.

DEBE	PARCIALES (en pesos)	TOTALES (en pesos)
<i>Egresos del 01/01/2000 al 31/12/2000</i>		
Sueldos	28.101,00	
Servicios de terceros	26.770,35	
Agua corriente y cloacas	272,48	
Energía Eléctrica	1.371,20	
Gastos Generales	5.710,15	
Publicaciones	32.584,00	
Gasto Oficina	2.708,65	
Gas	128,26	
Gastos limpieza	345,59	
Conservación edificio	4.120,80	
Gastos movilidad y viajes	1.173,40	
Teléfono	2.901,47	
Seguros	1.297,08	
Correspondencia y envío libros	22.357,61	
Gastos actos y representación	7.680,32	
Comisiones y gastos bancarios	207,12	
Impuesto inmobiliario	558,00	
Anses y Obra Social	13.726,62	
Repuestos y reparaciones	896,52	
Honorarios	1.977,28	
Libros	217,40	
Gastos computación	65,00	
		155.170,30
Superávit del ejercicio		10.070,94
		165.241,24
HABER	RECURSOS (en pesos)	TOTALES (en pesos)
Intereses Ganados	6.516,84	
Aportes Tesorería Gral. de la Nación	157.724,40	
Aporte Banco Suquía	1.000,00	
		165.241,24

INFORME DE AUDITORÍA

A LA HONORABLE COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CERTIFICO haber examinado el Balance General año 2000 practicado el día 31 de diciembre de ese año, y el detalle del movimiento de los ingresos y egresos del Aporte otorgado a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 1º de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2000, los cuales arrojan las siguientes cifras:

<i>BALANCE GENERAL</i>	<i>En Pesos</i>
ACTIVO	122.698,46
PASIVO	(2.123,80)
CAPITAL SOCIAL	120.574,66

DETALLE DEL MOVIMIENTO DE INGRESOS Y EGRESOS

Saldo pendiente de rendición a Tesorería General de la Nación al 31/12/99	3.924,72
Ingresos: Aportes recibidos durante 2000 de Tesorería General de la Nación	157.724,40
Suma	161.649,12
Egresos	(156.034,43)
Saldo pendiente de rendición a Tesorería General de la Nación al 31/12/2000	5.614,69

El análisis se efectuó aplicando normas de Auditoría por lo cual considero que los Estados Contables indican la real situación Patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y el detalle de Movimientos de Ingresos y Egresos responde a la suma de operaciones correspondientes.

Expido el presente en la ciudad de Córdoba, a veintisiete días del mes de febrero de dos mil uno.

Ricardo Haro
Secretario

Alejandro César Maraschio
Contador Público U.C.C.
Mat. 10-02397.6 C.P.C.E. Cba.

ESTADO DE ORIGEN Y APLICACIÓN DE FONDOS

Por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2000 comparativos con el ejercicio anterior. En pesos.

	EJERCICIO FINALIZADO EL	
	31/12/1999	31/12/2000
VARIACIÓN DE FONDOS		
Fondos al inicio del ejercicio	78.720,73	130.050,47
Disminución de fondos		(35.647,39)
Aumento de fondos	<u>51.329,74</u>	
Fondos al cierre del ejercicio	130.050,47	<u>94.403,08</u>
CAUSAS DE VARIACIÓN DE FONDOS		
Aportes de Tesorería General de la Nación e intereses ganados	175.351,91	164.241,24
Aporte especial Banco Suquía	1.000,00	1.000,00
Menos:		
Egresos ordinarios	<u>169.185,87</u>	<u>(155.170,30)</u>
Aumento de fondos ordinarios	7.166,04	10.070,94
Adquisición de bienes de uso	(2.814,30)	(864,13)
Nuevas deudas a corto plazo	46.978,00	2.123,80
Pago deudas a corto plazo		<u>46.978,00</u>
Aumento de fondos ordinarios	<u>51.329,74</u>	
Disminución de fondos ordinarios		35.647,39

Córdoba 27 de febrero de 2001

Ricardo Haro
Secretario

Alejandro César Maraschio
Contador Público U.C.C.
Mat. 10-02397.6 C.P.C.E. Cba.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 2001-2004)	7
Académicos de Número y distribución de sillones al 31-12-2001	9
Académicos Correspondientes Argentinos al 31-12-2001	11
Académicos Correspondientes Extranjeros al 31-12-2001	13
Institutos de la Academia	16
Premio «Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba»	17
Premio «Provincias Unidas»	18
Premio «Al Joven Jurista»	19
Distinción «Maestro del Derecho»	20
Premio Publicación de Tesis Sobresalientes	20
Presidencia	21
Sillones Académicos - Su historia (al 31-12-2000)	21
Autoridades de la Academia desde su fundación	25
Académicos de Número desde su fundación	29

DOCTRINA

Aspectos del régimen de propiedad horizontal vigente y su perfectibilidad

por Hernán N. Racciatti

35

Del ius romano a los derechos humanos de la Convención Americana

por Fernando Vidal Ramírez

53

Problemas actuales de la teoría contractual

por Ricardo Luis Lorenzetti

93

La organización de la comunidad internacional a inicios del tercer milenio

por Zlata Drnas de Clément

133

El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible <i>por Juan José Casiello</i>	145
Acción espiritual y civilizadora de la justicia eclesiástica en el antiguo Tucumán <i>por Nelson C. Dellaferrera</i>	165
La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad <i>por Ricardo Haro</i>	199
La sentencia judicial. Diversas conceptualizaciones de ella <i>por Armando S. Andruet (h.)</i>	223
Las transformaciones en el derecho societario <i>por Miguel C. Araya</i>	237
Compraventa internacional de mercaderías <i>por Pedro F. Silva-Ruiz</i>	267
La democracia y el lugar de la ley <i>por Eduardo García de Enterría</i>	289
Derecho y economía, el desafío del siglo XXI <i>por Efraín Hugo Richard</i>	307
La crisis financiera argentina <i>por Efraín Hugo Richard</i>	321
ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA	
- DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS EN SESIONES PRIVADAS	
La formación del dirigente político <i>por Pedro J. Frías</i>	329
Reflexiones sobre la eutanasia <i>por Justo Laje Anaya</i>	337

Daños causados la actividad comercial. Específicamente por insolvencia <i>por Efraín Hugo Richard</i>	343
Reflexiones críticas a la ley holandesa de «Terminación de la vida a petición propia». Nuestra consideración acerca de la eutanasia <i>por Armando S. Andruet (h)</i>	351
La jurisprudencia penal cordobesa en el período tardo-colonial 1776-1810 <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	401
Legitimación de la acción educativa <i>por Fernando Martínez Paz</i>	423
 <i>- INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS DE NÚMERO</i>	
Incorporación del miembro de número Dra. Zlata Drnas de Clément Presentación por el Dr. Pedro J. Frías	435
Incorporación del miembro de número Pbro. Dr. Nelson C. Dellaferrera Presentación por el Dr. Humberto Vázquez	437
Palabras del Dr. Nelson C. Dellaferrera	439
Incorporación del miembro de número Dr. Armando S. Andruet (h.) Presentación por el Dr. Olsen A. Ghirardi	445
Breve agradecimiento del Dr. Armando S. Andruet (h.)	448
Recuerdo a la obra de Jorge Carranza	449
 <i>- RECEPCIÓN DE NUEVOS MIEMBROS CORRESPONDIENTES</i>	
<i>a) En el extranjero</i>	
Recepción del académico correspondiente en Perú, Dr. Fernando Vidal Ramírez Presentación por el Dr. Luis Moisset de Espanés	459
Recepción del académico correspondiente en Puerto Rico, Dr. Pedro Silva-Ruiz Presentación por el Dr. Eduardo I. Fanzolato	461

Recepción del académico correspondiente en España, Dr. Eduardo García de Enterría Presentación por el Dr. Antonio María Hernández (h.)	465
--	-----

b) Académicos correspondientes argentinos

Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Hernán N. Racciatti Presentación por el Dr. Luis Moisset de Espanés	469
---	-----

Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti Presentación por el Dr. Efraín Hugo Richard	475
---	-----

Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Juan José Casiello Presentación por el Dr. Pedro J. Frías	481
---	-----

Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Miguel C. Araya Presentación por el Dr. Efraín Hugo Richard	483
---	-----

- PREMIOS

Acto de entrega de diplomas a los ganadores del Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes»	491
Palabras de la Dra. Zlata Drnas de Clément	491
Palabras del Dr. Miguel Ángel Acosta	493
Palabras del Dr. Héctor Zucchi	495

Acto de entrega de diplomas a los ganadores del Premio «Joven Jurista 2001»	499
Palabras del Dr. Juan Carlos Palmero	499
Palabras pronunciadas por el Dr. Martín Abdala	504
Palabras pronunciadas por el Dr. Fernando Alfonso María Toller	505
Palabras pronunciadas por Luis Carranza Torres	506
Palabras pronunciadas por Carlos Alberto Molina Sandoval	507

- HOMENAJES

Homenaje al Dr. Jorge A. Núñez con motivo del Centenario de su Natalicio	511
---	-----

Palabras de la Dra. Margarita Santillán Núñez	511
Palabras del Dr. Humberto Vázquez	515
Palabras de la Sra. María Núñez de Checchi	520
- <i>DICTÁMENES</i>	
Anteproyecto de ley de libertad religiosa	525
Modificaciones a la ley 17. 418 de Contrato de Seguro	531
- <i>ACTUACIÓN DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD EN BUENOS AIRES</i>	
Investigación del académico correspondiente	
Dr. Horacio Daniel Piombo	539
- <i>ACTO DE DESPEDIDA</i>	
<i>Del Sr. secretario técnico Dr. Gastón Urrets Zavalía</i>	583
- <i>RECENCIONES</i>	
La mundialización financiera	
<i>por Efraín Hugo Richard</i>	593
Quaderni fiorentini	
<i>por Humberto Vázquez</i>	611
- <i>MEMORIAS DE LOS INSTITUTOS</i>	
Memoria del Instituto de Derecho Comparado	617
Memoria del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe	619
Memoria del Instituto de Educación	622
Memoria del Instituto de Federalismo	626
Memoria del Instituto de la Empresa	627
Memoria del Instituto de Filosofía del Derecho	636
Memoria del Instituto de Historia del Derecho	
y de las Ideas Políticas «Roberto I. Peña»	640
- <i>MEMORIA DE LA ACADEMIA Y BALANCE</i>	
Memoria de la Academia - Año 2000	647
Balance general al 31 de diciembre de 2000	673
Detalle de movimientos de ingresos y egresos de los aportes	
realizados a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias	
Sociales de Córdoba, desde el 1º de enero de 2000 al 31 de	
diciembre de 2000, por la Tesorería General de la Nación	674
Cuenta de gastos y recursos	676
Informe de Auditoría	677
Estado de origen y aplicación de fondos	678

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes de mayo de 2002

