

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XLVII
AÑO ACADÉMICO 2008

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Anales. - 1a ed. - Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba, 2009.

626 p. ; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-62-9

1. Derecho. I. Título

CDD 340

Fecha de catalogación: 19/11/2009

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

Queda hecho el depósito que marca la ley

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

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Secretario

JORGE DELARÚA
Tesorero

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

PEDRO J. FRÍAS
OLSEN A. GHIRARDI

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

**EXPOSICIONES
DE
ACADÉMICOS**

LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES CON EL DERECHO CIVIL

por RAÚL ALTAMIRA GIGENA * Y ANDREA SOFÍA KESELMAN **

SUMARIO: I. Presentación del tema. II. Concepto de solidaridad en el derecho social. III. La solidaridad en las relaciones de trabajo. IV. Nuestra posición con visión de futuro. V. Los nuevos fallos de la C.S.J.N. en materia de solidaridad: una interpretación del silencio de la mayoría del alto tribunal.

I. Presentación del tema

A partir de “Rodríguez c/ Embotelladora” (15/4/93), reiterado en “Luna c/ Agencia Marítima” (2/7/93), seguido en “Escudero, Segundo c/ “Nueve ‘A’” (14/9/00), siendo presidente del máximo tribunal el Dr. Nazareno, con la nueva integración, numerosos magistrados y abogados dedicados al derecho del trabajo -especialmente con vocación “obrerista”- interpretaron que con las doctrinas expuestas en las sentencias “Aquino”, “Milone” y “Vizotti”, se modificaría sustancialmente el criterio del tribunal en materia de solidaridad en las relaciones laborales, como también el criterio resuelto en “Palomeque, Aldo c/ Benemeth S.A.” (3/4/03), relacionado con el “corrimiento del velo de la personalidad” (responsabilidad solidaria de los directores, administradores o conductores de la sociedad).

* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 20 de mayo de 2008.

** Profesora de Derecho Laboral y Provincial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

La Suprema Corte, con la actual composición, en la causa “Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros s/ recurso de queja”, Sent. del 18/10/06, entre otras, por considerarla inadmisibile en los términos del art. 280 C.P.C.C.N. y con la única disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, no analiza el tema, quedando latente el “*verdadero*” *criterio del máximo tribunal nacional, y con ello* “frustra” esperanzas, para algunos “todo queda como está”, “nada ha cambiado”; en cambio para el sector “*obrero*” el cambio ha sido sustancial y, por lo tanto, la responsabilidad es amplia, plena y con un criterio a “Rodríguez”, “Luna” y “Escudero”.

II. Concepto de solidaridad en el derecho social

Para la Real Academia Española, “*solidario*”, “*solidaria*”, viene del latín “*sólido*”. Tiene un doble significado: “1) se aplica a las obligaciones contraídas *in solidum* y a las personas que la contraen. 2) Adherido o asociado a la causa, empresa u opinión de otro”

“*Solidaridad*” (*de solidario*): 1) “Modo de derecho u obligación *in solidum*. 2) Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”.

Para el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, de Joaquín Escriche (edición 1888), “*solidariamente*”, es “por entero, por el todo: lo mismo que *in solidum*”.

Para el *derecho del trabajo*, la *solidaridad* tiene un doble significado: 1º) como *obligación de pago*, prevista en los arts. 29, 29 bis, 30, 31, 225 a 229 de la L.C.T. (que analizaremos en particular); y 2º) como *valor ético*, es una obligación genérica para ambas partes de la relación laboral, que deben cumplir, activa y pasivamente, no sólo lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino todos aquellos comportamientos que sean su consecuencia, *apreciados con criterio de colaboración y solidaridad* (art. 62 L.C.T).

El contrato de trabajo no agota *su contenido obligacional* con las prestaciones de carácter patrimonial (brindar el servicio y abonar el salario), se le adicionan -al decir de Justo López- conductas, poderes y deberes que deben ser asumidos o acatados por las partes del contrato según

los casos. Hay deberes de conducta distintos de los deberes de prestación típica, que pueden ser tan importantes como los deberes principales ¹.

Coincidimos con Máximo Daniel Monzón, que se constituyen relaciones complejas, de naturaleza jurídico patrimonial, enmarcadas por elementos jurídicos personales que matizan la relación contractual con valores de orden espiritual ².

En definitiva, son deberes de conducta que comprenden todo el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato de trabajo, y que acertadamente sintetiza Carlos Etala en:

1. Evitar todo abuso del derecho;
2. Cuidar de no frustrar los valores protegidos legalmente, manteniendo recíproca lealtad;
3. Actuar con claridad, manteniendo la subsistencia del vínculo y no su disolución, no guardando silencio frente a los reclamos de la otra parte;
4. Tratar de que cada uno obtenga un resultado útil de su prestación;
5. Considerar como irregular o antifuncional, todo ejercicio caprichoso o negligente del derecho;
6. La conducta exigible tiene que ser coherente con la actuación en una comunidad organizada para la obtención de una finalidad común, excluyendo todo acto que tienda a frustrar la vida en dicha comunidad o la obtención de sus fines propios ³.

Para la *seguridad social*, “*la solidaridad*” es uno de los principios fundamentales, básicos de la disciplina. ***Sin “solidaridad”, no hay seguridad social.*** Es una manifestación de la *fraternidad entre los hombres* “que impone que quienes conviven en sociedad se presten recíproca ayuda”.

Coincidimos con Humberto Podetti en que la “*adhesión entre los miembros de una determinada comunidad o grupo, manifes-*

¹ Justo LÓPEZ, *Ley de contrato de trabajo comentada y concordada*, Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1987, t. I, pág. 350.

² Máximo Daniel MONZÓN, *La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pág. 17.

³ Carlos ETALA, *Contrato de trabajo ley 20.744 -texto ordenado-*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, pág. 173.

*tada como vinculación y responsabilidad recíprocas entre los individuos y los grupos. Se trata de una actuación social común de hombres que se ayudan mutuamente por una situación común o igual y por fines comunes e iguales. Su fin es el de los que estando unidos entre sí forman un todo para realizar la igualdad, no impuesta, sino por la propia actividad de los miembros de que se trata, y relación concreta con el objeto tenido en cuenta. La esencia última, es la corresponsabilidad participada y tensa en pos del bien común del grupo...”*⁴.

La solidaridad no es un sentimiento superficial por los males de tantas personas, es una virtud que consiste en *“la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”*⁵.

Una sociedad solidaria no es la que se construye desde lo gratuito sino desde la justicia. Antes de hacer una donación, es necesario y conveniente preguntarnos si hemos cumplido con las obligaciones laborales, previsionales, fiscales, y las obligaciones voluntarias (pagar las expensas en una propiedad, las cuotas de una suscripción, de una compra, etc.). Hay un orden del amor, hay también un orden de solidaridad, que nunca deberíamos olvidar.

Hay obligaciones legales que tienen como fundamento el principio de “solidaridad”, por ejemplo, las *contribuciones patronales* a los regímenes previsionales, de obras sociales, de asignaciones familiares y de desempleo, donde el empleador -por el importe que abona- **“no recibe ningún beneficio directo”**, tendrá que efectuar *otro* aporte para su jubilación y su cobertura de salud.

El trabajador también tiene que hacer un aporte mayor en algunos supuestos, con fundamento en el principio de “solidaridad”. Por ejemplo: el profesor universitario que es docente en varias facultades o escuelas, en cada una cobra salario, y en cada retribución le retendrán el aporte a la

⁴ Humberto PODETTI, “La política social” en *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Vázquez Vialard, Buenos Aires, Astrea, t. 1º, pág. 414.

⁵ Rafael BRAUN en “Conductas solidarias”, revista Criterio del 27/5/99.

obra social, ese aporte mayor no le otorga ningún beneficio adicional comparado con el que integra uno menor. Si trabaja en una empresa el matrimonio, cada uno deberá aportar a la misma obra social, por el hecho de remitir una suma mayor que si trabajara uno solo de la pareja, tampoco le otorga un beneficio adicional. Todo ello con base en la “solidaridad”.

III. La solidaridad en las relaciones de trabajo

En el derecho del trabajo la “*solidaridad*” es impuesta por ley (L.C.T.), a diferencia de la contratación civil o comercial que tiene que estar expresamente convenida o pactada (caso del garante en un contrato de compraventa o de locación).

La C.S.J.N. -en la anterior integración- procurando ordenar y encausar el tema en estudio, resolvió varias causas ⁶.

1º. En “Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” ⁷, el actor se hallaba vinculado laboralmente a la “Compañía Embotelladora Argentina S.A.”, empresa dedicada a la fabricación, venta y distribución de gaseosas de la línea Pepsi en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires.

La codemandada -“Pepsi Cola Argentina S.A.”, recurrente por la vía de la queja- se dedica a elaborar los concentrados de las bebidas gaseosas, vendiéndolos a su vez a otras empresas. “Compañía Embotelladora” compraba a “Pepsi Cola” esos extractos, elaboraba el producto final, lo vendía y distribuía.

El juez de primera instancia y la CNAT admitieron la demanda, haciendo extensiva la condena (salarios e indemnizaciones por ruptura del vínculo), a ambos demandados.

⁶ Causas: “Rodríguez, Juan c/ Embotelladora”, del 15/4/93; “Luna, Antonio c/ Agencia Marítima”, del 2/7/93; “Escudero, Segundo y otros c/ Nueve A”, del 14/9/00; “Fernández, Juan c/ Buenos Aires Magic S.R.L. y otros”, del 12/11/02, publicados en TSS 2003-222.

⁷ Causa: “Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro”, Sent. del 15/4/93, R. 317.XXIII; D.T. 1993-A-754.

La Corte revoca el pronunciamiento, rechaza la demanda respecto de Pepsi Cola Argentina S.A. (art. 16 ley 48).

2°. En “Luna, Antonio R. c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros”⁸, Luna prestaba servicios como estibador en el puerto de San Nicolás, con la codemandada “Agencia Marítima Rigel”, y demandó a su empleador y varias empresas por el principio de “solidaridad”, entre ellas a “Nidera” -exportadora de cereales-. El tribunal de trabajo y la Suprema Corte de Buenos Aires, impusieron la responsabilidad solidaria de todas las accionadas, por el pago de diferencias salariales. Al negarse el recurso extraordinario, motivó recurrir en queja.

La Corte -por mayoría- admite la queja, declara procedente el recurso extraordinario deducido, y rechaza la demanda respecto de “Nidera Argentina S.A.”, con costas.

3°. En “Escudero, Segundo R. y otros c/ Nueve ‘A’ S.A. y otra”⁹, por tratarse de un proceso posterior a octubre de 1998, aplica la ley de empleo 25.013, en lugar de dictar un nuevo texto acorde con la doctrina pretoriana, sanciona el art. 17 que reforma al 30 L.C.T., le impone *“a los cedentes, contratistas o subcontratistas, el deber de exigir a sus cesionarios o subcontratistas el número del CUIL de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones. Copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.*

*“Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, **no podrá delegarse en terceros** y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa”.*

“El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios,

⁸ Causa: “Luna, Antonio R. c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros”, Sent. del 2/7/93, D.T. 1993-B-1407.

⁹ Causa: “Escudero, Segundo R. y otros c/ Nueve ‘A’ S.A. y otra”, Sent. del 14/9/00, D.T. 2001-A-97.

contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.

“Estas disposiciones se aplican al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 del Estatuto de trabajadores de la industria de la construcción, ley 22.250”.

Con el nuevo texto del art. 30 R.C.T., la Corte resuelve “Escudero”. Los accionantes -empleados de la demandada “Nueve A S.A.”- prestaban servicios gastronómicos en el predio ferial de Palermo, que posee la Sociedad Rural Argentina. La Sala VII de la CNAT., revocó la sentencia de grado, extendiendo la condena solidariamente a la Sociedad Rural, con fundamento en el art. 30 R.C.T. Contra dicho pronunciamiento, la Sociedad Rural interpuso recurso extraordinario, que fue denegado, dando origen a la presentación directa o queja.

- La Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador fiscal, declara procedente el recurso extraordinario, y rechaza la demanda en contra de la Sociedad Rural, por cuanto no se ha probado la vinculación y/o participación económica o jurídica entre las accionadas, más allá de la concesión a que aluden los reclamantes.

4º. En “Fernández, Juan c/ Buenos Aires Magic S.R.L. y otros”¹⁰, el actor era empleado de “Buenos Aires Magic S.R.L.”, subconcesionaria de “Coca Cola”, titular de la concesión del expendio de bebidas sin alcohol en el interior del estadio del Club Atlético Boca Juniors. La Sala X del Trabajo, hace lugar a la demanda en forma solidaria, al empleador y a los codemandados solidariamente. El Club Boca Juniors interpone recurso extraordinario, que es denegado por la Sala, recurriendo en queja ante la C.S.J.N. El máximo tribunal, compartiendo el dictamen del procurador general de la Nación, hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario, y deja sin efecto la sentencia apelada, debiendo dictar una nueva resolución que desestime la solidaridad pretendida, porque no se ha demostrado que los codemandados hayan contratado o subcontratado servicios *que complementen o completen su actividad normal y espe-*

¹⁰ Causa: “Fernández, Juan c/ Buenos Aires Magic S.R.L. y otros”, Sent. del 12/11/02, publicada en TSS 2003-222.

cífica, de modo tal que exista una unidad técnica de ejecución, la empresa y su contratista en los términos del art. 6º L.C.T.

- Para Carlos Pose, la reforma de la ley de empleo, “*desnaturaliza el sentido de la norma ya que subordina la posibilidad de imputar responsabilidad solidaria, a que el empresario principal incumpla y/o sea negligencia en sus obligaciones de control*”, puede llevar a la virtual ineficacia del régimen de responsabilidad solidaria ¹¹.

Algunos tribunales nacionales y provinciales, por ejemplo, la Sala 6ª CNAT (cuando la integraban Capón Filas y Horacio de la Fuente, el Dr. Capón resolvió: “... *En reiteradas sentencias he señalado que pretensiones sustentadas en sentencias de la Corte, carecen de base normativa, ya que dicho Tribunal no es de casación. He señalado que la posición referida es una especie de ‘virus cultural’ que ha invadido el fuero desactivando su creatividad: se expresa en el deber moral de acatamiento a la doctrina de la C.S.J.N. Cabe indicar que ‘Rodríguez’, al carecer de fuerza de casación, no obliga a esta alza-da... máxime cuando los argumentos utilizados son escasos o ende-bles, el precedente no obliga a nadie,... si además, la tesis expresada por la Corte difícilmente se compadece con la realidad, los valores y el contenido de las normas en juego, surge en los restantes tribuna-les de la República el deber de apartarse de la mencionada posi-ción, de tal manera que el alto tribunal pueda rever su postura y hacer avanzar el derecho...*”.

Esta posición fue compartida por Fernández Madrid, con la disi-dencia de Horacio de la Fuente ¹².

En “Páez, Augusto” (18/10/06) y en otros precedentes, como se verá *infra*, la Corte rechaza por inadmisibile la queja, con fundamento en el art. 280 C.P.C.C., omitiendo un análisis detenido del tema, y en particular de la doctrina sustentada hasta entonces por el Tribunal.

¹¹ Carlos Pose, “De Rodríguez a Escudero o la ratificación de una interpretación estricta del art. 30 L.C.T.”, D.T. 2001-A-98.

¹² CNAT, Sala 6ª, *in re* “Andrada, Roberto c/ Mari S.A.”, 4/3/04, TSS 2004, pág. 516.

La única disidencia fue del Dr. Lorenzetti, quien después de relatar que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Córdoba, al rechazar el recurso de casación, dejó firme la sentencia que condenó solidariamente al Sindicato del Seguro y a la Obra Social del Personal del Seguro al pago de créditos indemnizatorios y salariales reclamados por dos trabajadores contra sus empleadores, *por estimar que resultaba dirimente que las tareas desempeñadas por los actores hacían al giro normal del hotel de propiedad de los apelantes*, dado en concesión a los codemandados Rubio y La Rosa, que revistieron la condición de empleadores, y por ello resultaba procedente la condena solidaria en los términos del art. 30 L.C.T., y, por lo tanto, la pretensión recursiva sólo trasuntaba disconformidad con lo resuelto, y se reducía a una interpretación parcial y subjetiva de los términos de la litis.

Para el Dr. Lorenzetti, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, al declarar formalmente inadmisibile el recurso de casación, dejó firme la sentencia que condenó solidariamente al Sindicato del Seguro y a la Obra Social del Personal del Seguro al pago de créditos indemnizatorios y salariales reclamados por dos trabajadores contra sus empleadores. Contra dicho pronunciamiento, las codemandadas vencidas interpusieron la apelación federal cuya denegación motivó la presente queja.

5°) El *a quo* consideró que carecían de trascendencia los planteos de las recurrentes fundados en que la hotelería no es su actividad principal, por cuanto la sentencia impugnada entendió que resultaba dirimente que las tareas desempeñadas por los actores hacían al giro normal del hotel de propiedad de las apelantes, dado en concesión a los codemandados Rubio y La Rosa, que revistieron la condición de empleadores, por tales razones resultaba procedente la condena solidaria en los términos del art. 30 L.C.T., y la pretensión recursiva sólo trasuntaba disconformidad con lo resuelto y se reducía a derivar una interpretación parcial y subjetiva de los términos de la litis.

Para el ministro en minoría, los agravios de las apelantes suscitan cuestión federal bastante para su consideración por la vía intentada; lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Agregó, para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Esta no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni

corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 C.N.¹³.

En ese sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última requiere, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse las razones por las cuales resulta inaplicable, inválida o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados. Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso.

Que en autos, se trata de determinar si una persona jurídica que tiene por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 2º ley 23.551) y de otra, que es un ente autónomo que debe destinar sus recursos en forma prioritaria a las prestaciones de salud cuyo Sistema Nacional integra (arts. 3º ley 23.660 y 2º ley 23.661), deben responder por las deudas laborales de empresarios a quienes concedieron la explotación de un hotel de su propiedad. Para este supuesto de hecho resulta aplicable el art. 30 L.C.T., conforme con el cual quienes cedan total o parcialmente a otro el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deben exigir el adecuado cumpli-

¹³ Conf. doctrina de Fallos 311:786; 312:696; 314:459; 324:1378, entre muchos otros.

miento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social y son solidariamente responsables por tales obligaciones.

En consecuencia, corresponde establecer si la decisión impugnada está dentro del campo de las opciones interpretativas legítimas o, por el contrario, no constituye una derivación razonada de la regla de derecho aplicable.

En razón de los términos de la controversia y del derecho aplicable cabía indagar si -tal como fue planteado en el recurso local- la hotelería hace a la actividad normal y específica propia de las recurrentes y no, como se hizo en el fallo impugnado, si la tarea de los actores correspondía al giro normal del hotel dado en concesión. Se advierte que el *a quo* no brindó a la cuestión un tratamiento adecuado y se apartó de la norma que rige la materia.

El fundamento del art. 30 L.C.T. es el principio protectorio de los derechos del trabajador, que recepta la Constitución Nacional y ha sido aplicado reiteradamente por esta Corte ¹⁴.

La referida tutela se concreta, en este caso, en una regla de derecho que establece la solidaridad obligacional pasiva, con la finalidad de ampliar la garantía respecto del crédito del dependiente.

La norma citada establece un primer requisito que es la existencia de un supuesto delimitado por subcontratación o contratación de trabajos o servicios que correspondan a su actividad normal y específica.

En el presente caso, no se trata de cesión total o parcial del establecimiento ni tampoco de subcontrato, sino de la simple contratación de servicios prestados por un tercero. En la cesión del establecimiento se trata de una modificación subjetiva por cambio de la figura del empleador, pero los créditos y deudas se transmiten como una posición contractual global, lo que justifica la solidaridad pasiva del cedente y del cesionario. En el subcontrato, hay un contrato principal y uno derivado lo que permite al acreedor del subcontratista accionar contra el deudor del contrato principal, dada la coincidencia de objetos y dependencia unilateral.

En cambio, cuando se trata de un contrato que celebra una parte con otra, la regla es que no hay acción directa de los empleados de la segunda

¹⁴ Fallos 315:1059, 1216; 319:3040; 327:3677, 3753, 4607, entre muchos otros.

respecto de la primera, porque se aplica el principio del efecto relativo. Las múltiples contrataciones que puede realizar una empresa con terceros, están sujetas a la responsabilidad limitada que deriva de lo pactado entre ellos y de la circunstancia de que ningún acuerdo que celebre una de ellas con terceros puede perjudicarla (art. 1195 C.C.).

La interpretación estricta de esa norma es clara toda vez que es una excepción a la regla general del derecho común. Pero también dentro del sistema de la propia ley laboral, es evidente que el citado art. 30 contempla supuestos que guardan cierta analogía, y por ello es necesario interpretar que la contratación en el caso de una actividad normal y específica, debe tener alguna relación con los supuestos de subcontrato, es decir, con actividades propias que se delegan con dependencia unilateral. La lógica de esta norma es evidente, ya que no es posible responsabilizar a un sujeto por las deudas laborales que tengan las empresas que contrate, aunque los bienes o servicios sean necesarios o coadyuvantes para la actividad que desempeñe, porque en tal caso habría de responder por las deudas laborales de los proveedores de luz, teléfono, aire acondicionado, informática, publicidad, servicios educativos, alimentación, vigilancia, gerenciamiento, y muchos otros.

Una interpretación laxa borraría toda frontera entre la delegación laboral, en la que predomina el control sobre el hacer de la persona, con los vínculos de colaboración gestaria, en los que el control, aunque existe, es sobre la prestación. La subordinación jurídica, económica y técnica del trabajador se da, en el caso, respecto de los concesionarios del servicio de hotelería, quienes, por otra parte, son los titulares del interés, lo que es claramente diferente de la delegación gestaria en la que no se da ninguno de esos elementos.

Por lo tanto, en los supuestos de contratos con terceros, la solidaridad se produce cuando se trata de una actividad normal y específica, entendiéndose por tal aquella inherente al proceso productivo.

Esta calificación es relevante y no ha sido precisada por el fallo en recurso, con lo cual extendió ilegítimamente la interpretación, ya que subsumió en la regla un supuesto de hecho no previsto por ella.

La mencionada interpretación estricta que lleva a la conclusión de que el servicio de hotelería, no es una actividad normal y específica condice con los precedentes de esta Corte, que ha dicho que, para que surja la solidaridad, debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa

y su contratista, conforme a la implícita remisión que hace la norma en debate al art. 6º del mismo ordenamiento laboral ¹⁵.

A ello, cabe añadir que la regulación legal no implica que todo empresario deba responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contratos que hacen a la cadena de comercialización -ya se trate de bienes o servicios- máxime frente a la gran variedad de contratos que se generan actualmente en el seno de las relaciones interempresariales y el vasto campo comercial de las relaciones que así se manifiestan. Pueden señalarse, a modo de ejemplo, los contratos de concesión, distribución, franquicia, *engineering*, fabricación de partes, accesorios, etc., etc., y su posterior venta, entre muchos otros ¹⁶.

Los tribunales deben conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia ¹⁷.

Esta interpretación además, es coherente con todo el sistema de derecho vigente, ya que no hay responsabilidad más allá de los límites señalados.

La exégesis que se sostiene no desvirtúa los propósitos protectorios de la norma legal, porque la protección del trabajador debe ser armonizada con otros bienes, valores y principios, como la propiedad, la seguridad jurídica y libertad de ejercer una industria lícita. En este aspecto, la descentralización de actividades de la empresa es lícita en el ordenamiento jurídico argentino y constituye una de las opciones que tienen las empresas para decidir su organización. En cambio, las empresas no pueden desnaturalizar esta actividad mediante la utilización de figuras jurídicas simuladas, fraudulentas, o con una evidente conexidad que lleven a la frustración de los derechos del trabajador. Tampoco pueden, de acuerdo al art. 30 de la ley de contrato de trabajo, contratar sin controlar en los

¹⁵ Fallos 316:713, 1609; 318:366, 1382; 319:1114; 322:440; 323:2552.

¹⁶ Fallos 306:712, 1609.

¹⁷ Fallos 307:1094; 312:2007; 320:1660; 321:3201; 325:1515; 326:1138, entre muchos otros.

términos que fija la ley. En estos casos, los jueces deben procurar la defensa activa del crédito del trabajador, pero lo que no puede hacerse, porque no se ajusta a la Constitución, es transformar la excepción en regla y derivar responsabilidades automáticas por la sola presencia de un contrato con terceros.

La sentencia apelada prescinde que no basta, a efectos de la asignación de responsabilidad solidaria, la índole coadyuvante o necesaria de la actividad para el desenvolvimiento empresarial. Máxime cuando también se ha acreditado que los actores eran dependientes de los codemandados Rubio y La Rosa, sin vinculación laboral propia con el sindicato y la obra social recurrentes y no se ha alegado ni probado que exista vinculación y/o participación económica o jurídica entre las litisconsortes más allá del contrato de concesión de invocado en el escrito inicial. En tales condiciones, se advierte que el fallo impugnado extendió desmesuradamente el ámbito de aplicación de la norma de un modo que su texto no consiente, desnaturalizando su contenido al asignarle un significado que excede inaceptablemente sus fines, y que por eso debe ser descartado.

En función de lo expuesto, cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

- Por ello, se declara procedente la presentación directa y el recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Remítase la queja al tribunal de origen a fin de que sea agregada a los autos principales y se dicte, por quien corresponda, un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

La doctrina del Tribunal Superior Nacional, propuesta por la minoría la podemos resumir en lo siguiente:

1°. Con relación al alcance a conferir al art. 30 L.C.T., la solidaridad allí establecida, se refiere a las empresas -organización y gestión propia que asumen los riesgos, obligaciones y responsabilidades- que, teniendo una actividad propia normal y específica o habiéndose encargado de ella, estiman conveniente no realizarla por sí en todo o en parte, sino encargar a otra u otros esa realización de bienes o servicios.

2°. Para que nazca esa solidaridad, es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal, debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y

su contratista, conforme a la implícita remisión que hace la norma en debate al art. 6º del mismo ordenamiento laboral. Debe determinarse en cada caso, atendiendo al tipo de vinculación, a la asunción de los riesgos empresariales y a las circunstancias particulares que se hayan acreditado ¹⁸.

3º. Toda norma o interpretación que obligue al pago de una deuda -en principio ajena- adolece de una fuerte presunción de inconstitucional por agraviar la intangibilidad del patrimonio ¹⁹, extremo al que no obsta que en la tutela de créditos laborales el intérprete deba extremar su cautela frente a las hipótesis de fraude o de insolvencia, puesto que ello no debe serlo a riesgo de poner en tela de juicio otros derechos también garantizados constitucionalmente, dado que podría conducir a debilitar la confianza en el régimen legal como sistema de contrapesos destinado a otorgar seguridad a las relaciones económicas ²⁰.

4º. La asignación de responsabilidad no ha sido establecida por la ley sin más requisito que la noción de que algunas actividades resulten coadyuvantes o necesarias para el desenvolvimiento empresario, puesto que si tamaña amplitud fue admitida mediante la interpretación judicial, caería en letra muerta no sólo el texto legal sino la posibilidad cierta de que más empresas asuman los riesgos propios del desarrollo económico ²¹; aspecto cuya consideración no puede omitirse, no cabe prescindir que las consecuencias que en modo natural derivan de un fallo -toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma- ²², máxime si el resultado de la interpretación deja plenamente vigente la debida tutela de los derechos del trabajador en los supuestos en que su crédito, así como los de la seguridad social, puedan estar afectados ²³.

5º. Cuando un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración

¹⁸ Fallos 316:713; 1609:318, 366; 1382:319, 1114.

¹⁹ Fallos 316:713.

²⁰ Fallos 316:1610.

²¹ Fallos 316:1610.

²² Fallos 302:1284; 316:713.

²³ Fallos: 316:713, 1610.

y/o distribución, no corresponde la aplicación del régimen de solidaridad establecido en el art. 30 R.C.T..

6°. En los contratos de concesión, distribución, y franquicia, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del art. 30 L.C.T..

7°. Las figuras delegativas previstas por el art. 30 L.C.T., son inherentes a la actividad real propia del establecimiento y no al objeto social.

8°. Para que nazca la solidaridad que establece el art. 30 R.C.T., es necesario que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista.

9°. Las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos, en principio, a la relación sustancial requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos por el art. 30 L.C.T..

10. Si la cuestión a decidir, reviste significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscita cuestión federal trascendente, corresponde a la Corte resolver el fondo del asunto.

11. Las directivas del art. 30 R.C.T. no implican que todo empresario deba responder a las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios, con quienes establecen contratos que hacen a la cadena de comercialización o producción de los bienes o servicios que elaboren.

12. El sentido del art. 30 R.C.T., es que las empresas que, teniendo una actividad propia normal y específica, estimen conveniente o pertinente no realizarla por sí, en todo o en parte, no puedan desligarse de sus obligaciones laborales, sin que corresponda ampliar las previsiones de tal regla.

13. La protección de los derechos laborales no justifica que se pongan en tela de juicio otros derechos también garantizados constitucionalmente.

IV. Nuestra posición con visión de futuro

Coincidimos con Raúl Horacio Ojeda, en que el actual art. 30 L.C.T. es una “*norma inadecuada*”, propiciando cambiar el término “*solidaridad*” por “*responsabilidad subsidiaria en todos los casos*”.

Por el art. 30 L.C.T., cuando la empresa contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, “*trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento*”, ha demostrado ser la causa de los conflictos judiciales, al permitir numerosas interpretaciones, generalmente orientadas o impulsadas por el interés de las partes (según se defienda la “*causa obrera o patronal*”).

Desde un punto de vista jurídico, social y de equidad, todo trabajador debe percibir el salario legal (sea el del CCT, legal o convencional), simultáneamente debe estar registrado y efectuarle en tiempo y forma el pago de las cotizaciones para la seguridad social, y en su caso la cuota sindical.

Simultáneamente, el empresario “*principal*” -ejerciendo facultades legales- contrata o subcontrata tareas que se realizan en su empresa (normales, propias, atípicas, temporarias o de la naturaleza que sean), tenga la certeza que el contratista cumplirá con las obligaciones laborales y de la seguridad social a su cargo, y en su caso, podrá y deberá responder por lo adeudado.

Ante ello, y en función de la experiencia de más de cuarenta años en el ejercicio profesional, consideramos que una reforma legal -de carácter urgente- debe suprimir los términos provocantes de conflictos, reemplazándolos por dos partes bien claras, precisas y que no permitan diferentes interpretaciones.

El empresario principal tiene la plena libertad de contratar o subcontratar tareas que se realizan en su empresa (sean normales, habituales, esporádicas, temporarias, secundarias, o de cualquier naturaleza), quedando exento de toda responsabilidad en la medida que cumpla y acredite fehacientemente dos requisitos ineludibles, indispensables y acumulativos:

Primer requisito: Ejercer el poder de contralor y supervisión, teniendo que exigir al contratista en forma regular, mensual, o por el tiempo de la vinculación si es menor, el cumplimiento de todas las obligaciones laborales y de la seguridad social (alta temprana, recibos de pagos de haberes, libro especial, planilla de horarios y descansos, seguro de vida, contratación para la cobertura de la contingencia salud, libros que pueda exigir el CCT, planillas, garantía, cuenta bancaria, etc.).

Con lo expuesto queremos significar que no tiene un carácter limitativo, deberá adecuarse y cumplirse con la documentación e inscripción que en cada actividad laboral se pueda exigir. En otros términos, la ley le permite al empresario realizar las tareas con su personal, o por medio de contrata-

ción, y en el supuesto de utilizar este último sistema, sabe que debe disponer un equipo de personal que ejerza con eficiencia, responsabilidad y honestidad el poder de contralor o supervisión.

Segundo requisito: El empresario principal debe la certeza, avalado con la documentación correspondiente, de la solvencia moral y económica del contratista o subcontratista (se deberá eliminar para siempre la clásica trilogía de las “Tres B”: “Buenos, bonito y barato”), *caso contrario será responsable de todas las obligaciones laborales y con la seguridad social.*

Con las propuestas precedentes, procuramos evitar la litigiosidad y la multiplicidad de interpretaciones (si fueron o no tareas normales y habituales, si complementaron o coadyuvaron, etc.), será suficiente acreditar judicialmente, o ante la autoridad administrativa del Trabajo haber desempeñado con eficiencia el poder de contralor y la solvencia del contratista, para estar liberado de la responsabilidad económica, pero *siempre el trabajador percibirá los haberes, estará registrado y le habrán efectuado el pago de las cotizaciones a la seguridad social.*

Para concluir, siguiendo a Humberto Podetti -de feliz memoria- “En una *sociedad abierta, con notas del pluralismo*, propio de una cultura abierta: en lo económico competitivo; y en lo político con ‘*un régimen que se dice democrático*’, las relaciones entre lo económico y lo social deben tener sesgos que la legitimen. Si el derecho a la iniciativa económica -que postula la *Centessimus Annus*- sólo resulta ejercitable cabalmente en una economía de mercado, que conforme las estimativas contemporáneas: *economía social de mercado, dicho derecho debe compatibilizarse con la solidaridad respecto de los hiposuficientes*; solidaridad que tiene diversas manifestaciones, entre ellas, las plasmadas en la legislación social. Llevando al mundo de la empresa, que la “*competencia y la solidaridad se imponen como dos polos asociados en la doble mira del desempeño económico y la cohesión social... de manera de encajar adecuadamente en los siempre difíciles intentos de armonizar la libertad de iniciativa económica con las exigencias de la solidaridad, que sirvan para la conformación progresiva de una sociedad socialmente avanzada*”²⁴.

²⁴ Humberto PODETTI, “El art. 30 L.C.T. Directivas jurisprudenciales esenciales de la C.S.J.N. para su interpretación”, D.T. 1993-B-871.

V. Los nuevos fallos de la C.S.J.N. en materia de solidaridad: una interpretación del silencio de la mayoría del alto tribunal

Pocos meses después de que el alto cuerpo nacional dictara sentencia en los autos “Páez...” antes citados, concretamente el 10 de abril de 2007, en autos: “Herrera, Nerio Felipe c/ Degac S.A. y otro (Coto C.I.C. S.A.)”²⁵, también por mayoría²⁶ y con igual fundamento jurídico, la Corte declaró inadmisibles el recurso extraordinario deducido contra la sentencia de la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en lo sucesivo, CNAT) que, en lo que aquí interesa, confirmó la decisión de primera instancia que condenó solidariamente al supermercado Coto C.I.C. S.A. al pago de las indemnizaciones por despido reclamadas por el actor contra quien era su empleador, la empresa que aquél había contratado para el transporte y entrega de sus mercaderías.

El 8 de mayo del mismo año, *in re* “Makarski, Javier Martín c/ The Security Group S.A. y otro”²⁷, la C.S.J.N., por mayoría,²⁸ y nuevamente por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N., convalidó un pronunciamiento de la Sala IV de la CNAT, ratificatorio de la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda por diversos rubros laborales y extendió la responsabilidad solidariamente a la co-demandada, ADT Security Services S.A.. El actor había sido contratado por “The Security Group S.A.” -rebelde en la causa- a efectos de que vendiera sistemas de alarmas monitoreadas de la empresa “ADT Security Service S.A.”, actividad que -según se entendió en las instancias anteriores- era normal y específica de la gestión empresarial de esta última.

El 29 de mayo de 2007, en autos: “Fiorentino, Roxana María Luján c/ Socialmed S.A. y otro”²⁹, también por voto no unánime³⁰ y basado

²⁵ Fallos 330:1516.

²⁶ Al voto de los ministros que conformaron la mayoría en autos; “Páez...”, se sumó el de la Dra. Argibay

²⁷ Fallos 330:2151.

²⁸ Integrada por los votos de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay.

²⁹ Autos: “Fiorentino, Roxana María Luján c/ Socialmed S.A. y otro”, publicado en: La Ley on line.

³⁰ La mayoría estuvo integrada por el voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay.

en igual argumento que los anteriores, el alto cuerpo desestimó el recurso extraordinario articulado contra la sentencia de la Sala IV de la CNAT, que había confirmado el pronunciamiento de mérito en cuanto hizo lugar a la demanda contra Socialmed S.A. y extendió la responsabilidad, solidariamente y en función del art. 30 de la LCT, a la co-demandada, Obra Social del Personal de la Construcción (OSPeCon), que había contratado a aquélla para prestar servicios de atención médica a sus afiliados.

Escasos días después, concretamente, el 5 de junio de ese año, en “Ledesma, Héctor D. c/ Manco, Osvaldo O. y otro”³¹, igualmente por mayoría e invocándose razones de índole formal³², la Corte confirmó el decisorio de la Sala V de la CNAT que condenó solidariamente a la Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina (O.S.P.R.E.R.A.) al pago de créditos indemnizatorios y salariales y entrega de certificaciones reclamadas por un trabajador contra su empleador, con quien aquélla convino el traslado de sus pacientes.

El 17 de julio de 2007, en la causa: “Farías, Ana Victoria c/ Clínica Privada Psiquiátrica Esquirol S.A. y otro”³³, la mayoría de la C.S.J., nuevamente sin pronunciarse respecto de la cuestión sustancial³⁴, desestimó la queja por denegatoria del recurso extraordinario federal que se dedujo contra la decisión de la Sala I de la CNAT, convalidatoria de la inferior, en cuanto hizo lugar a la demanda laboral promovida contra un establecimiento médico psiquiátrico, y condenó solidariamente a la Fe-

³¹ Fallos 330:2590.

³² Los ministros Dres. Maqueda, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay consideraron que la cuestión federal alegada en el recurso extraordinario no había sido introducida oportunamente en el proceso. Fayt, por su parte, estimó que cabía desestimar la queja por considerar que el recurso extraordinario cuya denegación la originara era inadmisibles (art. 280 del C.P.C.C.N.).

³³ Fallos 330:3432.

³⁴ En el caso, los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Argibay y Zaffaroni se pronunciaron en el sentido de que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la queja, es inadmisibles aplicando el art. 280 del C.P.C.C.N. Los Dres. Petracchi y Maqueda también entendieron que cabía desestimar la queja aunque por argumentos distintos al de los vocales que le precedieron. En concreto, señalaron que las cuestiones alegadas en el remedio federal no fueron planteadas por la recurrente ante la Cámara.

deración Argentina de Cámaras y Asociaciones Psiquiátricas, asociación civil a la que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (I.N.S.S.P.J y P.) había encomendado la prestación de servicios asistenciales de esa especialidad, y que lo hacía a través de su red de prestadores.

En igual fecha, el máximo Tribunal, en autos: “Castro Bourdin, José Luis c/ Jockey Club Asociación Civil y otros”³⁵, por mayoría conformada en base a argumentos de diversa índole³⁶, dejó firme la sentencia de la Sala VII de la CNAT que, al confirmar la sentencia de primera instancia, responsabilizó en los términos del art. 30 de la L.C.T., al Jockey Club Asociación Civil por deudas salariales, indemnizatorias y entrega de certificaciones reclamadas por un trabajador contra sus empleadoras, las cuales explotaban -mediante un contrato de concesión- un establecimiento gastronómico que aquél posee en el Hipódromo de San Isidro.

En “Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko S.R.L. y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.”, del 26 de febrero de 2008³⁷, por mayoría, y apelando a igual herramienta formal que en los anteriores, la Corte confirmó la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que condenó solidariamente a Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. al pago de créditos laborales reclamados por un grupo de trabajadores contra la empresa que aquélla contrató para la limpieza de sus instalaciones.

³⁵ Auto: “Castro Bourdin, José Luis c/ Jockey Club Asociación Civil y otros”, publicado en: La Ley on line.

³⁶ La decisión mayoritaria se conformó del siguiente modo: los Sres. ministros Dres. Highton de Nolasco, Argibay y Zaffaroni, consideraron que correspondía desestimar la queja por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N. Los Dres. Fayt, Petracci y Maqueda se expidieron en igual sentido pero en función de los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora procuradora fiscal subrogante, quien reparó en que después de la presentación del recurso de hecho, la interesada acreditó el depósito, en calidad de pago, de las sumas mandadas a pagar en la sentencia recurrida, considerando que tal proceder importaba un desistimiento tácito de la impugnación.

³⁷ Autos: “Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko S.R.L. y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.”, Sent. del 26 /2/08, A. 1589. XXXVIII.

Finalmente, en “Della Marca, Daniel Alfonso c/ Automóvil Club Argentino y otro”³⁸, del 18 de junio de 2008, también por voto no unánime³⁹ y por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N., se dejó firme la sentencia de la Sala X de la CNAT que, al revocar el pronunciamiento de primera instancia, hizo lugar al reclamo por indemnización por despido y condenó al Automóvil Club Argentino, con apoyo en el art. 30 de la L.C.T., al cumplimiento de las obligaciones laborales incumplidas por la empresa empleadora del actor -Montferral S.R.L-, a la que se había concesionado el servicio de auxilio mecánico.

En todos los fallos, la minoría estuvo representada por el voto del ministro Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, al que, en la causa “Ajis...”, se sumaron el de los Dres. Fayt y Maqueda.

Conforme la reseña anterior, en la generalidad de los casos, la mayoría de la C.S.J.N., desestimó los planteos extraordinarios con sustento en el art. 280 del C.P.C.C.N. Dicha norma ritual, en su actual texto (introducido por la ley 23.774⁴⁰, además de elevar a nueve el número de jueces del alto cuerpo, lo autorizó a rechazar el recurso extraordinario “según su sana discreción” y con la sola invocación de aquella, en los siguientes casos: a) falta de agravio federal suficiente; b) cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Se confirió así al alto tribunal una jurisdicción negativa *-certiorari* negativo-, en el sentido de que, si se configura alguna de las causales mencionadas, puede no ejercer su autoridad revisora, sin necesidad de aportar fundamento adicional alguno. Idéntica regla resulta aplicable respecto de los recursos de queja, conforme la modificación introducida también al art. 285 del C.P.C.C.N.⁴¹

Excedería ampliamente el objeto del presente un análisis de los orígenes y antecedentes de la institución de marras. Mucho más aún, la verificación de la incidencia de la aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N.,

³⁸ Autos: “Della Marca, Daniel Alfonso c/ Automóvil Club Argentino y otro”, Sent. del 18/6/08, D. 198. XXXIX

³⁹ La mayoría se integró con los votos de los ministros Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

⁴⁰ ADLA, L.-B., 1256.

⁴¹ El tercer párrafo del art. 285 del C.P.C.C.N. reza: “Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párr. 2°”.

en el adecuado rendimiento del tribunal, y los reproches de índole constitucional que se le pueden formular a la nueva institución legal ⁴².

Simplemente nos interesa indagar acerca de los efectos técnicos jurídicos de la decisión de la Corte Suprema de desestimar el recurso en ejercicio de la discrecionalidad selectiva reconocida por la ley 23.774.

Pretendemos, a esta altura de la reflexión, dar respuesta al siguiente interrogante: *la resolución de la mayoría de la C.S.J.N. en los precedentes reseñados en el acápite anterior ¿puede ser interpretada como una manifestación de “conformidad” con lo decidido por los tribunales inferiores sobre el fondo de la cuestión?* Dicho en otros términos: *la desestimación de los recursos extraordinarios por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N., ¿significa que la mayoría de la Corte comparte la interpretación normativa amplia contenida en los decisorios recurridos acerca de los alcances de la solidaridad dispuesta en el art. 30 de la L.C.T.?*

Desde un punto de vista meramente teórico, dicho cuestionamiento debe ser respondido de modo negativo.

En doctrina se advierte que dado el laconismo resolutivo, y el fundamento que subyace en el rechazo del recurso -insuficiencia del agravio, insustancialidad o intrascendencia de la cuestión-, con su desestimación queda firme la sentencia del tribunal inferior “*pero no significa que el máximo tribunal federal apruebe la interpretación impugnada, por lo que al no haber sido estrictamente **confirmada**, no posee eficacia vinculante en sentido estricto para otros casos*” ⁴³.

Desde la propia Corte se ha dicho que “es conveniente que esta Corte ponga de relieve -a fin de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de sus fallos- que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación de dicha norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. En rigor, la conclusión que cabe

⁴² Sobre estos aspectos se recomienda la lectura del trabajo de BIANCHI citado en la nota anterior, y el de Alberto F. GARAY, “Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario”, L.L. 1990-E-984.

⁴³ Conf. Elías P. GUASTAVINO, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, La Rocca, 1992, t. 1, p. 496.

extraer de un pronunciamiento fundado en el citado art. 280, es que el recurso deducido no ha superado el examen de este Tribunal encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá, según las pautas establecidas en ese precepto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”⁴⁴.

En nuestra opinión, sin embargo, la decisión de la mayoría de la Corte en los casos en comentario no admite tan inocente lectura. La reiteración de la solución, y la concordancia de los pronunciamientos confirmados en orden a la exégesis normativa amplia que los sustenta, a nuestro modo de ver, constituyen indicios serios de la aprobación de esta última.

Debe repararse en que la potestad conferida por el art. 280 del C.P.C.C.N., no sólo ha sido considerada como un medio de cerrar el acceso a la competencia revisora de la Corte, sino también como una vía para facilitar el ingreso y consideración de recursos que involucran cuestiones dotadas de trascendencia *-certiorari* positivo-. Y en este último sentido fue empleado en “Rodríguez...”, en el que, a los fines de justificar la intervención del Tribunal en la causa teniendo en cuenta que en la misma se debatía una cuestión de derecho común, se señaló que “La cuestión a decidir reviste... significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando cuestión federal trascendente” (considerando 7°).

Si, en nuestros casos, la mayoría del alto tribunal hubiera pretendido mantener la interpretación estricta que venía sentando en la década del ‘90, le bastaba con emplear una fundamentación semejante. No lo hizo; apeló en cambio a una vuelta formal para no decir nada explícito de lo sustancial, puesto que con lo implícito alcanzaba, y ello le dejaba un amplio margen de libertad.

Como afirmara Herman Pritchett con relación a la institución norteamericana que sirve de antecedente a nuestro actual *certiorari*, aunque la denegación del recurso no implica que la Corte apruebe la decisión del inferior, “en la práctica debe admitirse que pueden tener tal efecto”⁴⁵.

⁴⁴ Del voto del Dr. Boggiano en “Alegre c/ Somorrostro”, del 10/10/96 (E.D. del 2/4/97). Iguales apreciaciones había formulado el mencionado ministro en “Veira, Héctor Rodolfo s/ violación” (C.S., V-8-XXIV; E.D. del 29/4/93).

⁴⁵ Herman PRITCHETT, *La Constitución americana*, Buenos Aires, TEA, 1965, pág. 153, citada por José Luis MONTI, en “Reflexiones en torno a las reformas a la integración de la Corte Suprema y al Régimen de recurso extraordinario” (E.D. 137, pág. 893).

Entendemos que no cabe hacer una estimación del ejercicio de la discrecionalidad selectiva de la Corte en dichos casos con abstracción del contexto en el que la institución es aplicada. Como sostuvimos en la ocasión señalada al inicio, la consideración de los fundamentos que dan sustento a los pronunciamientos de la actual C.S.J.N. en materia de derechos laborales ⁴⁶, y el cotejo de ellos con los que dieron base a la solución adoptada en “Rodríguez...”, ponen en evidencia a las claras el cambio de ideología del alto tribunal. Esa nueva ideología parece compadecerse más con una interpretación flexible y protectoria, de las previsiones que contemplan la solidaridad en materia de obligaciones laborales.

Sin duda hubiera sido deseable que el máximo tribunal de la Nación se expidiera, de modo expreso, acerca de la cuestión que nos atañe. No obstante, estimamos que no es posible desconocer el mensaje que los fallos identificados *supra* transmiten. La Corte, en su actual composición, parece haber dado un giro en la materia, acorde con la postura adoptada en relación a otras áreas. *“Es que el silencio, poseedor de profundas implicancias, suele ser a veces más elocuentes que las palabras mismas”* ⁴⁷.

⁴⁶ V.gr., “Aquino...” y “Vizzotti...”.

⁴⁷ Del prefacio de Atilio GONZÁLEZ, en *El silencio y sus efectos en los procesos*, de Norberto J. GONZÁLEZ y NOVELLINO, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 13.

PRIVATIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DE POLICÍA

por JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Intervención estatal. III. Regulación. IV. Privatización. V. Poder de policía. VI. Conclusión.

I. Introducción

Para emprender el análisis de este importante tema, que tiene como plataforma jurídica el Preámbulo de la Constitución Nacional, que expresamente establece que es una de las obligaciones del Estado “... *promover el bienestar general...*”, así como “... *proveer lo conducente a la prosperidad del país...*”, de acuerdo a la establecido en el art. 75 inc. 18, estimo de interés comenzar por referirme a la intervención estatal.

II. Intervención estatal

Al iniciar el examen de este tópico haré algunas consideraciones acerca de la “privatización”, ya que es una forma de “intervención estatal”. Mediante este procedimiento el Estado decide que una actividad que era realizada por él, va a ser en lo sucesivo ejecutada por los particulares.

* Académico de número. Secretario de la Academia 2007-2010. Conferencia pronunciada en sesión privada el 10 de junio de 2008.

Se vincula con la concepción filosófica que se tenga del Estado¹, ya que para una concepción “estatista” no se puede hablar de privatizar², pues ciertas actividades que se consideran esenciales, como los servicios públicos, no pueden ser realizadas por particulares.

Lo mismo sucede con las obras públicas, que sólo pueden estar a cargo de los funcionarios y empleados estatales y de los entes autárquicos, de las empresas del Estado, así como de las sociedades del Estado.

Se ha dicho con razón que lo público tiende directa e inmediatamente al bien común, ya que “el bien común” es el bien de todos los todos del todo social. Pero es necesario advertir que no sólo el Estado debe pretender satisfacer el “bien común”, sino que es una tarea de todos y todos estamos comprometidos a lograrlo³.

En cambio, lo privado es aquello que directa e inmediatamente tiende a la satisfacción del bien individual o particular. Pero esta diferencia a veces no es tan neta o clara, pues queda una zona gris en la que no es posible precisar si esas medidas sólo tienden a satisfacer un bien particular o también al bien común, ya que muchas veces depende de circunstancias históricas, culturales o económicas⁴.

Digo que es una forma de “intervención estatal”⁵ porque no es la única, ya que otras formas pueden consistir en la “regulación de la actividad”, como sucede con la actividad bancaria, de seguros, de pompas fúnebres, de enseñanza, en las que el Estado establece las normas que deben cumplir cada una de estas actividades y su violación tendrá como consecuencia una sanción administrativa, que según la gravedad puede llegar hasta la caducidad del derecho a realizar esa actividad.

¹ Paul A. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, Madrid, Aguilar, 1979, pág. 190 y ss.

² Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, pág. 61 y ss.

³ Alberto M. SÁNCHEZ, “Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiaridad”, RDA, Buenos Aires, Depalma, 1995, año 7, N° 18, pág. 87.

⁴ Rodolfo Carlos BARRA, “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, R.D.A., Buenos Aires, Depalma, 1991, año 3, N° 6, pág. 17 y ss.

⁵ Mariano BAENA DEL ALCAZAR, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, Tecnos, 1966, pág. 16 y ss.; Juan B. CINCUNEGUI, “El rol del Estado en la economía”, Buenos Aires, Depalma, 1990, año 12, N° 137, pág. 9 y ss..

En síntesis: la “intervención del Estado” en los procesos económicos debe dirigirse a “promover el bienestar general”, como claramente lo establece el Preámbulo de la Constitución Nacional, y a “proveer lo conducente a la prosperidad del país” (art. 75 inc.18), ya que son obligaciones que el Estado no puede dejar de cumplir⁶.

En esta línea de pensamiento puedo citar a Celorrio⁷, quien sostiene que “... tanto el llamado ‘intervencionismo’, como una aparente ‘no intervención’, de ninguna manera constituyen fines en sí mismos, sino que sólo son medios con los cuales el Estado intenta cumplir del mejor modo posible, o sea, con el menor costo social, su papel de regulador de demandas sociales contrapuestas y de promotor del bienestar general...”.

Con relación a la “intervención estatal”, Gordillo⁸ enseña: “... Con distintas modalidades y particularidades, con mayor o menor éxito y eficacia, se evidenció en el período 1930-1980 primero un abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder, al menos en los países desarrollados. A partir de 1980 comienza a producirse en el mundo un vigoroso retorno al pasado, que nuestro país inicia ya poco tiempo después de la década del ‘90, con un importante proceso de apertura de la economía, privatización y desregulación, reducción o eliminación de barreras aduaneras, etc.. En el nuevo sistema económico y jurídico resulta nuevamente insuficiente la tutela del individuo frente al poder. Sin embargo, ahora no se trata solamente del poder administrativo, se trata también del poder económico privado concentrado en monopolios y privilegios otorgados por el Estado en el proceso de privatización”.

⁶ Carlos E. ALCONADA ARAMBURÚ, “Rol del Estado en la economía: privatización, desregulación, nacionalización, estatización”, R.D.A. Buenos Aires, Depalma, año 2, N° 3, 1990, pág. 85 y ss.

⁷ Atanasio Hernán CELORRIO, “Perspectivas modernas del intervencionismo estatal” en R.D.A., Buenos Aires, Depalma, año 3, N° 6, 1991, pág. 40.

⁸ Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t.1, Parte General, pág. II-13.

Es por ello una cuestión política determinar cuándo debe intervenir el Estado en la economía y cómo debe hacerlo, ya que en algunos casos será mediante la disminución de algunos impuestos a toda la población o a una parte de ella, o estimulando ciertas actividades y desalentando otras, entre otras formas.

Las decisiones que tome el gobierno, por ser “políticas”, no son controlables por el órgano judicial, salvo manifiesta arbitrariedad.

III. Regulación

Se habla de regulación cuando se está mencionando la potestad estatal de dictar las normas que reglamentan los derechos de acuerdo a lo establecido en el art. 14 de la Constitución Nacional al decir: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

Esta atribución que tiene el legislador no es ilimitada, ya que el constituyente le puso dos límites⁹: uno interno, dado por el art. 19: “*Las acciones privadas de los hombres... están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...*” y otro externo: el art. 28: “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

En función de esa competencia constitucional el Congreso de la Nación dicta las leyes y puedo citar a manera de ejemplo las que regulan la actividad de los particulares: como la de lealtad comercial (N° 22.802), la de defensa de la competencia (N° 25.156), y la de defensa del consumidor (N° 26.361), donde se establecen los derechos y obligaciones que tienen los fabricantes, los comerciantes, los consumidores, los prestadores de servicios y los usuarios.

⁹ Comparte esta opinión Alfredo Silverio Gusman, “Límites constitucionales al ejercicio del poder de policía”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 325 y ss.

En estos casos la “regulación” se realiza por razones de salubridad, seguridad, o protección del medio ambiente, que son las materias propias del “poder de policía”¹⁰. A tal punto que cuando la norma tiene por objeto reglamentar la construcción de edificios nuevos, ampliación, reconstrucción o demolición de los existentes, o la ubicación de los talleres o de las industrias, con motivo de la regulación de los planes urbanísticos y edilicios -que es competencia municipal-¹¹ nos estamos refiriendo a la “policía de la propiedad”.

La otra forma de “regulación” es la que se realiza por razones económicas, cuando se percibe que algunas esferas de la economía privada operan de una manera deplorable, debiendo el Estado intervenir para corregir las deficiencias que se producían, que traían como consecuencia que la riqueza se fuera acumulando cada vez más en menos personas y, a su vez, la cantidad de gente pobre fuera en aumento, o que los ricos fueran cada vez más ricos y los pobres cada vez más pobres.

Para contrarrestar estos efectos, una de las medidas que puede tomar el Estado es la reestructuración de los programas, tanto tributarios como de gastos. Bajar o suprimir algunos impuestos a los pobres y aumentarlos a los ricos, para estimular la actividad económica, reducir el déficit fiscal y disminuir la desigualdad¹².

En consecuencia, el Estado debe velar para que imperen los principios de “subsidiariedad” y de “solidaridad”, lo que trae como añadidura que su intervención no puede llegar a aniquilar la actividad de los particulares¹³ ni, deteriorar la iniciativa privada, so pretexto de que lo hace en apoyo de los “indefensos” y de los “necesitados”.

O sea, que es deber del Estado lograr el equilibrio necesario entre el bien particular y el bien general, porque no deben excluirse entre sí, ya que tiene que “*proveer lo conducente a la prosperidad del país*”¹⁴.

¹⁰Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, t. IV, pág. 520 y ss.

¹¹Art. 186 inc. 11 de la Constitución de la Provincia de Córdoba

¹²Joseph E. STIGLITZ, “El retorno triunfante de John M. Keynes”, en *El País*, Madrid, 11/1/2009.

¹³Horacio A. GARCÍA BELSUNCE, “La protección constitucional de la libertades económicas”, E.D., t. 105, pág. 837 y ss.

¹⁴Art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional.

Como bien enseña Ariño Ortiz¹⁵, “... *la regulación siempre será necesaria, pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria, y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye. La peor tentación del regulador es convertirse en ‘un gestor en la sombra’...*”.

En nuestro país los entes reguladores de las actividades económicas aparecieron antes de las privatizaciones y fueron una clara demostración del intervencionismo estatal en economía y puedo citar a manera de ejemplo la Junta Nacional de Carnes (JNC), la Junta Nacional de Granos (JNG), la Comisión Reguladora de la Yerba Mate (CRYM), el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INV), el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio (IAPI) entre otros.

Cuando comenzó el período de privatización, se produjo como consecuencia la desregulación de casi todas las actividades económicas y, en virtud de ello, se suprimió gran parte de los entes reguladores precedentemente citados, alguno de los cuales ya habían sido extinguidos antes, como el IAPI que lo fue al finalizar 1955.

Estas supresiones se hicieron sosteniendo que era necesario acabar con la legislación intervencionista del Estado desregulando en todo lo que fuese posible la actividad económica con el objeto de que el Estado tuviese un rol de subsidiariedad y de solidaridad procurando fomentar la iniciativa privada,

Pero la intervención total no desapareció, pues a raíz de la reforma del Estado dispuesta por ley 23.696 se crearon otros entes de control, que tenían por misión dictar las reglamentaciones propia de cada servicio público que se privatizaba, velar por su cumplimiento y aplicar sanciones.

Puedo citar como ejemplo la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), la Comisión Nacional Reguladora del Transporte (CNRT), el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE), entre otros.

¹⁵ Gaspar ARIÑO ORTIZ, ob. cit., pág. 102.

IV. Privatización

Privatizar -como ya lo he dicho- es definir qué actividad que estaba realizada por el Estado pasa a ser ejecutada por los particulares y a tal fin se dictan las normas que fijan los derechos y obligaciones del prestador y de los usuarios.

Es una cuestión netamente política¹⁶, que puede variar de una época a otra, e incluso en un país federal, de una provincia a otra. Por tratarse de una “cuestión política” -reitero- la decisión no puede ser controlada por el Poder Judicial.

En nuestro país hasta el comienzo de la Segunda Guerra Mundial la prestación de los servicios públicos estaba en manos privadas como la electricidad, los teléfonos, los ferrocarriles, tranvías y excepcionalmente estaba a cargo del Estado como el de correo y telégrafos, así como la provisión de agua y de cloacas que los prestaba Obras Sanitarias de la Nación.

Al finalizar esta guerra la mayoría de estos servicios públicos pasaron a ser prestados por el Estado y se crearon empresas del Estado como Entel, Encotel, Ferrocarriles Argentinos y sociedades del Estado, como Aerolíneas Argentinas, Gas del Estado, Yacimiento Petrolíferos Fiscales, entre otras.

La Constitución de la Nación reformada en 1949, dispuso en el art. 40: “... *Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de los particulares serán transferidos al Estado mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine*”.

A partir de la década del ‘50 del siglo XX el Estado, además de prestar los servicios públicos, comienza a realizar actividad comercial e industrial y es por esa razón que fabrica automóviles, motocicletas, tractores, insecticidas, agroquímicos, compitiendo con los particulares.

¹⁶Rodolfo C. BARRA, “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 49 y ss.

Veinte años más tarde y debido a la ineficiencia de la gestión estatal y a la carencia de recursos, y a mi criterio no por razones ideológicas, el Estado empieza a desprenderse de estas empresas que realizaban actividades industriales y comerciales transfiriéndoselas a los particulares. Lo mismo sucedió en la década del '90 con la mayoría de los servicios públicos¹⁷.

En consecuencia, la decisión de privatizar las empresas o las actividades se toman por circunstancias económicas-financieras. Se resuelven bajo la presión de los hechos y de las cifras deficitarias¹⁸.

En esta misma orientación Cassagne¹⁹ sostiene: “*A partir de la segunda mitad de este siglo ha venido desenvolviéndose, en diversos países del mundo, uno de los procesos de transformación de mayor magnitud acerca del papel que corresponde asumir al Estado. Su origen, particularmente en Europa Occidental, ha respondido más a las exigencias de la realidad que a las ideologías y ha sido apoyado, en gran medida, por el derecho de las comunidades europeas que, en virtud del principio de supremacía, prevalece sobre las normas de las Constituciones formales de los Estado que la integran...*”.

En esta época se crean los “entes reguladores”²⁰, llamados también “órganos de control”, algunos de los cuales los he citado anteriormente, siguiendo los modelos norteamericanos e ingleses.

Se dictan también los reglamentos que regularan las actividades privatizadas y a esas normas se las denominan “marcos regulatorios”²¹.

Es en este período en el que el Estado deja de prestar los servicios públicos y pasa a cumplir otro rol: el de controlar que las empresas

¹⁷ Ampliar en Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA, *Lecciones de derecho administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2005, pág. 76 y ss.

¹⁸ Héctor MASNATTA, “En torno a la privatización y desregulación en la Argentina. Presente y futuro”, R.D.A., Buenos Aires, Depalma, año 1, N° 2, 1989, pág. 301 y ss.

¹⁹ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, t. I, pág. 61.

²⁰ Alberto BIANCHI, “Los entes reguladores” en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 149 y ss.; Oscar R. AGUILAR VALDEZ, “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de los servicios públicos”, en *Servicios públicos*, Mendoza, Diké, 2001, pág. 17 y ss.

²¹ Daniel M. NALLAR, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pág. 81 y ss.

prestadoras de servicios públicos efectúen el mantenimiento necesario, paguen el canon, realicen las inversiones, y cumplan con todas sus obligaciones. Lamentablemente, esta actividad de control no se ha realizado y en los casos en que se ha hecho ha sido en forma deficitaria. A ello se debe la decepción generalizada de la población.

Es por esta razón que en la Argentina no es la privatización la que ha fracasado sino las actividades de control.

Considero de interés destacar que no se puede caer en el fundamentalismo de sostener que las empresas privadas son por esencia eficientes y las empresas públicas por naturaleza ineficientes, ya que si así fuera no habría tantas empresas privadas en concurso o en quiebra²².

Tampoco se puede decir que las privatizaciones son buenas o malas, sino que en cada caso será necesario realizar estudios, evaluar objetivos y alternativas antes de tomar una decisión.

Si se resuelve privatizar es preciso establecer un riguroso control²³ para que el servicio se preste en forma permanente, regular y continua. Así el servicio público que se preste será eficaz y eficiente.

V. Poder de policía

He sostenido -y ahora repito- que los derechos reconocidos por la Constitución Nacional a todos los habitantes no son absolutos, ya que deben ejercerse “...conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio....” (art. 14). Estas normas pueden emanar del Congreso de la Nación, o de las legislaturas provinciales o del Concejo Deliberante de los municipios mediante ordenanzas, ya que sólo puede ser por ley.

Son necesarias para hacer posible la vida en sociedad, ya que en ellas se establecen los derechos y obligaciones que cada persona tiene. Están dirigidas al mantenimiento del orden público y del bienestar gene-

²² Guillermo A. POSE, *La intervención del Estado en empresas privadas*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 16 y ss.

²³ Nidia Karina CICERO, *Servicios públicos, control y protección*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pág. 63 y ss.

ral. Restringen y limitan las actividades privadas²⁴, pero no pueden llegar a cercenar los derechos

Esta competencia que tiene el Estado para dictar las normas que reglamenten el ejercicio de los derechos se denomina “poder de policía”²⁵, que en doctrina también se lo conoce con otros títulos, como “actividad administrativa de coacción”, “intervención estatal” o “regulación”, porque hay quien habla de “la crisis de la noción de poder de policía”²⁶.

“Policía”, en cambio, es una actividad administrativa que ejecuta las normas dictadas en ejercicio del poder de policía. En un comienzo se sostuvo que comprendía a toda la actividad del Estado, luego se la redujo a toda la actividad de la administración pública y desde hace varias décadas se sostiene que sólo a una parte de ella.

Esa actividad a veces es realizada por el Poder Ejecutivo emitiendo reglamentos de policía en virtud de lo dispuesto por el art. 99, inc. 2 de la Constitución Nacional y en otras oportunidades dicta actos administrativos aplicando las normas que emanan del Congreso de la Nación en ejercicio del poder de policía.

En consecuencia, el poder de policía es una actividad legislativa, mientras que la policía es administrativa. Pero tanto una como otra debe ser razonable, lo que significa que debe ser proporcionada y adecuada a las circunstancias y a la finalidad perseguida, ya que no sólo se trata de una restricción de derechos, sino que tiene por finalidad preservar el derecho de los demás para satisfacer el bienestar general.

Además, no debe olvidarse que toda limitación a un derecho debe producir el menor daño posible, ya que si se puede elegir entre varias medidas se debe adoptar la que sea menos gravosa para el afectado²⁷.

²⁴ Alejandro J. USLENGHI, “Poder de policía y actividad de fomento”, en *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, pág. 87 y ss.

²⁵ Pedro Guillermo ALTAMIRA, *Policía y poder de policía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 23 y ss.

²⁶ Agustín GORDILLO, “Policía y poder de policía” en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, pág. 237 y ss..

²⁷ Bartolomé A. FIORINI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. II, pág. 38.

El ejercicio del poder de policía puede ser nacional, provincial o municipal, para ello es necesario distinguir lo que es propio de la Nación de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 de la Constitución Nacional, de lo que pertenece a las provincias, ya que conservan todo el poder no delegado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 121, sin que se produzcan excesos ni injerencias de una jurisdicción en las otras y viceversa, salvo en aquellos supuestos en que existan facultades concurrentes.

De conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Nacional, en principio el ejercicio del poder de policía pertenece a las provincias, ya que constituye una atribución que éstas no han delegado total y expresamente a la Nación y que, por lo tanto, se han reservado.

En consecuencia, la intervención estatal puede corresponder, según los casos, al gobierno federal o a las provincias de manera excluyente, o puede suceder también que se trate de facultades concurrentes por existir una identidad de propósitos y finalidades, ya que a ambos les corresponde promover el “bienestar general”.

De la misma manera, tanto las provincias como los municipios²⁸ tienen atribuciones para dictar normas que atiendan las siguientes materias: salubridad, higiene, moralidad pública, conservación del patrimonio cultural, arqueológico, histórico, paisajístico, protección del medio ambiente²⁹, entre otros³⁰.

Se discute en doctrina si es factible que el ejercicio del poder de policía puede delegarse en el Poder Ejecutivo o en otros órganos administrativos de menor jerarquía. La doctrina mayoritaria -de la que participo- afirma que no puede ser transferido a favor de otro poder u órgano estatal y menos en personas jurídicas privadas.

²⁸ María Angélica GELLI, “Competencia nacional, provincial y municipal en materia de Poder de Policía”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 650 y ss.

²⁹ Carlos BOTASSI, “Poder de policía ambiental”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 513 y ss.

³⁰ En la misma línea de pensamiento puedo citar a Juan Octavio GAUNA, “El servicio público, la policía y el fomento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 457 y ss.

Además, en numerosas provincias -como la de Córdoba- este impedimento tiene jerarquía constitucional al disponer que un poder no pueda delegar en otro poder sus atribuciones constitucionales³¹.

Lo que sí puede -y en la realidad se ha hecho- es permitir que el Poder Ejecutivo pueda reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley, como así también a órganos de menor jerarquía.

Es por esta razón que todos los entes reguladores tienen competencias reglamentarias que han sido otorgadas por la ley o el decreto de creación, y que se refieren a distintas materias como son la de seguridad, la de procedimiento para la aplicación de sanciones, para los reclamos de los usuarios, para la facturación de los consumos, etc.

También es posible que por mandato legal las personas jurídicas públicas no estatales, ejerzan la función de policía. Es por ello que los colegios profesionales³² que tienen a su cargo el control de la matrícula, tienen competencia para aplicar sanciones, las que pueden ser controladas por el órgano judicial por la vía contencioso administrativa³³.

Incluso considero factible otorgar el ejercicio de la policía a personas jurídicas privadas como son los concesionarios de servicios públicos o de obras públicas³⁴, a quienes se le puede atribuir potestad sancionatoria.

La sanción³⁵ que estas personas jurídicas apliquen, en el ejercicio de atribuciones conferidas en el pliego general de condiciones y en el contra-

³¹ Art. 13 de la Constitución de la Provincia

³² Pedro José Jorge COVIELLO, "Policía de la profesiones liberales", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 566 y ss.

³³ Fallos 315:1830, *in re*: "CPACF c/ Martínez Echenique", entre otros y los numerosos casos resueltos por las cámaras contencioso administrativas de Córdoba y por el Tribunal Superior de Justicia con primer voto del Dr. Domingo Juan Sesin.

³⁴ Opinión compartida por Fabián Omar CANDA, "Régimen jurídico de la actividad de policía", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 137.

³⁵ Fernando GARCÍA PULLÉS, "Sanciones de policía; la distinción entre los conceptos de delito, faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la Administración", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 751 y ss.

to, son actos administrativos y, por lo tanto, deben reunir todos los requisitos fijados por la ley de procedimiento administrativo para su validez, pudiendo los afectados impugnarla mediante la acción contencioso administrativa ante los tribunales competentes en la materia.

Esta habilitación para sancionar debe ser clara y precisa para evitar abusos, ya que el afectado podrá solicitar el control ³⁶ del tribunal con competencia en lo contencioso administrativo.

La policía para cumplir con su cometido dispone de distintos medios que la doctrina ha clasificado en:

a) **normativos o formales**, que consiste en dictar normas que pueden ser de carácter general, como los reglamentos o de carácter individual como una orden;

b) los medios **ejecutivos** o de **coacción** que son de distinta naturaleza, ya que pueden estar dadas por la obligación de informar, por la actividad preventiva que se realiza mediante inspecciones y vigilancias a fin de que no se cometan violaciones y la actividad coactiva, que puede consistir en la ejecución directa y aun forzada de actos, o

c) **sancionatoria**, en la aplicación de distintas penas de policía.

Los *reglamentos de policía* son normas de carácter general que regulan las conductas de las personas, ya sean físicas o jurídicas y pueden regir durante un tiempo determinado, como por ejemplo el reglamento o *edicto de policía* que se emite con motivo de carnaval y, por lo tanto, tendrá vigencia durante ese período, vencido el cual cesa.

Hay otros reglamentos que si bien no reciben el nombre de edictos de policía se dictan por razones de seguridad, de moralidad o de salubridad y cuya vigencia es indeterminada, ya que depende de las circunstancias tenidas en cuenta para su dictado. Cito como ejemplo los que establecen los requisitos que se deben cumplir para que un negocio sea habilitado.

Éste, como todo reglamento, puede ser modificado o derogado por otro.

La *orden de policía* es una decisión tomada en ejercicio de la función de policía y constituye una restricción a la libertad. Puede ser dirigida

³⁶Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, "Poder de policía, bases para su control judicial" en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, 2003, pág. 716 y ss.

a una persona determinada o a un grupo de personas, sean éstas determinadas o indeterminadas y se puede emitir en forma verbal, por escrito o por gestos físicos.

Deben ser claras, precisas, concisas y adecuadas, ya que de lo contrario podrían ser tachadas de irrazonables o de arbitrarias.

Las personas físicas se encuentran obligadas a hacer conocer a la Administración ciertas *informaciones* personales³⁷ como por ejemplo el nacimiento de un hijo, el casamiento, el cambio de domicilio, el fallecimiento, entre otras.

En otras ocasiones y por razones de seguridad la obligación se extiende a las personas jurídicas como, por ejemplo, las sociedades propietarias de hoteles deben informar el arribo y el retiro de los huéspedes, así como sus datos personales. Las industrias previo a su habilitación, así como los inmuebles para ser habilitados para realizar cualquier actividad comercial deben tener el certificado contra incendios expedidos por la Dirección de Bomberos.

Con respecto a la salubridad, los médicos están obligados a comunicar los datos personales de los pacientes asistidos con motivos de heridas producidas por armas blancas y de fuego, así como hacer conocer al Ministerio de Salud la cantidad de pacientes portadores de HIV y de cualquier otra enfermedad infecto-contagiosa.

La *autorización* es el acto administrativo mediante el cual una persona puede hacer lo que está prohibido para la generalidad, por ejemplo estacionar un vehículo en lugares no permitidos.

Se trata de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultad discrecional, que crea un derecho precario y que, como tal, puede ser revocado si las circunstancias tenidas en cuenta han cambiado.

En algunos supuestos la autorización se otorga *intuitu personae*, lo que significa que no puede ser transferido, como es el caso de la autorización para portar armas y en otras situaciones no lo es como la autorización para circular por la vía selectiva.

La doctrina utiliza los términos “autorización” y “permiso” en forma indistinta, posición con la que discrepo porque considero que el permiso

³⁷ Fabián Omar CANDA, ob. cit., pág. 140.

es el acto administrativo mediante el cual se faculta a una persona para utilizar una porción de un bien que pertenece al dominio público.

La autorización y el permiso son actos administrativos que se dictan a pedido de parte.

En virtud del ejercicio de la policía la administración puede otorgar una “*licencia*”, mediante la cual una persona puede realizar una actividad determinada por haber cumplido con los requisitos reglamentarios establecidos.

Se trata de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades regladas y si el solicitante ha satisfecho los requisitos establecidos como condición para su otorgamiento, la administración se haya obligada a emitirlo. Por ejemplo, la que se otorga para conducir vehículos particulares, ómnibus o camiones,

Estamos en presencia de un derecho preexistente que, para su ejercicio, está condicionado al cumplimiento de requisitos fijados en la norma por parte del solicitante. Con la licencia el administrado es el titular del derecho subjetivo de carácter administrativo que sólo podrá ser revocado como sanción por haber cometido falta grave y en este caso se lo denomina caducidad.

El derecho subjetivo puede extinguirse por vencimiento del plazo, ya que la reglamentación puede establecer que se otorgue por un tiempo determinado, vencido el cual cesa automáticamente sin necesidad del dictado de un acto administrativo que así lo disponga.

Se extingue además por fallecimiento del beneficiario, pues se trata de un acto administrativo *intuitu personae* y, por lo tanto, no es un derecho transmisible.

Se extingue también por resolución judicial, ya sea ésta una pena principal o accesoria.

La *habilitación* es el acto administrativo mediante el cual se faculta a una persona física o jurídica para realizar una actividad profesional, comercial o industrial determinada. Por ejemplo, se lo habilita para ejercer la medicina, para ser comerciante o actuar como una sociedad comercial.

También la habilitación puede recaer sobre un inmueble para que allí funcione un fábrica, un cine o un bar.

Es una decisión que se dicta en ejercicio de facultades regladas y, por ello, si el solicitante ha satisfecho las exigencias normativas la admi-

nistración se encuentra obligada a otorgar la habilitación. Se trata de un derecho preexistente que, para su ejercicio, está condicionado al cumplimiento de los requisitos fijados en la norma por parte del peticionante.

El titular de la habilitación tiene un derecho subjetivo de carácter administrativo que no puede ser vulnerado y si este derecho es desconocido, el afectado está legitimado para acudir a la vía judicial con el objeto del restablecimiento de ese derecho conculcado.

En ejercicio del poder de policía, la administración tiene atribuciones para realizar *inspecciones* con el objeto de constatar el cumplimiento de las reglamentaciones vigentes. Dichas inspecciones pueden ser periódicas o con motivo de alguna denuncia, labrándose el acta pertinente.

Estas normas pueden pertenecer a la policía del trabajo ³⁸ y en este supuesto la administración deberá constatar si cada establecimiento industrial o comercial cumple con las normas de seguridad e higiene, así como si satisface lo dispuesto en el art. 52 de la ley de contrato de trabajo.

De la misma manera y con relación a la policía en materia sanitaria, los sanatorios y clínicas con internación de pacientes, deben cumplir con ciertos requisitos, no sólo para su habilitación -como lo he dicho- sino también para continuar habilitados, por lo que el Ministerio de Salud tiene atribuciones para realizar inspecciones a fin de constatar que todos esos requisitos sean satisfechos.

En todos estos supuestos -reitero- los inspectores deberán labrar actas en las que se hará constar con qué normativa se cumple y cuál se omite, lo que será motivo de iniciación de sumario, con posibilidad de audiencia y prueba por parte del afectado, que finalizará con un acto administrativo sancionatorio o que lo absuelva de culpa y cargo.

Mediante las inspecciones, la administración vigila que las normas que hacen al poder de policía se cumplan, y es lo que se conoce como *policía preventiva o de prevención*, que se diferencia de la *represiva o de represión* porque esta última es la que sanciona al infractor.

Es muy importante la actividad de vigilancia que se realiza mediante las inspecciones porque con ella se procura evitar que se incurra en in-

³⁸ Guillermo L. COMADIRA, "Poder de policía y policía del trabajo" en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 337 y ss.

fracciones, ya que la función del Estado no debe ser la de sancionar sino la de evitar que las infracciones se cometan.

VI. Conclusión

Uno de los temas que más ha dividido a la doctrina es la posibilidad de privatizar la función de policía, ya que quien tiene una concepción estatista sólo al Estado le corresponde garantizar la seguridad y el orden, porque no estamos en presencia de la gestión de los servicios públicos, que es susceptible de ser realizada por los particulares.

Se sostiene que es una función indelegable del Estado la de vigilancia y la de garantizar la seguridad y el orden público. Se afirma con énfasis que sólo al Estado le está reservada el uso de la fuerza. Por lo tanto la función de policía no puede estar a cargo de los particulares.

En otras palabras, no puede privatizarse la función de policía. Por ello no puede una empresa privada realizar las siguientes actividades: protección contra los robos en las fábricas y en los comercios, vigilar las empresas y establecer detectives.

Es por razones ideológicas que el Estado es el único que puede brindar servicios de vigilancia directa e indirectamente, investigaciones, custodia de personas y de bienes muebles e inmuebles, seguridad interna en establecimientos industriales y comerciales, en espectáculos públicos y en cualquier otro evento.

También estará a cargo del Estado la custodia de personas o la custodia llevada a cabo a través del monitoreo y registro de medios electrónicos, ópticos, electro-ópticos, centrales telefónicas, entre otras.

Se dice³⁹ también que si se permitiera que empresas particulares tuvieran a su cargo las tareas precedentemente mencionadas por razones de seguridad y de prevención de delitos, aumentaría la brecha entre ricos y pobres, ya que los primeros estarían protegidos porque pueden afrontar el pago de esos servicios de seguridad privada; en cambio los pobres

³⁹ Santiago GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *El derecho administrativo privado*, Madrid Montecorvo, 1996, pág. 182.

serían los menos protegidos o los indefensos, pues por carecer de recursos no podrían costear su seguridad.

Se suma a ello que si se permitiese la existencia de empresas inscriptas en el Registro Público de Comercio, que realicen estas actividades de prevención del delito y de seguridad, aumentaría el “mercado del miedo”, como negocio de estas empresas, hecho que lleva a justificar la proliferación de las sociedades privadas encargadas de la seguridad.

Los argumentos dados precedentemente son importantes y considero que se trata de una discusión de carácter político más que jurídico, ya que no veo ningún obstáculo para que por ley se permita el uso de armas de fuego a las empresas autorizadas para la prestación privada de vigilancia, investigación y seguridad, como por ejemplo las encargadas de transportar caudales.

Digo que no encuentro impedimento jurídico porque constitucionalmente no advierto ningún obstáculo para -como lo he dicho- delegar la función de policía a las empresas privadas, pues la imposibilidad constitucional está en la delegación del poder de policía

Es indudable que al legislador le corresponde establecer cuáles serán los requisitos que deberán reunir las personas jurídicas para que sean habilitadas a prestar los servicios de seguridad, de vigilancia e investigación, así también cuáles serán los requisitos que deberá cumplir para ser admitido como personal de esas empresas..

Lamentablemente, la delincuencia aumenta día a día y la inseguridad general también, por lo que creo que hoy es necesario que los particulares colaboren con el Estado tanto en la vigilancia, como en la seguridad y en el orden público. En otras palabras, la autorización a empresas privadas para el uso de armas de fuego se debe por la presión de los hechos.

Una vez disminuida la delincuencia y recuperada la seguridad y el orden público se deberá volver al principio del monopolio estatal en el empleo de la fuerza.

Una cuestión menos discutida es la posibilidad que empresas particulares realicen funciones de policía para el otorgamiento de una licencia, por ejemplo, para conducir vehículos o para habilitar un comercio, una industria o a un vehículo para que pueda circular mediante la inspección técnica vehicular (I.T.V.).

Tampoco veo impedimento para que empresas privadas tengan a su cargo las inspecciones con el objeto de constatar el cumplimiento de las

normas legales vigentes relativas a higiene y seguridad por parte de las industrias, de los comercios, de las clínicas y sanatorios, entre otros.

Por ello y para concluir considero importante destacar que es factible el ejercicio de la función de policía por parte de empresas privadas, pero también es trascendente destacar que estas empresas deberán ser controladas por el Estado y de esa forma no sucederá lo que ha sucedido con la privatización de los servicios públicos.

PROCESOS DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANOS Y SU RELACIÓN CON OTROS PROCESOS REGIONALES

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT *

SUMARIO: I. Introducción. II. Los procesos de integración en Centroamérica. III. Los procesos de integración en América del Sur. IV. Tipos de procesos de integración. V. Relacionamiento del MERCOSUR con la Unión Europea.

I. Introducción

Cuando hacemos referencia a procesos de “integración latinoamericana”, por la expresión “latinoamericana”, salta a la escena el espíritu emancipador, de separatividad tanto de América del Norte como de Europa que conlleva la expresión y que fuera *leit motiv* de la independencia¹. El vocablo “Latinoamérica” evoca la unión de los pueblos americanos de habla latina (español, portugués, francés), con su vocación integradora.

La vocación de no sumisión, se observa en la misma etapa de la emancipación tanto en Centroamérica como en Sudamérica. Así, en Centroamérica se constituyó la Federación Centroamericana (Provincias

* Académica de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 22 de julio de 2008.

¹ Las palabras “Latinoamérica-latinoamericano” fueron utilizadas por primera vez por el ingeniero francés Michel Chevalier en 1836, quien proponía la integración física y comercial como impulsora natural de la aglutinación de los pueblos. Como Consejero de Estado impulsó la unión de Francia y Gran Bretaña a través del Canal de la Mancha (V. <http://gallica.bnf.fr>).

Unidas de Centro América, 1824-1838), renovándose cíclicamente la voluntad aglutinadora a través de la Confederación Centroamericana (1842), de los EE.UU. de Centro América (1895), de la República Centroamericana (1921). En Sudamérica el Pacto de Unión, Liga y Confederación Perpetuas propuesto por Bolívar en 1824, aprobado en 1826, si bien sólo ratificado por la Gran Colombia, fue un proyecto visionario que se adelantó en el tiempo a los grandes sistemas de cooperación intensificada del siglo XX.

II. Los procesos de integración en Centroamérica

Los procesos actuales de integración centroamericana tienen su origen en la Organización de Estados Centroamericanos/ODECA (1951), Tratado de Integración Centroamericana (1960)², ODECA II (1962) -por impulso de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas/CEPAL-. La ODECA evolucionó hasta conformar el Sistema de Integración Centroamericana (SICA-1991) vigente a la fecha.

El SICA³, de conformidad con el Tratado de Tegucigalpa de 1991, tiene entre sus propósitos tiene “alcanzar la unión económica”, “fortalecer la región como bloque económico para insertarlo exitosamente en la economía internacional”, “reafirmar y consolidar la autodeterminación de Centroamérica”.

El *Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana* (1993), busca alcanzar de manera gradual, complementaria y progresiva la Unión Económica Centroamericana. Para ello consti-

² Devenida en Sistema de Integración Económica de Centroamérica (SIECA), actuando tras el Protocolo de Tegucigalpa al Tratado de la ODECA II (1991) y el de Guatemala al Tratado de Integración Económica de Centroamérica (1993), como órgano técnico regional, constituido como persona jurídica autónoma, que asiste al proceso de integración económica centroamericana del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). (V. www.sica.int; <http://www.sieca.org.gt>).

³ Con sede en El Salvador, está conformado por Belice (único país de lengua no latina, en tanto ha sido la antigua Honduras Británica), Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá. República Dominicana (asociado), China, España y México (observadores).

tuye el Subsistema de Integración Económica, cuyo órgano técnico y administrativo es la *Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)*, que tiene su sede en *Guatemala*.

El Tratado de Libre Comercio entre *República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América* (RD-CAFTA en su sigla en inglés), de 2004 (entrado en vigor en 2006 para la mayoría de los países) tiene por Estados Partes a Costa Rica, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana de 2004 y busca establecer una zona de libre comercio en la región. Las principales críticas han sido la situación de desventaja que tienen los Estados centroamericanos frente a los EE.UU. a la hora de abrir sus mercados y competir.

III. Los procesos de integración en América del Sur

También al influjo de las labores de la CEPAL surgió la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC-1960), que habría de transformarse en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI-1980), en la cual se han insertado la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR.

La ALADI tiene por objetivo alcanzar a largo plazo una zona de libre comercio entre sus 12 países miembros (Cuba se incorporó en 1999 a los 11 originarios: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela). Admite acuerdos de alcance parcial (v.gr. Acuerdos de Complementación Económica/ACE), como los que dieron lugar a la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y al Mercado Común del Sur (MERCOSUR/MS) con el compromiso de multilateralizar esos acuerdos.

La CAN surge al influjo del modelo de integración europeo. Encuentra su origen en el Pacto de Bogotá (Pacto Andino) de 1969, siendo sus Estados miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú (Chile es Estado Asociado si bien, fue miembro pleno hasta 1976). (Venezuela fue miembro pleno hasta 2006). También son asociados: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. México y Panamá son observadores. La CAN tiene una superficie de casi 4 millones de km², 6 millones de habitantes y un PBI de

340.000 millones de dólares⁴. Desde 1983 la CAN afirma el principio de aplicabilidad directa de las normas comunitarias y el carácter supranacional tras la entrada en vigor del Tratado de creación del Tribunal Andino. El Tribunal, entre otras funciones, controla la legalidad de las normas comunitarias, mediante la acción de nulidad; interpreta las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, para asegurar la aplicación uniforme de éstas en el territorio de los países miembros y dirime las controversias.

El MERCOSUR tiene su origen en el Tratado de Asunción de 1991, siendo sus Estados Partes Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Son Estados Asociados de MERCOSUR Chile, Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú, Venezuela⁵ (Observador México). El MS tiene un extensión territorial de más de casi 12 millones km² con 242 millones de habitantes y un PBI de 1.7 billones. El MERCOSUR es de carácter intergubernamental, de naturaleza cooperativa ya que no ha delegado en instituciones centrales ninguna de sus competencias soberanas, debiendo lograrse el acuerdo de todos los representantes de los Estados Partes para adoptar una disposición normativa en los órganos del sistema, dispositivos que en su mayor parte deben ser internalizados en el derecho de los Estados Partes⁶.

La Unión de Naciones Suramericana UNASUR constituida por acuerdo el 23 de mayo de 2008, encuentra sus antecedentes en las propuestas brasileñas de Itamar Franco (ALCSA 1993-respuesta a ALCA), Henrique Cardoso (Unión Sudamericana 2000), en las cumbres presidenciales de Cuzco (2004-CSN), Brasilia (2005), Cochabamba (2006), Isla Margarita-Venezuela (2007-UNASUR designación), Brasilia (2008-acta fundacional de UNASUR). UNASUR se halla conformada por los 4 paí-

⁴ Los datos estadísticos han sido extraídos de *Principales indicadores de la Unión de Naciones Suramericanas*, SG/de215, 10 de junio de 2008) (V. www.comunidadandina.org/estadísticas). Es de tener presente que la UE cuenta 494 millones de habitantes, 4.450.000 km², un PBI 18 billones de dólares frente a un total mundial de 62 billones de dólares.

⁵ Venezuela firmó el acuerdo de incorporación como en 2006, faltando a junio de 2008 la ratificación de Brasil. También solicitar su incorporación como Estados Partes, Bolivia y Ecuador.

⁶ Sólo el 50 % de las disposiciones normativas adoptadas en el seno de los órganos del MS ha sido incorporado al derecho de los Estados Partes.

ses de MERCOSUR, 4 de la CAN, Chile, Venezuela, Guyana (antigua colonia Británica) y Surinam (antigua colonia holandesa). Cuenta con una población de 361 millones de personas, 17 millones km², 27 % de las aguas dulces del planeta, petróleo para más de 100 años, PBI 2.8 billones de dólares. Es la región que más alimentos produce en el mundo⁷.

IV. Tipos de procesos de integración

Podríamos afirmar que los procesos de integración centroamericanos ya en su origen se basaron en el *modelo federalista*, tendiendo a la conformación de un solo ente jurídico internacional, tal el caso del proceso centroamericano.

Los procesos de ALALC y ALADI han respondido al *modelo funcionalista*, en tanto partieron de la convicción de que los procesos de integración tienen base económica y socio-económica y se construyeron sobre el compromiso de convergencia con ciertas características federalizantes.

Los procesos de CAN y MERCOSUR se adecuan más al *modelo neofuncionalista* basado en una estructura pluralista y en la construcción horizontal y vertical del proceso con percepción clara de etapas de derrame y reabsorción. Si bien, el MERCOSUR (particularmente, su Estado más fuerte⁸) se muestra reacio a la transferencia de competencias soberanas a instituciones centrales⁹, no deja de manifestar su voca-

⁷ UNASUR, si bien es apoyada por Venezuela, en buena medida se enfrenta al proyecto chavista de la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA) creada en 2004, integrada a julio de 2008 por Venezuela, Cuba, Nicaragua y Bolivia, que busca el endodesarrollo y desde la perspectiva de la ya histórica teoría de la dependencia, rechaza el libre comercio y la cooperación con los Estados desarrollados.

⁸ Brasil concentra más del 70% del PBI y de la población de la subregión.

⁹ El MS se encuentra huérfano de política comercial común, muestra pocos avances en sus metas macroeconómicas, no ha alcanzado aún la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros ni un arancel externo común entre muchísimas otras debilidades. A pesar de ello es el más dinámico de los procesos de integración, a excepción del de la UE, habiendo resultado de gran interés para el sistema europeo establecer relaciones interbloque. Además, a pesar de su déficit, es el

ción hacia ello. La voluntad de profundizar el sistema se ha querido poner en evidencia a través de: la constitución de la Comisión de Representantes Permanentes (2003)¹⁰, la transformación de la Secretaría Administrativa en técnica (2003 - decr. 30/02¹¹), la entrada en vigor del Protocolo de Olivos con la creación del Tribunal Permanente de Revisión (2004), la creación del Parlamento del MERCOSUR (2005, en funcionamiento en 2007)¹², la conformación del Fondo de Convergencia Estructural-FOCEM (2006)¹³.

motor de desarrollo de sus EP, habiendo generado la convicción de que aun con todos sus defectos sin él todo iría peor. La UE cuenta con 27 Estados miembros, tiene en uno de sus pilares principales naturaleza comunitaria ya que han delegado competencias en importantes áreas en órganos centrales, que están dotados de capacidad de decisión independiente de la voluntad de los Estados Miembros y que actúan con criterio institucional. Las normas emanadas de los órganos comunitarios tienen aplicabilidad directa en los Estados miembros. La CAN ha imitado ese modelo, mostrando -como ya lo señaláramos- visos de comunitarización. La UNASUR de conformidad al acuerdo de 23 de mayo de 2008 aparece como entidad política, intergubernamental, sin delegación alguna de competencias en órganos centrales, lo que ha llevado a que su SG, Rodrigo Borja, renunciara poco después de la adopción del tratado.

¹⁰ Sin embargo, el CRP es mero portavoz del Consejo Mercado Común y de la Presidencia Pro Témpore.

¹¹ La transformación de la Secretaría pretende constituir un avance institucional mediante la constitución de un órgano de asesoría técnica que pueda actuar a partir de una perspectiva común y contribuir a la consolidación del MERCOSUR.

¹² El Parlamento no tiene facultades decisorias. Puede efectuar pedidos de informes u opiniones por escrito a los órganos decisorios y consultivos del MERCOSUR establecidos en el Protocolo de Ouro Preto sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración. Los pedidos de informes deberán ser respondidos en un plazo máximo de 180 días. En una primera etapa los Miembros son elegidos por los parlamentos nacionales de entre sus propios miembros, y en su etapa definitiva será elegido por voto directo (a partir de 2011) y simultáneo (desde 2015).

¹³ Creación por decr. 45/04; normas de integración y funcionamiento por *decr. 18/05*; reglamentación por *decr. 24/05*. Convergencia Estructural, Cohesión Social, etc. El presupuesto previsto para el FOCEM es de U\$S 100 millones anuales, a integrarse en forma progresiva en un lapso de tres años a partir de 2006 (50% durante el primer año, 75% el segundo año y 100% a partir del tercer año. Estos recursos del FOCEM se distribuirán entre los Estados Partes, de acuerdo con los siguientes porcentajes: a los proyectos presentados por Paraguay 48%; a los proyectos presentados por Uruguay 32%; a los proyectos presentados por Argentina 10% y a los proyectos presentados por Brasil 10%.

En otro orden de análisis es de observar que el regionalismo¹⁴, ha ido modificando su perfil y sus objetivos en estos últimos sesenta años, adecuándose a las mutantes condiciones globales.

Se ha señalado que el *regionalismo* llamado de *primera generación* ha tenido por fuerza directriz al comercio. Así, el BID ha definido al proceso de integración como “el estatuto jurídico en el cual los Estados entregan algunas de sus prerrogativas soberanas con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo trato, las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la organización de las políticas correspondientes y bajo una égida supranacional”¹⁵. Tal el caso de ALALC, cuyo objetivo central “la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la eliminación gradual de las barreras al comercio intraregional, constituye condición fundamental para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos” (primer párrafo de la parte preambular del Tratado de Montevideo de 1960).

El regionalismo de *segunda generación* ha mostrado una percepción más amplia de la integración que la comercial, más compleja, más multidimensional, con ambiciones sociales, culturales y políticas. La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) (sucesora de la ALALC), en el segundo párrafo preambular del Tratado de Montevideo de 1980, señala que “la integración económica regional constituye uno de

¹⁴ A la expresión “regionalismo” se le han dado distintas acepciones. Por un lado se la ha tomado como una tendencia ideológica promotora de los procesos de integración constituidos desde abajo hacia arriba, diferenciándolo de la regionalización, proceso de descentralización, desde arriba hacia abajo. Por otro lado, se ha centrado al regionalismo en la constitución de espacios ampliados internacionales a diferencia de la regionalización, que conforma esos ámbitos geográficos *ad intra* de un solo Estado (v. nuestro trabajo “Regionalismo - Integración”, en *Globalización-Integración-Regionalismo*, Estudios de Relaciones Internacionales, N° 1, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1997, pág. 37 y ss.. A. D. Cimadamore ha definido a la integración regional como proceso de ampliación pacífica de espacios económicos, sociales y políticos de los Estados nacionales que genera nuevos mecanismos de toma de decisiones y resolución de controversias y que implica una pérdida progresiva de soberanía (V. “Gobernabilidad y niveles de análisis en el proceso de integración del MERCOSUR”, en *Los desafíos de la integración regional ante el nuevo contexto social y político en la región* (www.unesco.or/shs/gobernanza).

¹⁵ BID, *Factores para la Integración de América Latina*, Buenos Aires, INTAL, 1973.

los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar suproceso de desarrollo económico y *social* a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos”¹⁶ (el resaltado nos pertenece).

El regionalismo de *tercera generación* buscó el perfil de “regionalismo abierto”, con apertura externa (importación-exportación), multilateralista, acorde con las normas de la OMC, articulado con los mercados internacionales, complementados por acuerdo extraregionales. Tal el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte / TLCAN/NAFTA (1993), el proyecto del ALCA (1994), el TLCRD-CA/DR-AFTA (2004).

El regionalismo de *cuarta generación*, es una nueva manifestación sólo accesible a las regiones más avanzadas institucionalmente, que busca la inserción externa, con efecto sobre el sistema global, como factor decisivo de la gobernanza global, gestor del modelo de interdependencia, región-actor dominante que impulsa un modelo a otras regiones del mundo, acción que más que bi o tri o pluri regional se transforma en transregional en tanto cuenta con la meta común de bloque transregional equilibrador institucional con influencia multidimensional a escala global (síntesis en la dialéctica entre globalismo de mercado y regionalismo político)¹⁷. Un asociación de este tipo es la que busca la UE con los estados de América Latina y El Caribe, como vía de fortalecimiento de su rol político internacional. De allí la importancia para ese modelo de que un bloque con el que ha de celebrarse una asociación interregional alcance identidad, solidaridad regional basada en normas comunes y cohesión social¹⁸.

¹⁶ Primer párrafo de la parte preambular.

¹⁷ V. F. SÖDERBAUM, “The EU as a global actor and the rol of interregionalism”, *Revue d' integration européenne*, vol. 27, London, septembre 2005, págs. 257-258; S. SANTANDER, “The European Partnership with Mercosur: a Relationship Based on Strategic and Neo-liberal Principles”, *Revue d' integration européenne*, vol. 27, London, septembre 2005, págs. 285-306.

¹⁸ Por ahora, el que el MS no sea un actor unitario es un escollo insalvable para alcanzar el acuerdo de asociación con la UE, que habría de significar un partenariato estratégico.

V. Relacionamiento del MERCOSUR con la Unión Europea¹⁹

La Unión Europea (UE) ha comenzado ya a inicios de la década del 90 el diálogo interregional con bloques latinoamericanos a los fines de alcanzar un acuerdo UE-MERCOSUR, UE-CAN, UE-ALC (América Latina-Caribe). La UE ha insistido largamente en la necesidad de contar con un interlocutor representativo por bloque como presupuesto de un diálogo estratégico²⁰.

En el caso del MERCOSUR el diálogo formal con la UE se inició en 1992 con un Acuerdo interinstitucional que estableció las bases estructurales para el diálogo. El 15 de diciembre de 1995 el promisorio *Acuerdo de Coordinación Política, Asociación Económica y Cooperación entre la UE y el MS*, conocido bajo la más simple designación de *Acuerdo Marco Interregional de Cooperación*. El diálogo se basó en tres pilares: diálogo político, cooperación y comercio.

El *diálogo político*, contemplado en la Declaración Conjunta de 1995 anexa al Acuerdo, se ha ido desarrollando a través de reuniones anuales de los jefes de Estado, reuniones de ministros y encuentros de altos funcionarios. La Declaración contiene una cláusula democrática: “quedan suspendidos los acuerdos o convenciones suscriptos en caso de producirse una ruptura del régimen democrático o violaciones graves de derechos humanos en los países signatarios”. Esta cláusula tiene efecto disuasivo para las democracias frágiles. En 2004, el diálogo político se consideró virtualmente concluido, si bien a la fecha los entendimientos se han retraído atento a las posiciones políticas de Argentina y Paraguay, como también a las posiciones del futuro eventual socio (Venezuela)²¹.

¹⁹ Conf. nuestro trabajo “El transregionalismo en las relaciones Unión Europea-MERCOSUR”, en Drnas de Clément (coord.) y Hummer, W. (ed.) *MERCOSUR y Unión Europea*, Proyecto de Investigación EULATIN II del Programa ALFA II de la Unión Europea, Córdoba, Lerner, 2007, pág. 65 y ss.

²⁰ Centroamérica logró consensuar un interlocutor representativo facultado para negociar a nombre de la SICA; Nicaragua. MERCOSUR no logró canalizar esa representatividad.

²¹ Debe tenerse presente que Bolivia y Ecuador han solicitado ser admitidos como miembros plenos.

La *cooperación* tampoco tuvo dificultades en las primeras etapas. La UE es el principal donante de ayuda al MS. Entre 2000 y 2006 la financiación para la cooperación regional y bilateral alcanzó los 250 millones de euros. La ayuda a Argentina cubrió 65,7 millones; a Brasil 64 millones; a Paraguay 51,7 millones; a Uruguay 18,6 millones. En el marco de la cooperación, la UE destinó 48 millones al MS para el soporte de sus instituciones, para el sostén de la estructura económica y comercial, para el desarrollo del mercado interno y el apoyo a la sociedad civil.

El *comercio* fue el pilar que más dificultades presentó durante las negociaciones por sus efectos comerciales, sociales, laborales, etc. La UE, a pesar de las crisis brasileña de 1999 y argentina de 2001, ha sido y es el principal socio comercial del MS. El 39 % del total de exportaciones de MS están dirigidas a la UE. Sin embargo, el MS comercialmente no es importante para la UE ya que sólo representa el 3% de sus exportaciones y el 2,5% de sus importaciones. Esta asimetría es mero reflejo del patrón comercial vigente entre una región desarrollada, altamente industrializada y una en desarrollo. Entre las dificultades se halla el hecho de que la protección arancelaria en la UE ronda el 6.9 % en tanto, en el MS, alcanza el 13%, llegando en algunos rubros (como el de automotores) a 35%²². Debe tenerse presente que la UE aplica importantes restricciones no arancelarias a productos provenientes del MS (restricciones cuantitativas, cuotas, políticas gubernamentales, prácticas administrativas, trabas técnicas, ambientales, etc.), a más de subsidios. MS reclama a la UE (al igual que a los EE.UU.) la reducción de sus subsidios a la agricultura. La UE reclama al MS que abra sus mercados en el sector servicios, productos industriales, sistema financiero y suministros al gobierno.

Debe tenerse en cuenta que las negociaciones en todos los rubros siguen el modelo de “single undertaking”, “package deal” o “compromiso único”, es decir no hay acuerdo hasta que no se alcance entendimiento en todos los aspectos. En resumen, lo acordado, no lo está dadas las vicisitudes políticas a las que se enfrenta el bloque subregional del Cono Sur latinoamericano.

El diálogo UE-América Latina, en la Cumbre EULAC IV (Viena, 13 de mayo de 2006), aún guardaba esperanza de que se pudiera alcanzar en

²² Por ejemplo en productos químicos es del 25%, en bienes industriales del 13,1 %, en maquinarias el 15,3 %.

plazo relativamente breve un acuerdo interregional estratégico y profundo (político, comercial, cooperativo). Sin embargo, la Cumbre EULAC V (Lima, 15 a 17 de mayo de 2008), mostró un profundo desánimo con relación a un objetivo tan ambicioso, satisfaciéndose con acuerdos bilaterales con los Estados “previsibles” de América Latina (v.gr. Chile, Perú, México).

Los desentendimientos modélicos a nivel político han tornado imposible -al menos a corto plazo alcanzar un acuerdo estratégico en el marco del nuevo regionalismo (transregionalismo). La Cumbre EULAC V se centró en cuestiones más fáciles de coordinar, entre ellas, la pobreza, la alimentación y el cambio climático, constituyéndose un fondo simbólico de 7.5 millones de dólares (5 millones de euros), lo que muchos consideraron irónicamente de menor monto que el costo de la reunión.

Numerosas manifestaciones hacen pensar que una mejoría en las relaciones del diálogo político no ha de producirse a la brevedad. Entre esas situaciones se cuentan:

- La visita de Tabaré Vázquez a Cuba el 20 de junio de 2008, oportunidad en que fueron apresados 6 manifestantes disidentes que fueron a acompañar a otros cincuenta y cinco presos, remanentes de los encarcelados en 2003, sin que el mandatario uruguayo mostrara molestia alguna por el hecho;

- la elección de Fernando Lugo como presidente electo de Paraguay²³;
- El rol asesor asignado a la Federación Rusa en el diálogo UE-CAN²⁴.

Sin embargo, da la impresión de que la UE ha llegado a pensar en su necesidad de consolidar socios políticos en el espacio global. Sólo así puede explicarse el levantamiento de las sanciones impuestas a Cuba en 2003 por los apresamientos políticos, los que continúan a la fecha. La

²³ Lugo visitó a mediados de junio de 2008 Ecuador, donde fue recibido como héroe por la acción política que llevara en ese país, especialmente en las regiones en las que inició su carrera sacerdotal.

²⁴ El 29 de marzo de 2008, en la sede de la Cancillería de Colombia (en ejercicio de la presidencia *pro tempore* del bloque) se reunió el secretario general de la CAN con el representante de la Federación Rusa para Asuntos Latinoamericanos Serguei Akapov a fin de solicitar su asesoramiento en materia del acuerdo interbloque CAN-UE, el narcotráfico y el terrorismo. Colombia y Perú se manifestaron a favor del Acuerdo UE-CAN y Bolivia y Ecuador en contra.

medida de la UE fue cuestionada por los disidentes cubanos quienes entienden que el levantamiento de las sanciones no encuentra razón fundada y favorece la impunidad de Cuba a la hora de perseguir a sus opositores políticos.

Un marco de voluntad programada de acercamiento también explicaría el pedido formal de disculpas de Hugo Chávez a la canciller alemana Angela Merkel en oportunidad de la Cumbre EULAC V, el buen trato dispensado a Rodríguez Zapatero (tras el ríspido enfrentamiento del 10 de noviembre de 2007 en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado en Santiago de Chile que motivara el “por qué no te callas” del Rey de España, Juan Carlos I)²⁵. También, las atenciones del mandatario venezolano con Alan García en la Cumbre EULAC V resultaron sorprendentes. Buen trato reiterado en la Cumbre MERCOSUR celebrada recientemente (junio 2008) en Tucumán.

¿Será acaso que la UE ha llegado a la conclusión de que las condiciones del diálogo político exigidos en la última década: democracia pluralista, libertad de opinión, libertad de información, rechazo al autoritarismo pueden ser dejados de lado a fin de alcanzar consensos que permitan a los bloques un rol transregional más fuerte en el Este? ¿Acaso los espacios cubiertos en los últimos tiempos en América Latina por China y la ASEAN+3 han dado una señal de peligro a las dilatadas concertaciones UE-AL con una consiguiente pérdida de protagonismo político europeo en el concierto mundial?

Sin dudas, la UE (pilar tripartito) busca un rol político preeminente que ha sido ajeno al pilar comunitario en su más de medio siglo de accionar²⁶.

²⁵ Para julio de 2008 se ha programado un encuentro en Madrid entre Rodríguez Zapatero y Chávez.

²⁶ Por ejemplo, en 2007, en Europa, numerosas convocatorias científico-académicas conmemoraron los 50 años del Tratado de Roma. La mayoría de ellas hizo referencia a la UE como “proyecto de paz, de unidad política, de prosperidad económica”, con vocación de modelo universal.

PRESIDENCIALISMO Y FEDERALISMO EN ARGENTINA *

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. El presidencialismo argentino. A. El presidencialismo en el texto originario de 1853. B. La reforma constitucional de 1994 y la atenuación del presidencialismo. C. El hiperpresidencialismo. III. El federalismo argentino. A. Etapas del federalismo normativo. B. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional. IV. La interacción entre federalismo e instituciones representativas. V. Conclusiones.

I. Introducción

A los fines de la exposición de tan amplia temática, abordaremos tres puntos que consideramos fundamentales ¹: el presidencialismo, dentro de nuestra forma de gobierno; el federalismo, como forma de Estado en Argentina y en tercer lugar, las interrelaciones entre ambos términos. Finalizaremos este aporte con unas conclusiones.

Adelantamos que por razones de brevedad, efectuaremos una exposición sintética de estas cuestiones que, además, requieren de una visión interdisciplinaria, por su especial complejidad.

* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 5 de agosto de 2008.

¹ Como lo hicimos previamente en el Capítulo de Argentina de nuestra autoría, en el libro *A Global Dialogue on Federalism. Volume 3. Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries*, editado por Katy Le Roy y Cheryl Saunders, publicado por el Forum of Federations y la International Association of Centers for Federal Studies, en la McGill-Queen's University Press, London- Ithaca, Montreal & Kingston, 2006, págs. 7/36.

II. El presidencialismo argentino

A. El presidencialismo en el texto originario de 1853

La Constitución Nacional sancionada en 1853, estableció una forma de gobierno representativa, republicana y federal en el art. 1º, con base en el modelo de la Constitución norteamericana.

Debemos señalar en cuanto al primer aspecto de la forma representativa, que en la reforma constitucional de 1994 se introdujeron institutos de democracia semidirecta como la iniciativa y la consulta popular, en los arts. 39 y 40.

En relación con la forma republicana, se dispuso la clásica separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El presidente y vicepresidente de la República eran electos de manera indirecta por colegio electoral, con un mandato de 6 años y sin reelección inmediata, hasta la reforma de 1994, que estableció una elección directa a doble vuelta, con un mandato de 4 años y posibilidad de una reelección inmediata. Además, se diseñó una atenuación del fuerte presidencialismo consagrado en 1853.

El Poder Legislativo está compuesto por dos cámaras: de Diputados, que representan al pueblo de la Nación y de Senadores, que representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires.

El Poder Judicial está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con nueve miembros y los demás tribunales inferiores.

Nuestro sistema es presidencialista, ya que en la Ley Suprema se mantiene en el art. 87 -luego de la reforma constitucional de 1994- el mismo texto del anterior art. 74 de 1853, que dispone que “El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”.

El modelo inicial del texto histórico de 1853 fue, como lo hemos dicho, el de la Constitución de Filadelfia de 1787, pero con algunas modificaciones que establecieron un presidencialismo aún más fuerte en sus competencias, por la influencia de Juan Bautista Alberdi que siguió el antecedente de la Constitución chilena de 1833 ².

² La presidencia argentina tuvo más atribuciones que la norteamericana, v.gr. en materia colegislativa y en la designación de funcionarios. Cuando hablamos de

presidencialismo “fuerte” nos referimos al conjunto de las atribuciones que la Constitución reconoce al presidente, y en ese sentido, en general se puede sostener que la presidencia-institución ha sido fuerte a partir del modelo norteamericano, pudiéndose distinguir sin embargo distintas gradaciones de fortaleza en las constituciones latinoamericanas, que van desde la considerada más fuerte (precisamente la chilena) hasta la que han recibido atenuaciones por la reducción de competencias y especialmente, por la incorporación de instituciones típicas del parlamentarismo, como la nuestra, entre muchos otros casos señalados por Diego VALADÉS en sus obras *El Gobierno de Gabinete*, publicada en México y de inminente aparición en Argentina, con la edición de Rubinzal Culzoni y Prólogo de mi autoría y *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Colegio Nacional de México, en 2007. En dichos libros, el distinguido constitucionalista mexicano reabre con agudeza el debate que habían producido politólogos como Linz, Valenzuela, Sartori y Nohlen en torno al presidencialismo y parlamentarismo en América Latina, inclinándose por la renovación del primero, mediante la incorporación de instituciones del segundo, a los fines de morigerar la concentración del poder presidencial y racionalizar su ejercicio. Señalamos que en el seminario titulado “Making Presidentialism work”, realizado en el Distrito Federal de México con la organización conjunta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e International IDEA, entre los días 6 y 8 de febrero de 2008, luego de hacer referencia a la Presidencia como institución, indicamos que también se la puede analizar en relación con la persona que la ocupa, desde el punto de vista de la realidad política. Y aquí se pueden asimismo hacer clasificaciones según la “fortaleza” o “debilidad” política de los presidentes, especialmente en relación con sus liderazgos y al mayor o menor poder frente al Congreso, la prensa, etc.. En tal sentido, señalé como presidentes políticamente débiles a los que pierden las elecciones legislativas y quedan en minoría en las dos cámaras del Congreso norteamericano. Esta cuestión está especialmente vinculada al sistema de partidos políticos y en principio, no debe observarse como disvaliosa para el funcionamiento de las instituciones. En este sentido, sostuve en relación a México, que la “debilidad” política de los presidentes Fox y Calderón, ha sido positiva para el funcionamiento del sistema republicano y la división y equilibrio de los poderes, en razón del tripartidismo existente (PAN, PRI y PRD), que ha fortalecido al Congreso y que impulsa una independencia del Poder Judicial. Por este mismo criterio, formulé mi oposición a la idea de que los presidentes deben también ser jefes de sus respectivos partidos políticos. Por su parte Diego Valadés en su libro *Gobierno de Gabinete* clasifica a los sistemas presidenciales latinoamericanos en tres tipos: el tradicional, el transicional y el democrático.

Y así los caracteriza: *“El tradicional corresponde al ejercicio autoritario del poder, altamente concentrado en la persona que ocupa la titularidad de la presidencia, con relación al cual los controles políticos y jurisdiccionales no representan una garantía eficaz para los derechos fundamentales; el transicional corresponde a una etapa de desarrollo en que existen controles jurisdiccionales eficaces, pero donde los controles políticos no han alcanzado un pleno desarrollo; en el democrático están presentes los*

El presidente tuvo 4 jefaturas: del Estado, del Gobierno, de la Administración y de la Ciudad de Buenos Aires. Actualmente, luego de la reforma de 1994, conserva las tres primeras.

En cuanto a las atribuciones del presidente, según la Constitución vigente, están reguladas en el art. 99º de la Constitución y pueden ser clasificadas según el Prof. Daniel Sabsay³ en:

- colegislativas (incs. 3, 8 y 9).
- reglamentarias (incs. 2 y 3)
- nombramiento y remoción de funcionarios (incs. 4, 7 y 19).
- jubilaciones y pensiones (inc. 6).
- poderes financieros (inc. 10).
- poderes militares (incs. 12 a 15).
- representación ante la comunidad internacional (inc. 11).
- poderes excepcionales (incs. 5, 16 y 20).

La Ley Suprema le otorga atribuciones de carácter colegislativo al Poder Ejecutivo -a cargo del presidente-, ya que puede presentar proyectos de ley, además de promulgar y publicar los sancionados por el Congreso (art. 99 inc. 3). También está facultado para vetar las leyes (art. 83).

Asimismo, el presidente debe realizar anualmente la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso para dar cuentas del estado de la Nación (art. 99 inc. 8) y puede prorrogar las sesiones ordinarias y convocarlo a sesiones extraordinarias (art. 99 inc. 9).

El presidente tiene facultades reglamentarias para ejecutar las leyes (art. 99 inc. 2) y excepcionalmente puede dictar decretos de necesidad y urgencia, “cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos” (art. 99 inc. 3).

controles políticos y jurisdiccionales”. Sólo ubica en el tercer tipo a Chile, Uruguay y Costa Rica.

³ ALBANESE, DALLA VIA, GARGARELLA, HERNÁNDEZ Y SABSAY, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, Prólogo de Giuseppe de Vergottini, Capítulo de Poder Ejecutivo de Daniel Sabsay, pág. 618 y ss., al que nos remitimos para el análisis de esta temática, por razones de brevedad.

Por otra parte, el Congreso puede delegarle facultades legislativas en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado y según las bases que fije (art. 76).

Aunque la importancia del Congreso y trascendencia de sus funciones es indiscutible, también en nuestro país se aprecia que el centro de gravedad del poder corresponde desde hace tiempo al Poder Ejecutivo.

Ello se ha producido por diversas causas entre las que señalamos: a) las interrupciones del orden constitucional que significaron el cierre del Congreso; b) el liderazgo del Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea; c) las emergencias políticas, económicas y sociales que disminuyeron el protagonismo del Congreso y d) la crisis de la representación política que afecta su prestigio.

No podemos además dejar de señalar que en la presidencia de Menem, en sus dos períodos (1989-1999) se dictaron aproximadamente 500 decretos de necesidad y urgencia que afectaron gravemente la función legislativa. Y esta práctica tan negativa fue continuada por el resto de los presidentes que le sucedieron. A ello deben sumarse las delegaciones legislativas efectuadas por el propio Congreso, que también significaron una resignación del cumplimiento de sus funciones frente a un Ejecutivo que ha legislado por decretos, con notoria intensidad, desde la fecha indicada.

B. La reforma constitucional de 1994 y la atenuación del presidencialismo

Por ello se comprende que uno de los objetivos principales de la reforma constitucional de 1994 fue la atenuación del presidencialismo⁴,

⁴ Véase Antonio M. HERNÁNDEZ, “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”, en *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional de Buenos Aires, Córdoba, Advocatus, 2005, pág. 49 y ss.. Desde nuestro punto de vista, el objetivo de la reforma fue atenuar el presidencialismo, mediante un diseño constitucional como el referido, que produjo una disminución de las atribuciones del presidente, además del fortalecimiento

como se observa a través de las siguientes modificaciones institucionales producidas:

1) Privación de una de sus jefaturas al presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que por razones de brevedad no podemos analizar y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, basta mencionar la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con él.

3) Reducción de las atribuciones del presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y el procedimiento establecido para los ministros de la Corte Suprema.

4) Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir las atribuciones del gobierno federal y afirmar el control vertical del poder, como otro objetivo del federalismo ⁵.

del Congreso, de la creación de nuevos órganos de control y de la búsqueda de la independencia del Poder Judicial a través del Consejo de la Magistratura. Se trató de una renovación del presidencialismo, para atenuarlo y racionalizarlo, como ha ocurrido en otros países de América latina y del mundo, según lo ha demostrado Diego Valadés en sus obras citadas. De todas maneras, este diseño no buscó el tránsito de un sistema presidencialista a uno mixto con mayores ingredientes de parlamentarismo, como lo había intentado especialmente Carlos S. Nino, que desde el Consejo de Consolidación de la Democracia, creado por el presidente Raúl Alfonsín en 1986, con sus dos dictámenes, había preconizado una reforma constitucional en este aspecto, siguiendo los modelos de Francia, Portugal y Finlandia (véase además el extenso análisis que efectúa el destacado jurista en su obra *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 595 y ss.). Más recientemente ha insistido con estos lineamientos Pablo RIBERI en su artículo “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político” (*Constitución de la Nación Argentina*, t. II, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003, págs. 291/315).

⁵ Véase Antonio M. HERNÁNDEZ, *Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997. En

5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6) Reducción del mandato del presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en su ejercicio, como emerge de los arts. 99 inc. 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8) Creación del jefe de Gabinete de Ministros, como institución de origen parlamentario, introducida en el sistema presidencialista, con la finalidad de morigerar nuestro hiperpresidencialismo y asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como se sostuvo en los debates de la Convención Constituyente.

Deteniéndonos en esta institución, sus atribuciones están prescriptas en el art. 100 de la Constitución Nacional y principalmente consisten en: a) Ejercer la administración general del país (inc. 1); expedir actos o reglamentos (inc. 2); efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente (inc. 3); ejercer las funciones que le delegue el Presidente (inc. 4); coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia (inc. 5); enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto nacional (inc. 6) y hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto (inc. 7).

cuanto a la forma de designación del presidente y vicepresidente de la Nación, la reforma constitucional de 1994 modificó el sistema anterior indirecto por medio del Colegio Electoral, estableciendo un sistema de elección directa a doble vuelta, conformando el territorio nacional un distrito único (art. 94).

Asimismo tiene similares responsabilidades que los ministros en cuanto a su departamento, pero a diferencia de éstos, es responsable políticamente ante el Congreso (art. 100) y debe concurrir al mismo una vez por mes, alternativamente, a cada una de sus Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno (art. 101). Asimismo puede ser interpelado a los efectos de una moción de censura y removido por el Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (art. 101).

También tiene especiales atribuciones con respecto a los decretos de necesidad y urgencia y a los decretos delegados, ya que debe firmarlos y presentarlos antes la Comisión Bicameral Permanente (art. 100 incs. 12 y 13).

No obstante las importantes funciones del jefe de Gabinete de Ministros, algunos autores lo asimilan más a un ministro coordinador que a un jefe de Gabinete de un sistema parlamentario, pues depende en definitiva del presidente que lo nombra y lo puede remover.

De cualquier manera, su incorporación en la reforma de 1994 tuvo el objetivo de atenuar nuestro presidencialismo y no de cambiar el sistema hacia uno semipresidencialista o parlamentario. Similares propósitos han tenido las reformas constitucionales operadas en otros países de sistema presidencialista⁶.

Se ha señalado que esta modificación ha afectado el federalismo pues se han disminuido las mayores posibilidades de influencia de las provincias chicas en el Colegio Electoral, y consecuentemente, han aumentado las posibilidades de definición de la elección presidencial en sólo 4 o 5 provincias grandes. Otros -entre los que nos contamos- han estimado que la solución del problema está en el cambio de la ordenación y concentración demográfica del país, ya que el sistema actual es mucho más democrático que el anterior y debe ser mantenido. Por otra parte, también antes de 1994, las elecciones se definían en los distritos grandes, como hoy se aprecia incluso en los Estados Unidos.

⁶ Recuérdense las obras de Diego Valadés citadas en nota 2, donde analiza los casos de Perú (quien primero introdujo este tipo de instituciones), Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador., Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, en América Latina, que han renovado el presidencialismo en las reformas constitucionales, dentro de 48 casos observados en el derecho constitucional comparado, lo que le permite fundamentar su denominación de “presidencialismo parlamentarizado”. También sostiene que se advierte una presidencialización de los siste-

Pero en un balance a más de 10 años de esa trascendental reforma de 1994 -para nosotros la más legítima e importante de nuestra historia constitucional-, se concluye en que esta figura en particular no ha servido en el orden de la realidad política para modificar nuestra práctica constitucional de enorme concentración del poder en el presidente.

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención Constituyente, consideramos que por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en los hechos una atenuación del hiperpresidencialismo.

Si bien efectivamente funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5 (o sea por la eliminación de su jefatura sobre la Ciudad de Buenos Aires, por la intervención del Consejo de la Magistratura en la elección de los jueces, por las mayores competencias y autonomía de provincias y municipios y por la jerarquización de los órganos de control) no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por el presidente y la práctica institucional de la jefatura de Gabinete de Ministros, que en modo alguno han atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la presidencia de De la Rúa, ya que no impidieron su caída.

Consideramos que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha

mas parlamentarios. En la exposición efectuada por el jurista mexicano en el seminario sobre presidencialismo antes citado, insistió en introducir reformas al sistema constitucional de su país para incorporar el Gobierno de Gabinete, además de otras instituciones que había mencionado Jorge Carpizo, en la Mesa Redonda que también integrara. Valadés recordó la tradición y tendencia autoritaria del presidencialismo, que mereciera las críticas de Kelsen y Bobbio y abogó por la racionalización de su poder. El senador Carlos Navarrete del PRD, que también formó parte de dicha mesa junto a los citados juristas y a otros dos senadores del PAN y del PRI, fue particularmente elocuente en su análisis del presidencialismo exacerbado durante el gobierno del PRI, que recién finalizara con la presidencia de Fox en el 2000. Por ello, hemos incluido dentro del hiperpresidencialismo a dicha etapa.

originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del presidente. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de San Luis” en 2003, donde nuestro más alto tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa, para impedir el uso conjunto de éstos, en relación con el llamado “corralito”, que fue para nosotros la más grave y grosera violación de derechos constitucionales producida por una emergencia económica en nuestra historia⁷.

El avance incontrolado de la concentración del poder en el Poder Ejecutivo ha alcanzado su máximo desarrollo a partir de la sanción de la ley de emergencia 25.561, sancionada por el Congreso en 2002, que originara una delegación sin precedentes al presidente, en una amplísima cantidad de materias (económicas, financieras, bancarias, administrativas, de fijación de precios y tarifas, de renegociación de los contratos, etc.) y que hasta la actualidad ha sido prorrogada cada año, pese a que el gobierno se jacta del buen funcionamiento de la economía y del superavit fiscal.

Pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, hoy en Argentina se gobierna con muy pocas personas (la titular del Poder Ejecutivo y unos pocos colaboradores, entre los que se cuenta su marido, el anterior presidente, que preside el partido del gobierno) y por medio de decretos (delegados o de necesidad y urgencia), sin el debido control político por parte del Congreso ni de la Corte Suprema de Justicia. A lo que se suma la concesión de los llamados “superpoderes” al jefe de Gabinete de Ministros, para cambiar el destino de las partidas presupuestarias.

⁷ Véase nuestra obra *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones, la 1ª, de Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002 y la 2ª del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal-Culzoni, México, 2003, donde efectuamos un análisis de las emergencias sufridas en nuestra historia institucional y en especial, de la última económica, cuyos efectos todavía continúan y que creara el “corralito” financiero y bancario a partir de fines del 2001.

En relación específica con los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la ley 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerce el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actúe simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de ley enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso⁸.

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, son consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática⁹.

⁸ Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario “La Nación” de Buenos Aires, el presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 decretos de necesidad y urgencia frente al envío de sólo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. *Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la ley 26.122: “Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU -sólo sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional- no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna. Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional”.*

Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos en que al número de decretos de necesidad y urgencia hay que sumar otra enorme cantidad de decretos delegados -en razón de la ley de emergencia económica citada- lo que confirma nuestra afirmación acerca del gobierno por decreto en nuestro país, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro estado de derecho.

⁹ Véase nuestro libro *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones ya citadas, donde estudiamos detenidamente cómo se fue produciendo en nuestra historia institucional dicha decadencia del Estado de derecho, que afectara el sistema republicano y la vigencia de los derechos individuales, mediante la utilización de emergencias permanentes. En particular, ello significó el avance del Ejecutivo junto a una declinación del Congreso, sin los suficientes controles de constitucionalidad por parte del

C. El hiperpresidencialismo

Estimamos necesaria una explicación acerca del uso de la denominación “hiperpresidencialismo”, tanto en Argentina como en otros países de la región.

Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. En su obra *Fundamentos de derecho constitucional*¹⁰ expuso con visión interdisciplinaria en el Cap. III destinado a la “Organización del poder” estos tres acápite: a) “Actual organización del poder en la Argentina”¹¹, con énfasis en lo jurídico-constitucional, donde analizó el hiperpresidencialismo en contexto, con la presidencia hipertrofiada, el debilitamiento del Congreso, el sistema de los partidos políticos y el sistema electoral, el proceso de sumisión de la administración de justicia, la declinación relativa del federalismo y las formaciones corporativas; b) “Evaluación del hiperpresidencialismo argentino

Poder Judicial. Quien más estudió el fenómeno de la “anomia” fue Carlos S. NINO en su libro *Un país al margen de la ley*, 2ª ed., Buenos Aires, Emecé, 1992. Este autor calificaba a la anomia como “boba” (por los daños que producía) y “antidemocrática” (porque se desconocía la ley que es fruto en principio de una deliberación y sanción de carácter democráticos). Por nuestra parte cuando ejercimos la presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizamos un trabajo interdisciplinario sobre cultura de la Constitución y la legalidad, que se tituló *Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica*, de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, y que es parte de un proyecto regional latinoamericano, pues ya se han producido encuestas similares en México y Bolivia. Allí se explica nuestro subdesarrollo cultural, político y democrático en relación a esta cuestión, sintetizada en el propio título del libro.

¹⁰ Que lleva como subtítulo *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

¹¹ Confr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., págs. 497/569.

desde el punto de vista de su legitimidad democrática”¹², con énfasis en lo filosófico, donde analizó aspectos como la dispersión de la soberanía, el deficiente procesamiento del consenso, los problemas de la mediación imperfecta y de la apatía política y el empobrecimiento del debate público y c) “Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia”¹³, con énfasis en lo politológico, donde analizó la estabilidad en relación a la personalización del poder, la rigidez del sistema y las válvulas de escape, los bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación de los partidos y la dificultad para formar coaliciones y luego la eficacia del hiperpresidencialismo.

Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea antes de la reforma de 1994, sostuvo: *“Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aun en períodos de jure”*¹⁴.

En su aguda visión de este fenómeno del hiperpresidencialismo en la práctica institucional de nuestro país, Nino señaló además entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vincula-

¹² Confr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., págs. 569/617.

¹³ Confr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., págs. 617/653.

¹⁴ Confr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., pág. 529.

ción con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado¹⁵. Por eso consideraba que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa”¹⁶.

Pensamos que muchos de sus conceptos tienen hoy plena vigencia, y en particular señalamos que el problema del hiperpresidencialismo corporativo sigue siendo el más grave de nuestro sistema constitucional, ya que ahora, luego de la reforma de 1994, que incorporara instituciones para atenuarlo, se observa con mayor nitidez la violación de la letra y espíritu de la Ley Suprema¹⁷.

En relación con América Latina, por cierto que los gobiernos de facto contribuyeron a la consolidación del hiperpresidencialismo. Pero también en los gobiernos electos por el pueblo puede observarse esta deformación

¹⁵ Confr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., págs. 562/566.

¹⁶ Confr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., pág. 605.

¹⁷ Por otra parte, la reciente presencia del matrimonio presidencial en el acto de celebración de los 20 años al frente del gremio de camioneros de Hugo Moyano nos prueba irrefutablemente la vigencia de esta democracia corporativa, que además permite la reelección indefinida en estas organizaciones. También se ha anunciado que este dirigente sindical, que es el secretario general de la Confederación General del Trabajo, asumiría además una de las vicepresidencias del Partido Justicialista, que será presidido a su vez por el ex presidente Kirchner. Se suma a ello lo que acontece en el sistema económico y de la obra pública, que muestra las vinculaciones entre algunos grupos y la presidencia, mediante la renegociación de los contratos, los subsidios, etc.. Asimismo debe tenerse presente la especial relación de la presidencia con algunos grupos piqueteros, que conforman otro grupo de presión política. Todo ello se interrelaciona y contribuye a la conformación de una presidencia hegemónica, como lo ha señalado además Natalio Botana, en diversos artículos periodísticos en el diario La Nación y en sus libros, destinados a la república y en particular, en el último titulado *Poder y hegemonía*, Buenos Aires, Emecé Editores, 2007. Véase también Alberto BIANCHI, “La deuda institucional”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, diciembre 2007, tomo 67, N° 2, págs. 42/55.

patológica de las instituciones. Es lo que ha ocurrido en nuestro país desde hace tiempo y que ahora se comprueba con un análisis de la realidad, como lo hemos efectuado. Y es lo que se aprecia en otros países de América Latina, como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Colombia. También incluimos en dicha enumeración a México, durante el período de gobierno del PRI como partido hegemónico, hasta fines del siglo XX, pero no en la actualidad, ya que el tripartidismo existente ha significado un notorio avance institucional y democrático para el país, con un adecuado funcionamiento de la división de los poderes y del sistema republicano y un especial fortalecimiento del Congreso.

Para nosotros resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados que se observa en las reformas constitucionales producidas en América Latina, así como la necesidad de consolidar el buen funcionamiento de los sistemas republicanos, con división y equilibrio de poderes, para el logro de sociedades abiertas y democráticas con una elevación de la cultura constitucional y de la legalidad.

III. El federalismo argentino

Nuestro país tuvo su primer gobierno patrio en 1810 y declaró su independencia de España en 1816, pero recién en 1853 pudo sancionar su Constitución Nacional. La adopción del federalismo y de un sistema descentralizado que comprendió al régimen municipal -incorporado a la Constitución Nacional en el art. 5º- fue el resultado de las guerras civiles argentinas entre 1820 y 1853, que dieron origen a esta forma de Estado como única manera de solucionar los conflictos políticos, económicos y sociales de un país de enorme extensión territorial.

Las catorce provincias que preexistieron al Estado Federal, lo crearon delegándole competencias por medio de la Constitución Nacional. En este aspecto, fue un procedimiento similar al norteamericano.

Las provincias históricas se crearon entre 1815 y 1834 (Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Mendoza, San Luis, San Juan, Santiago del Estero, La Rioja, Catamarca, Tucumán, Salta y Jujuy) y a través de pactos interprovinciales fueron sentando las bases del

federalismo argentino, que fue consagrado en la Constitución Nacional en 1853¹⁸.

A. Etapas del federalismo normativo

Como el federalismo es un proceso en vez de un estereotipo político, según enseñaba Friedrich, podemos señalar las siguientes grandes etapas de su desarrollo normativo:

1ª Etapa: El federalismo en la Constitución originaria de 1853

Tal como lo venimos expresando, entre 1810 y 1853 se produjo la adopción del federalismo como forma de Estado, que es así consagrado en la Constitución Nacional, sancionada en 1853.

Ello fue el resultado de cruentas luchas civiles entre unitarios y federales, en un proceso de varias décadas.

Los unitarios fueron una minoría culta que postulaba la centralización, estaban asentados especialmente en las ciudades y en particular, en la de Buenos Aires, desde donde querían gobernar el país.

En cambio, los federales encontraban su sustento en las masas populares denominadas “montoneras” del interior del país, que estaban conducidas por los caudillos de las provincias.

La fuerza instrumentadora del federalismo fueron los pactos interprovinciales, que llegaron casi al centenar y de los cuales anteriormente hemos destacado los dos más importantes.

¹⁸ Los principales pactos fueron: a) el Acuerdo de San Nicolás, suscripto en 1852, luego del triunfo del general Urquiza sobre el general Rosas en la batalla de Caseros, por los gobernadores de las provincias, que estableció las bases de la organización constitucional definitiva bajo el sistema federal y b) su antecedente, el Pacto Federal de 1831, que organizó la llamada “Confederación Argentina”, que existiera entre dicha fecha y 1853 y que había establecido la idea de sancionar una constitución federal. Por eso, el Preámbulo de la Constitución hace referencia a que la Convención General Constituyente se reúne “... por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes...”.

La Convención Constituyente de 1853 se reunió en la ciudad de Santa Fe, con la representación de trece provincias y la ausencia de la provincia de Buenos Aires, Tal como se ha dicho, la Convención tuvo como antecedente al texto de la Constitución de Filadelfia de 1787, aunque se establecieron algunos caracteres diferenciales que habían sido postulados por Juan Bautista Alberdi, el padre de nuestro derecho público, en su libro *Bases y puntos de partida para la organización de la Confederación Argentina*.

La influencia de Alberdi significó que se consagrara en el texto constitucional originario de 1853 una federación más centralizada que la norteamericana, ya que por ejemplo, la legislación de fondo nacional (civil, comercial, penal, etc.) fue atribuida como competencia legislativa al Congreso de la Nación, como así también la revisión de las constituciones provinciales y el juicio político de los gobernadores de las provincias. (art. 67)

En lo demás, se estableció la misma organización que la federación norteamericana: un Estado federal que importa la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, con una distribución de competencias que otorga al gobierno federal sólo las facultades delegadas en forma expresa o implícita, mientras que a las provincias les corresponden las facultades residuales, además de su propia autonomía en lo institucional (poder constituyente), político, financiero y administrativo (arts. 1º, 5º, 104, 105 y 106)¹⁹.

¹⁹Nos parece conveniente transcribir estas normas de fundamental importancia para comprender nuestro federalismo. El art. 1º estableció: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente Constitución”. El art. 5º dispuso: “Cada Provincia dictara para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. El art. 104 (hoy art. 121) prescribió la norma básica en la distribución de competencias, de la siguiente manera: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. El art. 105 (hoy 122) expresó: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal” y el art. 106 ordenó: “Cada Provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º” (Esta norma que hoy es el art. 123, sería modificada en la reforma constitucional de 1994, para garantizar la autonomía municipal).

Asimismo se prescribieron facultades concurrentes para la federación y las provincias (art. 107)

El Senado fue establecido como órgano federal por antonomasia, con una representación igualitaria por cada provincia (Estado), de dos senadores, que eran designados por las respectivas legislaturas provinciales y la misma representación por la Capital Federal (art. 46, hoy modificado bajo el número 54).

En el texto de 1853 también se prescribió que la Capital Federal debía ser la ciudad de Buenos Aires y que el gobierno federal tenía la atribución de intervenir federalmente el territorio de las provincias (arts. 3° y 6°).

2ª Etapa: El federalismo en la reforma constitucional de 1860.

Luego de la secesión de la provincia de Buenos Aires, producida en 1853, continuaron los problemas con la Federación Argentina, hasta que se produjo la batalla de Cepeda en 1859, donde el general Urquiza como jefe de la Confederación Argentina triunfó y como consecuencia de ello, se produjo la firma del Pacto de San José de Flores, o Pacto de Unión (11/11/1859) que significara la integración de aquella provincia a la federación, previa reforma de la Constitución Nacional de 1853.

Dicha reforma se produjo por un procedimiento especial, distinto al previsto en el texto de 1853, por lo que algunos constitucionalistas argentinos sostienen que se trató también del ejercicio de un poder constituyente originario, en lugar de uno derivado y por eso designan a nuestra Ley Suprema como de 1853 y 1860.

Más allá de esta cuestión, interesa resaltar que dicha reforma produjo importantes reformas en torno a la Federación, pues modificó algunos artículos de 1853, con la intención de establecer una mayor descentralización del poder. En ese sentido, resulta evidente que a ello tendió la derogación de las normas que prescribían la revisión de las constituciones provinciales por el Congreso de la Nación como así también la realización del juicio político de los gobernadores provinciales ante dicho órgano.

Asimismo, se modificó la redacción de dos importantes artículos: el art. 3° sobre la Capital Federal y el art. 6° sobre intervención federal. En el primer caso se estableció el mismo principio del art. 13, o sea el de la integridad territorial en la creación de nuevas provincias, que importó que el territorio de la Capital Federal debía ser determinado por una ley del

Congreso, previa cesión de los territorios respectivos por parte de la Legislatura de la o las provincias en cuestión (art. 3º). En cuanto al art. 6º sobre intervención federal, se precisó la redacción de las causales de intervención para reducir el arbitrio de las autoridades federales, indicándose la necesidad de una previa requisición por parte de las autoridades provinciales al Gobierno Federal, para el sostenimiento de éstas en caso de sedición o de invasión de otras provincias.

Un tema muy importante como el de la propiedad federal de las rentas de aduanas, que había separado a la Provincia de Buenos Aires del resto de la Federación, ya que aquélla usufructuaba las mismas en base al cuantioso producido del puerto de la ciudad de Buenos Aires, fue resuelto en forma definitiva recién en la reforma constitucional de 1866.

En definitiva, a pesar de la trascendencia de esta reforma de 1860, los problemas entre la provincia y el gobierno federal continuaron y luego de la batalla de Pavón, donde triunfara el general Mitre, se produjo el primer gobierno de facto de nuestra historia y a partir de 1862 fue electo presidente dicho jefe triunfante de la provincia de Buenos Aires, con lo que el liderazgo de la organización nacional fue conducido por dicha provincia.

3ª Etapa: Hacia un federalismo de “concertación” (desde 1950 en adelante)

En esta etapa, así designada por Pedro José Frías²⁰, se comienza el tránsito de un federalismo “dual” o competitivo a un federalismo “cooperativo” o de “concertación”, pues comienzan a ejercitarse las atribuciones del art. 107 (hoy 125) del texto constitucional de 1853-1860, que dispuso: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal...”.

En efecto, los pactos provinciales que habían dejado de celebrarse en 1853, comienzan a aparecer tímidamente a partir de 1948, para luego afirmarse a fines de la década de los '50 y así continuar hasta la actualidad, con distintos objetivos y denominaciones, que posibilitaron la cons-

²⁰ Pedro J. FRÍAS y otros, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 389.

trucción de puentes y un túnel interprovincial, el tratamiento de los ríos interprovinciales como unidad de cuenca, la creación de comités hídricos, la creación del Consejo Federal de Inversiones y de otros consejos federales para diversas materias, así como para la solución de problemas y tratamiento de proyectos.

4ª Etapa: La profundización del federalismo en la reforma constitucional de 1994:

La reforma constitucional de 1994, obra de la Convención Constituyente Federal reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná en dicho año, tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder en Argentina.

El debate sobre dicha cuestión ²¹ -en el cual tuvimos el honor de participar en nuestro carácter de vicepresidente de la Comisión de Redacción- abarcó tres grandes capítulos: el federalismo, la autonomía municipal -que fue consagrada indiscutiblemente en el art. 123 de la Ley Suprema- y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la cual se le reconoció la categoría de ciudad Estado -bajo nuestro punto de vista-, con una jerarquía institucional muy similar a la de las provincias, según se desprende del art. 129 de la Ley Suprema vigente.

Específicamente en cuanto al federalismo, dicha reforma constitucional abarcó distintos aspectos: 1. Institucionales y políticos. 2. Financieros. 3. Económicos y sociales ²².

²¹ Que hemos estudiado detenidamente en nuestra obra *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, a la que nos remitimos en razón de brevedad. También véanse en ALBANESE, DALLA VÍA, GARGARELLA, HERNÁNDEZ y SABSAY, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, Prólogo de Giuseppe de Vergottini, los Caps. XVIII y XIX de nuestra autoría. Asimismo, para un análisis de las competencias en la federación argentina véase el libro *Federalismo y autonomía*, dirigido por Enric Argullol Murgadas, España, Ariel, 2004 donde se desarrolla un estudio comparado de las instituciones y poderes en los estados compuestos. En cuanto a nuestra tarea constituyente, véase el libro *Reforma constitucional de 1994-Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1995.

²² A las obras mencionadas en la nota anterior debe sumarse el libro *Derecho público provincial*, Antonio M. Hernández, coordinador, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, en especial el Cap. III de nuestra autoría.

Sobre el **punto 1**, la reforma constitucional estableció las siguientes modificaciones:

a) *Los cuatro órdenes de gobierno* de la federación argentina: En efecto, actualmente existen estos órdenes: gobierno federal (arts. 44 a 120), gobiernos de provincia (arts. 121 a 128), gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129) y gobiernos municipales (art. 123), con sus respectivas competencias y autonomías, que expresan la descentralización de poder político de nuestro país. La sociedad federal argentina está integrada entonces por el gobierno federal, 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sede hoy de la Capital Federal. Asimismo indicamos que el gobierno federal no tiene relaciones directas con los gobiernos municipales, pues ellas se producen a través de los gobiernos y Estados provinciales. La reforma constitucionalizó las regiones (art. 124), previstas como reunión de provincias, pero sólo para el desarrollo económico y social y no como nuevas entidades políticas.

b) *La distribución de competencias*: En el fundamental tema de la distribución de competencias en el Estado federal, la reforma constitucional de 1994 no modificó la regla máxima en la materia, que es el antiguo art. 104 (actual 121), que resumió el derecho histórico de los argentinos, en la expresión de Joaquín V. González.

c) *El Senado y su rol federal*. La reforma produjo estos cambios: 1) la incorporación de un tercer senador por provincia, correspondiente al segundo partido en las elecciones, o sea a la minoría (art. 54). 2) La elección directa de los senadores y la reducción de los mandatos, ya que antes era indirecta y con un mandato de nueve años, que se redujo a seis (arts. 54 y 56 que modificaron los anteriores 46 y 48) y 3) La acentuación del rol federal: pues se lo instituyó como cámara de origen en el tratamiento de dos leyes fundamentales: La ley convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2) y las leyes sobre crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio y promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art. 75 inc. 19).

d) *La intervención federal*: Hemos tenido más de 150 intervenciones de las cuales cerca de 2/3 partes fueron dispuestas por el solo decreto del presidente de la República y sólo el tercio restante por ley del Congreso. En consecuencia, para evitar este ejercicio abusivo del instituto que fue una de las causas de centralización del país, la reforma prescribió que sólo al Congreso le corresponde declarar la intervención federal

de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 75 inc. 31) y que además puede aprobar o revocar la intervención decretada por el presidente de la Nación durante el receso del Congreso. A su vez, el art. 99 inc. 20 estableció que si el Poder Ejecutivo decreta una intervención durante el receso del órgano legislativo, lo debe convocar simultáneamente a sesiones extraordinarias para tratar dicha medida.

e) Los partidos políticos y el federalismo: Consideramos que al haberse constitucionalizado los partidos en el art. 38, con la obligación de respetar la Constitución, éstos deben aceptar los valores y principios del federalismo no sólo en la organización estatal sino también en su propia organización y funcionamiento. Es que otra de las causas de la desfederalización del país ha sido la falta de cumplimiento adecuado de estos principios por parte de los grandes partidos políticos nacionales.

En cuanto al *punto 2*, sobre *aspectos financieros del federalismo*, la reforma estableció modificaciones en torno a: a) la coparticipación impositiva y b) los principios federales del presupuesto del Congreso federal o de la Nación.

Sobre *coparticipación impositiva*, el art. 75 inc. 2 dice: “Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos”.

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

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

Lamentablemente ya sabemos que tampoco se cumplió la disposición transitoria sexta de la reforma, que indicó como plazo para la sanción

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

Por último, la reforma dispuso la creación de un *organismo fiscal federal*, en el art. 75 inc. 2 que ordena: “Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición”. Así el constituyente elevó a la máxima jerarquía un organismo existente que es la Comisión Federal de Impuestos, que había sido creado por la ley 20.221, en 1971.

Con respecto al punto b) sobre los *Principios federales del presupuesto* del Congreso Federal, esta es otra modificación de importancia dispuesta por el art. 75 inc. 8, que al señalar la atribución del Congreso de sancionar el presupuesto de la Federación, añade la siguiente fórmula: “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo”. Recordemos que dichas pautas eran las indicadas para la sanción de la ley convenio de coparticipación impositiva. O sea que este inciso contiene una política constitucional que vincula el presupuesto con temas esenciales del proyecto federal: la regionalización, la integración, la descentralización y el fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la ciudad de Buenos Aires y de las municipales.

Desafortunadamente, como lo venimos exponiendo, tampoco estas pautas han sido respetadas luego de la reforma.

En el *punto 3, sobre aspectos económicos y sociales del federalismo*, destacamos las siguientes reformas introducidas en 1994:

a) El Banco Federal: En efecto, el inc. 6 del art. 75 prescribió que corresponde al Congreso: “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”. El sentido de la modificación constitucional aspira a la adecuación del actual Banco Central, cuya concepción y denominación es más propia de un

Estado unitario, a la correspondiente a un Estado federal, siguiendo los ejemplos de otras federaciones como la norteamericana o la alemana.

b) Las regiones para el desarrollo económico y social: Tal como lo indica el art. 124 que expresa: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...”.

Esta modificación es de especial importancia, y significa, en primer lugar, que la finalidad de la región debe ser la promoción del desarrollo económico y social.

En segundo lugar, la región no puede constituir un nuevo nivel de gobierno político ya que en la estructura federal argentina sólo existen cuatro órdenes gubernamentales como hemos visto.

En tercer lugar, para nosotros la región tiene una personalidad jurídica pública estatal; limitada a la promoción del desarrollo económico y social; y cuya creación depende de la voluntad de las provincias, según surge de la Ley Suprema reformada.

En cuarto lugar, la región es una alternativa para fortalecer el federalismo argentino²³, y, en consecuencia, no podría utilizarse este instrumento para centralizar el país o lesionar las autonomías provinciales y municipales²⁴.

c) Las provincias y las relaciones internacionales: El art. 124 de la Constitución nacional, luego de referirse a la facultad de las provincias de crear regiones, expresa: “... y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”.

²³ Como lo anticipara Alberto ZARZA MENSAQUE en su artículo “La región como alternativa federal”, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, N^{ros} 1 y 2, 1977, Córdoba.

²⁴ Para un estudio más detallado de estas cuestiones, además de señalar la obra ya citada *Federalismo...* indicamos también otro libro nuestro: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000, donde planteamos las modificaciones que urge concretar de conformidad con la reforma constitucional producida y en el marco de la integración tanto nacional como supranacional correspondiente al mundo globalizado en que estamos insertos.

La imperiosa necesidad de la integración supranacional -como camino impuesto por la globalización, la interdependencia y la aguda competencia económica mundial-, originó el desarrollo de subregiones fronterizas binacionales, donde intervinieron algunas provincias argentinas.

En efecto, en el marco del Mercosur y como consecuencia de los Protocolos de Integración Subregional Fronteriza, se crearon Crecenea y Codesul, o sea la reunión de provincias argentinas y Estados del sur del Brasil con el objetivo de promover el comercio exterior y la integración. Asimismo hubo otras experiencias regionales de integración, como la del NOA (Noroeste argentino)-Norte Grande chileno y de infraestructura, como el ferrocarril Zapala-Lonquimay -entre la provincia de Neuquén y la región chilena respectiva-, etc. También antes de la reforma de 1994, se venía desarrollando otra importante experiencia por parte de algunas provincias argentinas en torno de las gestiones internacionales: la promoción del comercio exterior.

En cuanto al alcance y límites de los convenios, debemos concluir en que el constituyente distinguió los convenios de los tratados, en razón de su alcance más limitado²⁵.

d) Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales: La Constitución Nacional reformada, en el último párrafo del art. 124, expresa: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Como se comprende, este dominio alcanza al mar, a los hidrocarburos, a la energía, a la pesca, etc. En consecuencia, ello supone la modificación de la legislación respectiva por parte del Congreso de la Nación.

Asimismo consideramos que para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo

²⁵En este sentido, Néstor Pedro SAGÜÉS (“Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994”, L.L. 11/3/1994) ha sostenido que “*los convenios provincial-internacionales no deben exceder en su contenido las competencias provinciales (razón por la que solamente pueden operar en los temas propios de las provincias o en los que poseen facultades concurrentes con la Nación) y además tienen que respetar el derecho federal (constitucional e infraconstitucional) existente, previo y posterior al convenio provincial-internacional*”. En cuanto a los límites de los convenios, la Constitución menciona expresamente en su texto los mismos, no deteniéndonos en su análisis en razón de brevedad, pero remitiéndonos para ello a nuestra obra citada sobre *Federalismo*,

sustentable, se abre un campo amplísimo para el federalismo de concertación, mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales. Esta modernización institucional será el requisito indispensable para afrontar el gran desafío que supone transformarnos en un país desarrollado, integrado y equilibrado.

No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad -que muchas veces padecemos- de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos.

e) Organismos de seguridad social. y otras facultades concurrentes: La reforma constitucional de 1994, en el art. 125, agregó el siguiente párrafo al anterior art. 107: “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

f) Principios federales en educación, ciencia y cultura: Además del art. 125 que menciona estas materias como concurrentes, el art. 75, sobre atribuciones del Congreso, expresa en su inc. 19, tercera cláusula: “Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; [. . .]”, y en su cuarta cláusula: “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

En consecuencia, el Congreso, al dictar leyes reglamentarias, debería cumplir escrupulosamente con estos principios federales en la educación y la cultura, que son esenciales para la argentinidad y para nuestra realidad una y diversa. Asimismo, en el proceso de descentralización de funciones y servicios que se está operando en el país, las responsabilidades locales serán cada vez mayores, particularmente en la educación. Pero lo propio también ocurrirá en conocimiento y en ciencia y tecnología -más allá de sus vinculaciones con la educación-, puesto que la integración, la competitividad y las reglas del orden económico mundial así lo requerirán.

B. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional

A lo largo de la historia argentina hemos padecido un profundo proceso de centralización, que ha producido una notoria discordancia entre la Constitución normativa y la realidad vigente. Ello obliga a la consideración del federalismo en su faz sociológica o realista, que apunta a la observación de la real vigencia de las normas constitucionales.

Al ***incumplimiento del proyecto federal de la Constitución*** han concurrido una multiplicidad de razones, que Frías ha sintetizado en:

a) el avance del gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias (como en materia tributaria o de las intervenciones federales), b) el desarrollo de las virtualidades centralizadoras de la propia Constitución (como por las facultades legislativas del Congreso o la cláusula comercial) y c) la infraestructura de concentración socioeconómica en el área metropolitana de Buenos Aires en desmedro del interior y del equilibrio del país²⁶.

Sobre las violaciones a la Ley Suprema, reiteramos los siguientes conceptos contenidos en un artículo que tituláramos “El fracaso del proyecto centralista”²⁷: “Los recientes informes de fines del año 2002 sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas y del Instituto de Investigaciones de la Bolsa de Comercio de Córdoba han coincidido en su diagnóstico sobre los graves problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país. Baste observar para ello los índices de desarrollo humano contenidos en el primero de los Informes, que en el caso de Formosa como punto más bajo alcanzan a 0,156 y que en el caso de la ciudad de Buenos Aires como punto más alto, llegan a 0,867, o sea casi 6 veces más, como demostración de las diferencias en relación al territorio.

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron entre otros Alberdi en sus *Bases*, al oponerse a la capitalización de

²⁶ Pedro J. FRÍAS y otros, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 389.

²⁷ Publicado en el diario “La Nación”, de la Ciudad de Buenos Aires, con fecha 8 de enero de 2003.

Buenos Aires, Sarmiento en *Argirópolis* y Alem en su famosa profecía del '80 en el debate sobre la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath” y más recientemente Félix Luna en su libro *Buenos Aires y el país*, sostuvo que este es un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.

El proceso de centralización del país en torno al área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35 % de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80 % de la producción argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 kms. a partir de dicha área.

Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder.

Pero también pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el gobierno llamado federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales.

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder.

Observamos que en tiempos recientes se ha profundizado el proyecto centralista, que afecta los principios federales, como se observa en los siguientes temas:

1. La ley convenio de coparticipación impositiva

En primer lugar, señalamos el intento de aprobación por parte del Poder Ejecutivo de la Nación durante 2004 de un “Acuerdo para la crea-

ción del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, que según su art. 1° se conformaría por: 1. Un nuevo régimen de coparticipación federal. 2. La adopción de principios de responsabilidad fiscal, y 3. Un Consejo de Coordinación Fiscal y Financiero.

En cuanto a la coparticipación, se prescribía en el art. 2° un nuevo régimen a partir del 1° de enero de 2005 que constará de un régimen general y de dos regímenes especiales, según el art. 10 del convenio. Luego la norma establecía, en cuanto a las asignaciones específicas, que se creará la destinada al Fondo de Equidad Social, prevista en los arts. 6° y 7° y que se mantendrán las que figuran en el Anexo 1 del Acuerdo.

Sobre dicho Fondo, el art. 6° previó su formación en base a lo proveniente del incremento de la recaudación de impuestos de la masa coparticipable, con un límite anual de 2.400 millones de pesos y el art. 7° indicó que éste tendría como destino disminuir las asimetrías económicas y sociales de las provincias del noroeste y noreste por una parte y por la otra, morigerar la deuda social respecto a la población que habita los grandes aglomerados urbanos. Este artículo finalmente ordenó que estos recursos serían administrados a través de un comité integrado por los ministerios de Economía y Producción, Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Desarrollo Social de la Nación y por aquellas provincias que representen a las distintas zonas geográficas del país y coordinado por la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En cuanto a la distribución primaria de la masa coparticipable, el art. 4° dispuso que sería la correspondiente a este año 2004, de acuerdo a la legislación vigente y mediante aplicación de los respectivos coeficientes. Por otra parte, el gobierno federal debía ceder de su participación en la distribución primaria del 2004 la parte correspondiente a la provincia de Tierra del Fuego y para el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se incluiría en la participación del gobierno nacional en la distribución primaria.

Por el art. 5° se mantenía el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias, integrado por el 1°% de la parte correspondiente al gobierno federal y destinado a atender situaciones de emergencia y/o desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales, según asignación del Ministerio del Interior.

Respecto de la distribución secundaria, también se prescribía por el art. 8° del acuerdo que se debía alcanzar el nivel de transferencias efec-

tuadas durante el año 2004, en base a los coeficientes de la ley 23.548, con las modificaciones operadas posteriormente.

Asimismo se ordenaba que una vez superado dicho límite, los excedentes se distribuirían en un 90% según los coeficientes de la ley precedentemente fijada con algunas modificaciones y el 10% conforme a coeficientes que tengan en cuenta indicadores de eficiencia.

Finalmente, en relación con la coparticipación, el art. 17 hacía referencia al Consejo Federal de Coordinación Fiscal y Financiero, en cuyo ámbito funcionará el Organismo Fiscal Federal, “en el marco de lo establecido por el inc. 2 del art. 75 de la Constitución Nacional”.

Los otros artículos se referían principalmente al tema de la responsabilidad fiscal y por tanto exceden este análisis, aunque también para nosotros incurrieron en inconstitucionalidad por no respetar adecuadamente las autonomías provinciales.

De la comparación de este acuerdo con la Constitución Nacional en esta materia, surge de manera evidente que éste no se adecuaba a las precisas bases establecidas por la Ley Suprema. En primer lugar, porque no era una ley convenio. Y en segundo lugar, porque no estaban fijados específicamente los criterios objetivos de reparto señalados en las bases constitucionales de la coparticipación. Por otra parte, esta iniciativa sólo buscaba consolidar la situación actual, que beneficia al gobierno federal en perjuicio de las provincias y municipios, al mantenerse prácticamente los mismos criterios en cuanto a la masa coparticipable, distribución primaria y secundaria y asignaciones específicas vigentes al 2004.

En este último aspecto debemos destacar que la modificación del sistema de la ley 23.548, sancionada en 1988 durante la presidencia de Alfonsín, fue comenzado durante el gobierno del entonces presidente Menem y su ministro Cavallo, -a través de decretos de necesidad y urgencia en no pocas oportunidades- y con los pactos fiscales, con el objetivo de disminuir el porcentaje que se había reconocido a las provincias, lo que fue continuado por los sucesivos gobiernos nacionales. Es más, en esta materia se ha venido aplicando la misma política centralista y en la negociación con las provincias han seguido interviniendo casi los mismos funcionarios del Ministerio de Economía desde aquella época de comienzos de la década de los '90 hasta la actualidad. La prueba concluyente de ello es que este acuerdo, además, pretendía introducir un nuevo fondo para aumentar la discrecionalidad política del gobierno central.

Por ello consideramos acertada la actitud de los gobernadores de Córdoba, Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Neuquén y La Pampa, que formularon serias objeciones al proyecto de acuerdo del gobierno nacional.

Este rechazo al acuerdo, sin embargo no impidió la continuidad del inconstitucional e injusto esquema actual, ya que se ha detenido el propósito de sancionar un nuevo régimen de coparticipación acorde a los principios constitucionales.

En consecuencia, actualmente se ha exacerbado el avance centralista del gobierno “federal” sobre los recursos tributarios de las provincias y municipios, acentuándose la dependencia económica, política y social de estos órdenes gubernamentales.

En efecto, a las detracciones efectuadas a la distribución primaria mediante el expediente de las asignaciones específicas, que comenzara en el gobierno del Dr. Menem²⁸, se ha sumado el impuesto al cheque y especialmente, las retenciones a las exportaciones de soja, maíz y trigo. De tal manera que la garantía fijada para las provincias por el art. 7º de la ley 23.548, de la percepción de un 34 % como mínimo de la recaudación tributaria nacional, incluyendo tanto los impuestos coparticipables como los que no lo son, también ha sido violada, con enormes perjuicios para los otros órdenes gubernamentales²⁹.

²⁸ Y que hemos descrito en nuestro libro *Federalismo*, ya citado, en el Cap. II, al analizar el tema de la coparticipación impositiva, con una estimación de los enormes montos detraídos a las provincias y por consiguiente a los municipios.

²⁹ El economista Dr. Salvador Treber, en un artículo periodístico titulado “¿Supina ignorancia o mala fe?” publicado en La Voz del Interior, de Córdoba, del 7 de marzo de 2008, indica que a las provincias les hubieran correspondido durante el período 2003-2006, 28.000 millones de pesos más. Y con respecto a este año en curso, la consultora Economía & Regiones ha sostenido que las provincias sacrificarán 5.500 millones de pesos más a favor de la Nación, ya que aunque reciban mayor cantidad de fondos por transferencias automáticas, su participación en el reparto de los tributos nacionales caerá al 31,5 %, el nivel más bajo desde 2003 (Informe publicado en Nueva Rioja digital, La Rioja, Argentina, 1 de febrero de 2008). El director de dicha consultora, Rogelio Frigerio (n) ha señalado que el superávit fiscal del gobierno central ha continuado por el aumento de las retenciones a las exportaciones, mientras que el déficit financiero de algunas provincias seguirá creciendo, encabezado por Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es muy penoso advertir la inexistencia de reacción alguna por parte de las provincias frente a tan graves circunstancias³⁰.

Como se comprenderá, es absolutamente impostergable sancionar la ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo.

Para salir del “laberinto” actual de la coparticipación debemos seguir nuestro hilo de Ariadna que no es otra cosa que respetar los mandatos de la Ley Suprema. Hay que fijar una masa coparticipable que no sea disminuida por la elevada cantidad de asignaciones específicas hoy vigentes, que deberán ser derogadas en su mayoría o en totalidad. Luego hay que fijar la distribución primaria y secundaria en base a los criterios constitucionales. En este sentido, resulta decisivo poner el énfasis en las modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires -que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios-, hará relativamente más sencilla la discusión posterior sobre la distribución secundaria donde se advierten las disputas entre las provincias más grandes y desarrolladas y las más pequeñas y atrasadas. En este aspecto, lo que he denominado el triunfo del proyecto centralista ha dado como resultado un país de enormes diferencias y desequilibrios, según los índices de desarrollo humano, de producto bruto o de ingreso per cápita, que es menester modificar. Los criterios de solidaridad exigidos por la Constitución deben respetarse, como lo hacen otras federaciones como la canadiense, la australiana o la alemana, que son notables ejemplos para considerar.

Debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas³¹. Para ello es imprescindible el

³⁰ Como lo explica el Dr. Treber en el artículo antes citado, que señala la dependencia de las provincias de otros envíos discrecionales que puede efectuar el gobierno nacional.

³¹ Para contribuir a este demorado y fundamental debate, el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, en fecha próxima editará un libro sobre “Aspectos económicos y financieros del federalismo argentino”, con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas.

ejercicio de una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, fortalezca relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país conforme al proyecto federal de la Ley Suprema.

2. El destino del gasto público federal

Consideramos que no se viene dando cumplimiento al inc. 8 del art. 75 que establece que el presupuesto general de gastos de la Nación debe fijarse anualmente “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo”, o sea las referidas a la ley de coparticipación impositiva, en cuanto a objetividad, equidad y solidaridad. En consecuencia, no se modifica la situación actual de asfixiante centralización que impide un desarrollo armónico del país ³².

3. La insuficiencia del avance del proceso de integración regional

Estimamos que aunque el mapa regional se encuentra casi formalizado con las regiones ya constituidas del Gran Norte Argentino, Patagonia, Nuevo Cuyo y Centro, -faltando sólo la integración de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma-, no se aprecia un avance de dicho proceso. Las graves situaciones institucionales, económicas y sociales atravesadas, sumadas a la ausencia de una política arquitectónica seguramente han influido en ello. Sólo se advierte últimamente una cierta actividad destacable en la Región Centro. Urge la modificación del ordenamiento territorial con proyectos estratégicos como los corredores bioceánicos, que implican la realización de importantes obras de infraestructura como la terminación de la autopista Córdoba-Rosario y la consolidación de los pasos de la Cordillera de los Andes, de conformidad al acuerdo celebrado por el Mercosur con Chile.

4. El no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo

En este sentido mencionamos lo vinculado a la falta de creación del Banco Federal, al mantenimiento de la legislación centralizante que no se

³² Véase el artículo “Sin respeto por el federalismo”, que publicáramos en el diario “La Nación” de la Ciudad de Buenos Aires, con fecha 18 de diciembre de 2006.

adecua al principio de la propiedad de los recursos naturales por parte de las provincias y al insuficiente ejercicio de las nuevas competencias en materia de convenios internacionales que faciliten la integración supranacional, con la participación de provincias y municipios.

5. Las leyes de financiamiento educativo y nacional de educación

Estas leyes sancionadas por el Congreso, también han significado otra lesión al federalismo, ya que por la primera se dispone por parte del gobierno federal de los fondos de coparticipación que corresponden a las provincias. Y en cuanto a la nueva Ley Nacional de Educación, también la reputamos inconstitucional ya que no respeta las pautas federales de la organización de la educación. No es casualidad que en vez de Ley Federal de Educación, ahora la norma se titule Ley Nacional, lo que ya indica la centralización operada en la materia.

6. La falta de autonomía “plena” para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tampoco puede faltar en este somero análisis de los problemas de nuestro federalismo, lo acontecido con el art. 129 de la Constitución Nacional, que reconociera la autonomía plena para la Ciudad de Buenos Aires, en uno de los avances más ostensibles de la reforma constitucional de 1994. Sabido es que el Congreso de la Nación sancionó las leyes 24.588 y 24.620, que violaron la letra y espíritu de la citada norma suprema, restringiendo la autonomía de la ciudad, al impedirse una policía y administración de justicia plenas. Recientemente hemos comentado esta situación³³, que afecta particularmente a nuestra forma de estado y a las provincias argentinas, ya que siguen contribuyendo al Tesoro Nacional que se hace cargo del servicio de policía y de la justicia nacional (civil, penal, comercial y laboral) de la ciudad más rica del país.

Para nosotros emerge con claridad el incumplimiento de la Constitución en cuanto a nuestra forma federal de Estado, de la misma manera

³³ En el artículo titulado “La Ciudad de Buenos Aires y su autonomía plena”, publicado en el diario “La Nación” de la Ciudad de Buenos Aires, con fecha 25 de mayo de 2007.

que lo demostramos en relación a nuestra forma de gobierno republicana, y en particular, por el fenómeno del hiperpresidencialismo. La decadencia de nuestro estado de derecho comporta la violación de los principios de la república federal.

IV. La interacción entre federalismo e instituciones representativas ³⁴

Hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder. Desde nuestro punto de vista, en ello reside la base de la interacción entre ambos términos.

El sistema republicano tiene entre sus caracteres el reconocimiento de la libertad y la igualdad de los hombres y la división horizontal de los poderes, como lo sostuvieron Locke y Montesquieu.

El federalismo como una forma de descentralización del poder sólo se concibe en un régimen político democrático, que acerca el poder a los ciudadanos y además, como lo señaló Loewenstein, es una forma de control vertical del poder en el Estado.

Para nosotros, la fortaleza de nuestras instituciones republicanas y federales reside en el buen diseño efectuado en las constituciones Nacional y provinciales.

Un correcto funcionamiento del sistema de acuerdo a la normativa suprema significa la efectiva vigencia de los derechos humanos y el mejoramiento del proceso federal y democrático.

En efecto, vigorosas autonomías provinciales y municipales presuponen una participación activa de los ciudadanos para tener buenos gobiernos y además conllevan una limitación al poder del gobierno nacional.

³⁴Para un análisis más amplio de esta temática, nos remitimos al Capítulo “Republic of Argentina”, de nuestra autoría, en la obra *A global dialogue on federalism*, vol. 3, “Legislative, executive and judicial governance in federal countries”, edited by Katy Le Roy and Cheryl Saunders, publicado por el Forum of Federations y la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales a través de McGill-Queen’s University Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2006, págs. 8/36.

Nuestras debilidades residen en el inadecuado funcionamiento del sistema constitucional y por tanto, de las instituciones republicanas y federales.

El problema central es la falta de división y equilibrio de los poderes tanto en el orden federal como en el provincial. En consecuencia, son el presidente y los gobernadores los reales detentadores del poder político. Pero a ello se agrega el predominio del presidente y del gobierno nacional sobre los gobernadores y las provincias, que producen una centralización del poder, alejada de los principios constitucionales.

Observando el funcionamiento del Congreso Federal, se advierte que por el peso demográfico en la Cámara de Diputados de los cinco distritos más poblados como Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Mendoza, pueden volcar una decisión a su favor, pero ello puede modificarse en el Senado, como en el caso norteamericano, pues todas provincias tienen igual representación.

No obstante ello, podemos señalar que en ambas cámaras no ha existido una adecuada defensa de los principios federales y de los intereses regionales y provinciales, ya que han primado las políticas fijadas por los presidentes y los partidos políticos nacionales, que en no pocas oportunidades han tendido a la centralización del poder.

Esto es muy grave en particular para el Senado, que es un órgano federal por antonomasia; no obstante que la reforma de 1994 introdujo importantes cambios en cuanto a su forma de elección, integración, término de mandato y competencias, todavía no se observó un adecuado cumplimiento de dicho rol federal y de defensa de las autonomías provinciales. Tal como lo dijimos anteriormente, la cuestión se vincula a nuestro sistema político, donde las decisiones políticas se toman principalmente por el presidente con el apoyo de los gobernadores provinciales, que influyen en los respectivos diputados y senadores de la Nación.

Un ejemplo notorio es el tratamiento de los temas de coparticipación impositiva y de responsabilidad fiscal de las provincias -de especial importancia para nuestro federalismo- ya que en lugar de un debate amplio, transparente y participativo sólo se advierten negociaciones entre el presidente y cada uno de los gobernadores, con un resultado que afecta las autonomías provinciales, los principios constitucionales y el papel del Congreso y del Senado en particular.

Los gobernadores en general responden a las directivas políticas del presidente en detrimento de los intereses y poderes provinciales.

A lo largo del tiempo se ha consolidado el hiperpresidencialismo que ha subordinado tanto al Congreso como a las provincias, que presentan un alto grado de dependencia política y económica.

Actualmente, y por los aspectos señalados en la coparticipación impositiva, es notoria la hegemonía presidencial, en violación de la república federal³⁵.

V. Conclusiones

En Argentina -como en general en América Latina- existe una gran distancia entre norma y realidad, pues a lo largo de la historia hemos tenido problemas con la vigencia de la Constitución y de la ley.

³⁵ Una prueba más de ello, es la actitud asumida por la presidenta Fernández de Kirchner luego del rechazo efectuado por el Senado de la Resolución 125, que estableciera las retenciones móviles sobre productos del campo, con fecha 10 de marzo de 2008 y que originara uno de los más grandes y extensos conflictos a partir del restablecimiento de la democracia en 1983. En efecto, la presidenta firmó el decreto 1076 donde sostuvo que el Congreso no había resuelto la cuestión y que en consecuencia, ella debía hacerlo en base a sus atribuciones presidenciales, para lo cual ordenó al ministro de Economía limitar la Resolución 125. Al respecto insistimos en que nuevamente se violó la Constitución por las siguientes razones: a) El Congreso, mediante el rechazo completo del proyecto de ley del Poder Ejecutivo, solucionó la cuestión, en aplicación del art. 81 de Ley Suprema, que impide la consideración de dicho proyecto durante las sesiones de este año. b) En consecuencia dicha Resolución 125 quedó derogada, ya que el Senado rechazó el proyecto de ley del Poder Ejecutivo, aprobado en la Cámara de Diputados, que pretendía la ratificación de dicha Resolución en su art. 1º y además la convalidación del art. 755 y concordantes del Código Aduanero (dictado en 1981 sin vigencia del Estado de derecho), donde se había delegado la fijación de tributos en materia de derechos aduaneros a favor del Poder Ejecutivo, en su art. 2º (véase además Susana CAYUSO, “La Resolución 125, el decreto 1076/2008 y el juego de poderes. Efectos de la intervención del Congreso de la Nación”, L.L. Doctrina, 23/7/2008, pág. 1). c) No existe duda alguna que sólo el Congreso puede sancionar normas tributarias, conforme los arts. 4º, 9º, 17, 75 inc. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, por lo que resulta groseramente inconstitucional tanto este decreto 1076 como las resoluciones dictadas por el ministro de Economía en relación a ello. d) Jamás puede existir constitucionalidad para cualquier delegación efectuada por el Congreso

La decadencia del Estado de derecho afectó especialmente el funcionamiento de nuestro sistema republicano de gobierno y el federalismo.

Por ello sostenemos que la anomia es una de las expresiones de nuestro subdesarrollo cultural, político y jurídico que necesitamos modificar.

La Constitución Nacional estableció una forma federal de Estado, pero ello no impidió un proceso de centralización del país en torno al área metropolitana de Buenos Aires y a un predominio del gobierno nacional

Con el restablecimiento de la democracia a partir de 1983 avanzó el ejercicio de las autonomías provinciales y municipales y se modernizó el derecho público a través de las reformas de las constituciones provinciales, de la sanción de cartas orgánicas municipales y finalmente de la reforma de la Constitución Nacional. Allí está la mayor fortaleza del proceso federal argentino.

En particular la reforma constitucional de 1994 acentuó la descentralización del poder al profundizar los principios federales, reconocer la autonomía municipal y otorgar un status especial a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo están sentadas las bases para impulsar el desarrollo de nuevos roles de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración tanto nacional como supranacional, en el contexto del mundo globalizado en el que estamos insertos.

Las debilidades residen en nuestra falta de calidad institucional ya que no cumplimos el proyecto federal de la Constitución. No podemos superar la ostensible dependencia económica, financiera, política y social de las provincias con respecto al gobierno federal. No existe interés alguno en comenzar a debatir proyectos como el de la coparticipación impositiva, ya que la arbitrariedad actual, que importa un gigantesco desapoderamiento de recursos provinciales y municipales por parte del gobierno “federal”, es la base de su poderío político para sujetar y alinear a los gobernadores e intendentes, sean o no del partido del gobierno.

en materia tributaria, conforme el art. 76 de la Ley Suprema, que se suma a los otros artículos antes citados. e) Se ha tratado en definitiva, de otra expresión más de hiperpresidencialismo, que desconoce los principios constitucionales de la república federal.

En definitiva, los problemas de la coyuntura política nos impiden la consideración de un problema tan delicado como el de nuestro sistema republicano y federal y en particular, el de las modificaciones que hay que producir para cumplir el gran proyecto federal de la reforma constitucional de 1994³⁶.

Para finalizar este trabajo, expreso que razones de su extensión me impiden efectuar consideraciones sobre presidencialismo y federalismo en otros países, para lo cual remito al libro publicado por el Forum of Federations de Canadá y la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales referido en la nota 34, donde se analiza comparativamente

³⁶En el debate de la mesa redonda realizada en Córdoba, que coordinara en el marco del proyecto referido en la nota anterior sobre Diálogo Global sobre Federalismo, al que asistieron legisladores, jueces y profesores de derecho público, acordamos las siguientes conclusiones:

- Es necesario mejorar nuestra calidad institucional mediante el cumplimiento de los principios de nuestro sistema republicano y federal, establecidos en la Constitución Nacional.

- Debe promoverse un nuevo ordenamiento territorial del país que modifique la enorme concentración de poder político, económico, demográfico y cultural en el área metropolitana de Buenos Aires.

- Es necesario fortalecer el rol federal del Senado de la Nación.

- Es necesario reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante del federalismo.

- Es necesario fortalecer el federalismo de concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales.

- Es necesaria una planificación interjurisdiccional y federal para el desarrollo del país.

- Deben fortalecerse las autonomías provinciales y municipales.

- Debe promoverse el funcionamiento de las regiones para el desarrollo económico y social.

- Debe promoverse el afianzamiento de los principios federales en la doctrina y organización de los partidos políticos.

- Debe promoverse el nuevo rol de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional.

- En el futuro debe debatirse el traslado de la Capital Federal cuya sede es la Ciudad de Buenos Aires.

el federalismo con sistemas de gobierno presidencialistas como Argentina, Estados Unidos, Nigeria y Rusia³⁷.

³⁷ Véase el capítulo “Legislative, Executive and Judicial Institutions: A synthesis” de Cheryl Saunders, en *A global dialogue on federalism*, ob. cit., págs. 344/384. Asimismo se los compara con otros federalismos con gobiernos parlamentarios como Australia, Austria, Canadá, Alemania, India, Sudáfrica y Suiza.

LA “NATURALEZA HUMANA” Y LA FILOSOFÍA POLÍTICA (De Hobbes a nuestros días)

por OLSEN A. GHIRARDI *

SUMARIO: I. La expresión “naturaleza humana”. II. Siglo XVII. A. Thomas Hobbes. B. Blas Pascal. III. Siglo XVIII. A. David Hume B. Manuel Kant. IV. Siglo XIX. A. Théodore Jouffroy. B. Friedrich Nietzsche. V. Siglo XX. 1. André Malraux. 2. Debate Chomsky-Foucault. 3. Hanna Arendt. 4. Alessandro Pandolfi. 5. Jacques Maritain. VI. Conclusiones.

I. La expresión “naturaleza humana”

Un comentario periodístico se ha referido a los bombardeos que ha sufrido Irak, en los cuales la cantidad de muertos ha sobrepasado la cifra de tres mil civiles, cifra que es cercana a la de los ciudadanos norteamericanos fallecidos en el atentado a las Torres Gemelas. Ante esos hechos horribles, no resulta extraño preguntarse acerca de la naturaleza del hombre.

La expresión *naturaleza humana* es muy antigua. Se ha dicho con fundamento que encontramos muestras de ella en los poemas homéricos. Pero, de manera mucho más concreta, el historiador Heródoto, al recordar la arenga de Temístocles, en vísperas de la batalla de Salamina (año 480 a. J.C.), nos dice “que se redujo a un paralelo entre los bienes y conveniencias de primer orden que caben en la *naturaleza y condición humana*, y las de segunda clase inferiores a las primeras; discurso que concluyó exhortándoles a escoger para ellos las mejores”¹.

* Académico de número. Presidente honorario de la Academia.

¹ Confr. HERÓDOTO, *Historia*, Madrid, Gredos, 1981 (7.141.4 - 8.121).

Quiere decir que sabemos de manera positiva que, desde los griegos, la humanidad se ha formulado un interrogante permanente acerca de qué es el hombre. “¿Qué soy?”, “¿Quién soy?”, “¿Qué somos?”, “¿Quiénes somos?”, son preguntas constantes a lo largo del pensamiento filosófico de Occidente.

En este modesto artículo, nos interesa tratar el problema, en forma breve, tal como se plantea a partir de mediados del siglo XVII, cuando Hobbes y Locke escriben sus obras fundamentales, y tratan de elaborar el concepto “*naturaleza humana*”, desprendido de toda referencia religiosa. Recordemos que Locke había afirmado que si bien Dios creó a Adán, éste es hombre, profundamente humano, y nada más que humano. Desde entonces, la filosofía política ha salido al encuentro de la reflexión sobre la naturaleza del hombre.

La meditación de ese problema, a su vez, ha resultado condicionada, por una parte, por la concepción que el hombre tiene del mundo, y por otra, por la propia situación humana dentro de esa concepción. Como si todo ello fuera poco, la filosofía política ha ofrecido su vocabulario para ordenar los conocimientos del orden natural. Así, Carlos Linneo (1707-1778), en su *Systema naturae* (1758) nos habla del “Imperio de la Naturaleza” dividido en tres reinos: Mineral, Vegetal y Animal, en cuya clasificación el hombre ocupa el lugar de honor como cabeza de todo el universo. Poco tiempo después, Juan Bautista Lamarck (1809), desde una perspectiva evolucionista, ubicó al hombre, no al comienzo, sino al final de la escala de seres vivos. El hombre aparece como la culminación de un proceso que se habría iniciado con seres unicelulares.

Como consecuencia, no resulta difícil relacionar la significación del concepto “naturaleza humana” con la situación de los conocimientos que la ciencia de cada época nos transmite.

Pero, aun así, el problema no es simple. La expresión “naturaleza humana”, de larga historia, vincula dos términos: “naturaleza” y “humana”, que complican aún más su significación. El vocablo “naturaleza” es sumamente equívoco. R. Paniker, en su libro *El concepto de naturaleza*²),

² Confr. R. PANIKER, *El concepto de naturaleza*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1951.

llega a la conclusión de que existen por lo menos doce significaciones distintas del término.

Por de pronto, aparece de inmediato una distinción. Así, hablamos de “*la*” *Naturaleza* y, por otra parte, hablamos de la naturaleza de “*una cosa*” como, por ejemplo, *la naturaleza del hombre*. En este último sentido, cuando reflexionamos acerca de la *naturaleza humana* queremos significar que buscamos lo específicamente característico del hombre. Cuando nos preguntamos “*quiénes somos*”, en verdad, nos preguntamos por aquello que nos distingue de todos los demás seres existentes en el mundo de la naturaleza. De alguna manera, ello significa que los seres humanos nos reconocemos como idénticos dentro de una pluralidad de seres y, al mismo tiempo, distintos de los seres de otras especies vivas coexistentes en el mundo que habitamos.

Lo que nos hace idénticos, y simultáneamente distintos, es la característica esencial que perseguimos de manera constante y tenaz. El hombre moderno, que surge del empirismo inglés -importante concepción pero no la única-, ha solicitado a la ciencia precisiones acerca de esa característica.

Trataremos ahora de analizar, en primer lugar, qué nos han dicho los autores modernos acerca de este tema.

II. Siglo XVII

A. *Thomas Hobbes*

1. Thomas Hobbes (1588-1679) nació en Inglaterra cuando la famosa Armada Invencible amenazaba sus costas. Esa época enmarca un período turbulento en la historia de su patria, pero el reino inglés saldrá de él renovado y con apetencias de dominación mundial.

Tuvo contactos en edad temprana con Francis Bacon (1560-1626), el célebre autor del *Novum organon* (1620), que echa las bases de un nuevo procedimiento metódico para obtener conocimientos científicos, en los que la observación y la experiencia tienen parte principal. Viajó por Europa y visitó Francia e Italia; en este último país estudió la historia de las instituciones griegas y romanas. Frecuentó la lectura del historiador Tácito. En el discurso sobre Roma señala que en el

Palacio del Cardenal Farnese, había dos tablas de las leyes griegas traídas por los romanos ³.

En el orden del conocimiento de la naturaleza recibió la influencia de Galileo Galilei, quien escribiera *Il Saggiatore* en el año 1623; y, en el orden político, la del español Francisco Suárez (1548-1617), autor del *Tractatus de Legibus* (1612), obra que fuera conocida en toda Europa.

Joven aún (1630) escribió un pequeño libro en el que estudiaba al hombre en cuanto sustancia corpórea, en su estado natural y en la sociedad civil.

En el año 1651, luego de la primera revolución inglesa del siglo XVII (1648), que culminó con la ejecución del rey Carlos I, publicó su famosa obra *Leviatán*. No sorprende, entonces, que la primera parte de ella, esté dedicada al estudio del hombre.

En este punto advertimos que el empirismo inglés, que se desarrollará después con Locke y Hume, tiene su punto de partida, aunque no debe olvidarse la labor de Francis Bacon. La filosofía ya no debuta con una ontología; lo hace con la gnoseología. Por ello, trata del fenómeno del conocimiento: especialmente, *los modos y la aptitud del hombre para conocer*.

2. Y, como premisa primera de esta actitud, expresa que “*todo conocimiento proviene de los sentidos*”. Y “*la causa del sentido es el cuerpo externo u objeto que incide sobre el órgano apropiado a cada sensación de un modo inmediato (gusto y olfato), o de modo mediato (ver, oír y oler)*”. “*El sentido es siempre fantasía original causada por la presión o el movimiento de cosas externas sobre nuestros ojos, oídos y otros órganos ordenados a tal fin*” ⁴.

³ Th. HOBBS, *Discursos histórico-políticos*, Buenos Aires, Gorla, 2006, pág. 85.

⁴ Th. HOBBS, *Leviatán*, Buenos Aires, Losada, 2007, t. 1, págs. 45/46. Con anterioridad, Francis BACON, había publicado un estudio sobre el método, muy conocido y de enorme repercusión: *Novum Organon*, Buenos Aires, Losada, 2003. Es el punto de partida, a pie firme, del empirismo inglés y del método inductivo. Para el tema del hombre es útil consultar: J. MARIAS, *El tema del hombre*, Madrid, Revista de Occidente, 1943.

El *entendimiento* es “*la imaginación que brota en un hombre mediante palabras u otros signos voluntarios*”⁵. Para Hobbes, hay en esto algo en común entre el hombre y el animal, aunque ello no es explicado con claridad.

Pero, en el caso, el hombre tiene la ventaja de dar *nombres a las cosas*, siendo Dios el primer autor del lenguaje y quien instruyó a Adán sobre tal extremo⁶. El lenguaje es así un poderoso instrumento que mediante las *palabras* transforma nuestro *discurso mental en discurso verbal*. Nuestros pensamientos, de esa manera, se convierten en una secuencia de palabras, mediante las cuales nos comunicamos.

Advertimos que Hobbes no nos habla de *conceptos* ni de *ideas* para significar cosas, sino simplemente de palabras. Tampoco encontramos en él un esquema clasificatorio de las cosas naturales. Pero sí hallamos una división de los *nombres* en *proprios y comunes*. Hay una referencia a la extensión del nombre; no del concepto.

Se inspira en la geometría para llegar a las reglas universales sin las cuales el orden científico no podría ser alcanzado. Cita el caso del triángulo que es definido como la figura que “tiene tres ángulos”. La regla es universal porque “*todo*” triángulo tiene tres ángulos y los tiene aquí y ahora; y en todo tiempo y lugar.

Por otra parte, la dificultad del conocimiento queda revelada por el hecho de que para Hobbes la verdad y la falsedad son atributos del lenguaje y no de las cosas. De ahí que tengamos que cuidar la definición correcta de los nombres, pues hay nombres que se refieren a la materia o al cuerpo, otros a los accidentes de los cuerpos o a las propiedades de ellos. Con ello también distinguimos las funciones de los organismos como la visión, la audición, etc. Y, por último, no debemos abusar de los nombres y tener cuidado con ellos, ya que hay nombres que no se refieren a las cosas: son nombres de nombres; y, otros, son tremendamente equívocos.

Por eso, hay *palabras que son carentes de toda significación*, sólo utilizadas por filósofos “*aturdidos*” (textual)⁷. Esta es una evidente

⁵ *Ibid.*, pág. 52.

⁶ *Ibid.*, pág. 58.

⁷ *Ibid.*, pág. 63.

alusión a los filósofos escolásticos -representantes de lo que alude Hobbes como la escolástica decadente- que nos hablan, por ejemplo, de “*sustancia incorpórea*”, que sería lo mismo que decir “*cuadrado redondo*”.

Continúa Hobbes en esa tesitura y define a la *razón* sosteniendo que es sólo “*cálculo (esto es, adición y sustracción) de las consecuencias de nombres generales convenidos para caracterizar y significar nuestros pensamientos*”⁸.

De manera paulatina, por la vía del conocimiento y de la expresión verbal de los elementos y cosas conocidas mediante palabras, Hobbes se va acercando a la caracterización del hombre, a la naturaleza humana. El hombre es superior a los animales -dice- porque es capaz de conocer. Es superior porque “*cuando concluía cualquier cosa era capaz de investigar sus consecuencias y los posibles efectos a extraer de ellas*”. Además, porque “*mediante palabras puede reducir las consecuencias que encuentra a reglas generales, llamadas teoremas o aforismos; esto es, que puede razonar o calcular, no sólo con números, sino con todas las demás cosas susceptibles de adición o sustracción recíprocas*”⁹.

El hombre nos da lo que denominamos *ciencia* porque ha logrado “*el conocimiento de las consecuencias y de la dependencia de un hecho respecto de otro, gracias al cual, además de aquello que podamos hacer actualmente, sabemos cómo hacer algo más cuando queramos, o algo semejante en otro momento*”¹⁰.

Resulta clara la actitud del estudioso inglés que define el *conocer* como una actividad que nos indica *cómo hacer y cómo obrar*. En otras palabras, el conocimiento tiene un fin: no se conoce para conocer en una actitud puramente *especulativa*; se conoce para *hacer* y para *obrar* en este mundo.

Por otra parte, persiste en él un cierto pesimismo gnoseológico, ya que sostiene que ningún discurso puede terminar en un absoluto

⁸ *Ibid.*, pág. 68.

⁹ *Ibid.*, pág. 69.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 71.

conocimiento del hecho; por consiguiente, el discurso mental es siempre una *opinión* ¹¹.

Más adelante, en el capítulo en el que trata acerca de la *condición natural del género humano*, Hobbes estima que los hombres son iguales en sus facultades corporales y naturales; de ello se sigue que de la igualdad de capacidades surge la esperanza de alcanzar socialmente nuestros fines.

Pero, por otro lado, la *naturaleza humana* lleva consigo ciertas *debilidades* que se hallan ínsitas en dicha naturaleza. Ellas son: la actitud de *riña y de agresión*; *el estado de permanente competición con el semejante*; *la inseguridad que todo ello comporta y la ambición de cada individuo en pos de su gloria*. Es el caso de haber pasado por el *estado de guerra* antes de haber logrado el estado de civilización, en cuya situación “*no hay bien y mal, justicia e injusticia, no hay poder común, no hay ley*” ¹².

El hombre primitivo quiso salir de ese “*estado de guerra*” y, en su virtud trató de superarse. Con ese fin descubrió las *leyes de la naturaleza* cuando “... *las pasiones que inclinan a los hombres hacia la paz con el temor a la muerte*”... “*y la razón sugieren adecuados artículos de paz sobre los cuales puede llevarse a los hombres al acuerdo*”.

La superación del *estado de guerra o de naturaleza* se logra observando las *leyes de la naturaleza*. “*Una ley de naturaleza es un precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida, o que le arrebate los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree pueda mejor preservarla, pues aunque los que hablan de este tema confunden a menudo jus y lex, derecho y ley, éstos debieran, sin embargo distinguirse porque el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos...*”. La condición del hombre, pues, “*es condición de guerra de todos contra todos, en la que cada cual es gobernado por su propia razón, sin que haya nada que pueda ser-*

¹¹ *Ibid.*, págs. 83/84.

¹² *Ibid.*, págs. 129/131.

virle de ayuda para preservar su vida contra sus enemigos, se sigue que en una tal condición todo hombre tiene derecho a todo, incluso al cuerpo de los demás:..” ¹³.

De estas reflexiones, Hobbes *infiere las leyes fundamentales de la naturaleza*.

Así, la *primera ley* es la siguiente: Los hombres deben “*buscar la paz*” y “*defenderse por todos los medios que puedan*”.

La *segunda ley*: Los hombres deben estar dispuestos, cuando otros también lo están, a “*renunciar a su derecho a toda cosa en pro de la paz y defensa propia que consideren necesario y se contente con tanta libertad contra otros hombres como consentiría a otros hombres contra él mismo*” ¹⁴.

En otros términos, cada hombre tiene derecho a la paz, a la seguridad, a su propia vida y a sus bienes; en consecuencia, renuncia a ejercer esos derechos, por sí mismo, con el consentimiento de los hombres de la comunidad, que se comprometerán de igual manera. Dicha renuncia se hace a favor de un representante (o representantes) de la comunidad, quien, en cuyo ejercicio, actúa por cada uno de los ciudadanos.

La *tercera ley* se enuncia de esta forma: “Los hombres deben ‘*cumplir los pactos que han celebrado*’”. Esta ley se infiere de la ley de la naturaleza por la que estamos obligados a transferir a otro, aquellos derechos que si son retenidos obstaculizan la paz de la humanidad”. Esta ley es la fuente y origen de la justicia ¹⁵.

Hobbes enuncia un listado de leyes que se acerca al número veinte, pero todas ellas no son sino la consecuencia de las tres que anteceden.

Si se quisiera hacer un apretado resumen de las llamadas leyes de la naturaleza con un aforismo universal, podríamos proponer el siguiente: “*No hagas a los demás lo que no quisieras que te hicieran a ti*”.

3. Desarrollados estos puntos de vista acerca del proceso de conocimiento del hombre y de la vida en sociedad que sale del *estado de gue-*

¹³ *Ibid.*, pág. 132.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 133.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 142/3.

rra o *estado de naturaleza* para encaminarse hacia la *sociedad civil*, Hobbes sostiene que la generación de un gobierno para regir la vida en común no puede ser otro que un único modo, tema que se propone tratar en el capítulo XVII.

Ese único modo de erigir un “*poder común* capaz de defendernos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros es conferir todo su poder o fuerza a *un hombre* o a *una asamblea de hombres*, que pueda *reducir sus voluntades, por pluralidad de voces, a una voluntad*”¹⁶.

Esa transferencia del poder de cada individuo o ciudadano a un poder común es la república por *institución*. En eso consiste la esencia de la república política, que es instituida porque los hombres se han puesto de acuerdo y han pactado. Para decirlo con palabras de Hobbes, citamos textualmente el párrafo contenido en el capítulo XVIII: “*Se dice que una república es instituida cuando una multitud de hombres se ponen efectivamente de acuerdo, y pactan cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le concederá por mayoría el derecho a representar la persona de todos ellos (es decir, el derecho de ser su representante). Todos ellos, tanto quienes votaron a favor como quienes votaron en contra, autorizarán en lo sucesivo todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres como si fueran los suyos propios hasta el final, a fin de vivir pacíficamente entre ellos y estar protegidos frente a otros hombres*”¹⁷.

Hobbes, luego, nos dirá cuántas y cuáles son las clases de repúblicas (monarquía, aristocracia y democracia), sus desviaciones, y cuáles son los sistemas políticos y sus opiniones particulares al respecto.

Para nuestro propósito no hace falta avanzar más. Tenemos aquí el esbozo de cómo este autor del siglo XVII (1651), en Inglaterra, a partir del tema del hombre, de la *naturaleza humana*, nos plantea una filosofía política de indudable repercusión en el mundo de su época.

John Locke le seguirá muy de cerca, pero lo hará en dos obras que se publicarán en el año 1690: *Investigación acerca del conocimiento humano* y *Dos tratados acerca del gobierno civil*. Como es fácil ad-

¹⁶ *Ibid.*, pág. 166.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 167/8.

vertir, este último pensador divide el tratamiento de los dos grandes problemas: en la obra citada en primer término trata el del conocimiento y, en la segunda, el problema político. De más está decir que Locke, por ser médico y por las influencias recibidas, como hemos relatado en otro lugar, hará un desarrollo muy extenso del proceso del conocimiento del hombre.

B. Blas Pascal

En el continente europeo, otro era el clima que imperaba en orden a las corrientes ideológicas, aunque los problemas que los pensadores se planteaban eran idénticos. Las ideas de Renato Descartes habían germinado y el racionalismo -al revés del empirismo inglés- se imponía paso a paso. La crisis de la Reforma y la Contrarreforma campeaba por doquier y, en ese ambiente, el pensamiento impregnado de teología cristiana de Blas Pascal (1623-1662) tomaba vuelo.

Pero el filósofo francés también se interesaba por la “naturaleza humana”. Así, en su obra principal ¹⁸, escrita aproximadamente en el año 1660, se preguntaba: “¿*Qué es el hombre en la naturaleza? Una nada frente al infinito, un todo frente a la nada, un medio entre nada y todo. Infinitamente alejado de comprender los extremos, el fin de las cosas y su principio, le están invenciblemente ocultos en un secreto impenetrable, igualmente incapaz de ver la nada de donde ha sido sacado y el infinito en que se halla sumido*” ¹⁹. Y, luego, su frase genial: “*El hombre no es más que una caña, la más débil de la naturaleza, pero es una caña pensante*”.

Pero leamos bien: el hombre para Pascal no es puro pensamiento ni puro espíritu. Lo dice claramente: “*Nuestra **inteligencia** posee, en el orden de las cosas inteligibles, el mismo rango que nuestro **cuerpo** en la extensión de la naturaleza*” ²⁰.

¹⁸ P. PASCAL, *Pensamientos*, 9 ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1981.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 23.

²⁰ *Ibid.*, pág. 24.

El pensamiento de Pascal se halla destilado, gota a gota, en su obra *Pensamientos*. Si seguimos el hilo conductor veremos que distingue, como era casi de obligación en su época, dos naturalezas en el ser humano: “*He aquí el estado en que se hallan hoy los hombres. Les queda cierto instinto impotente de felicidad de su primera naturaleza y está sumido en las miserias de su ceguera y de su concupiscencia, que han convertido en su segunda naturaleza*”²¹.

La grandeza del hombre está en *pensar* y “*la grandeza del hombre es grande por el hecho de **saberse infortunado***”. Y es la naturaleza la que nos hace desgraciados.

Concluyo estos párrafos acerca de Pascal con un juicio de X. Zubiri deslizado en el prólogo de la edición citada: “Tal vez lo que Pascal llama “*naturaleza humana*” se aproxima más a lo que él mismo llama a veces “*segunda naturaleza*”, producto... del sedimento entero de la sociedad y de historia”²².

No hace falta advertir que el punto de partida del pensamiento en el caso de Pascal no coincide con Hobbes ni con Descartes. En efecto, habría podido decir, al revés de lo que afirma el racionalismo cartesiano y el empirismo inglés: “*Soy, luego pienso*” -lo señala J. Llanso en su prólogo a la edición de *Pensamientos*-²³, *anteponiendo la naturaleza del hombre -su existencia, mediante la cual el hombre puede pensar- al pensamiento abstracto*” y -añadiríamos nosotros- al puro conocimiento por los sentidos con disminución de la potencialidad de nuestra razón.

III. Siglo XVIII

A. David Hume

1. David Hume (1711-1776) fue un pensador del siglo XVIII que, en esa época, tuvo su prestigio como un notable historiador de Inglaterra.

²¹ *Ibid.*, pág. 24.

²² *Ibid.*, págs. 24/25.

²³ P. PASCAL, *Pensamientos*, Madrid, Alianza, 1961.

Sin embargo, a partir de la obra *The Philosophy of David Hume*, de Norman Kemp Smith, publicada en 1941, adquirió un nuevo significado como profundizador de la filosofía empirista inglesa, además de proporcionar otros elementos cuestionables para la problemática filosófica.

Hoy, su *Tratado de la naturaleza humana*²⁴, es considerado como una de sus obras fundamentales. El hombre vuelve a ocupar el centro de la especulación filosófica, al mismo tiempo que sus disquisiciones asumen un sentido crítico en el severo análisis filosófico, que por el camino del lenguaje, juzga con no menos severidad el papel de la razón.

Para Hume la razón es inactiva e inerte. Propone estudiar más bien las relaciones de las cosas más que las cosas mismas. Y, a poco de andar, casi en los comienzos del libro III de la obra citada, que trata *acerca de la moral*, desliza el siguiente párrafo: “*En todos los sistemas de moral que he encontrado hasta ahora he notado siempre que el autor razona por un tiempo de la manera corriente y establece la existencia de un Dios o hace observaciones respecto de los asuntos humanos; pero de pronto me sorprende descubrir que, en lugar de la cópula usual de las proposiciones -es y no es- no encuentro ninguna proposición que no esté conectada por un debe o no debe*”²⁵.

Estas breves líneas causaron una conmoción en el escenario filosófico que ha perdurado hasta el día de hoy. Algunos intérpretes, como es el caso de G. Moore, redujeron ese pensamiento a la siguiente sentencia: “*De premisas no éticas no se derivan conclusiones éticas.*”

Para complicar más la cuestión, los traductores del inglés al español han elegido -no sé por qué razón- decir: “*ser*” y “*deber ser*”, cuando, en verdad, debieron ceñirse a expresar; “*ser*” y “*deber*”, como estrictamente se dice en inglés.

Esta cuestión planteada por Hume, se ha llamado también, para aportar una cuota de horror al ámbito filosófico, la *guillotina de Hume*.

²⁴D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, libro tercero, *Acerca de la moral*, Buenos Aires, Eudeba, 2000. Además, *Investigación sobre la moral*, Buenos Aires, Losada, 2003. Y, también, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Madrid, 2002.

²⁵*Ibid.*, pág. 19.

Y, en un lenguaje más adecuado -aunque no le encuentro razón-, la *falacia naturalista*.

Para aclarar quizá un poco el tema, sería preciso advertir que para Hume, se reduce en grado superlativo el papel de la *razón humana* en el proceso del conocimiento. En verdad, Hume nos dice que, para el hombre, “*todo es percepción*” y las percepciones se dividen en: a) impresiones, y b) ideas. A su vez, la filosofía se divide en: a) especulativa y b) práctica. En el orden práctico, la *moralidad es sentida y no juzgada*, dada la relativa importancia que se asigna a la razón humana.

De tal manera que, cuando Hume trata de las distinciones morales (virtud y vicio), es una impresión o sentimiento lo que revela la diferencia, esto es, una impresión agradable o desagradable. Textualmente lo expresa así: “... *si la virtud y el vicio son determinados por el placer y el dolor, esas cualidades deben, en todos los casos, proceder de las sensaciones y en consecuencia cualquier objeto, sea animado o inanimado, podría llegar a ser moralmente bueno o malo, siempre que pudiese provocar satisfacción o desagrado*”²⁶. En mi modesta opinión, en este párrafo, Hume está incurriendo en la misma supuesta falta que está criticando a otros filósofos. .

Más adelante, vuelve a decir: “*El orgullo y la humildad son provocados,... en consecuencia,... deben dar origen a una de esas cuatro pasiones...*”²⁷.

Sea cual sea la cuestión, Hume sigue preocupado por diferenciar el *bien* y el *mal* morales, esto es -en su interpretación-, acerca del placer (agrado) o el dolor (desagrado), y *de qué principios se deriva esa distinción y por qué surge en la mente humana*.

Antes de darnos su opinión sobre este punto, Hume nos asevera que *la naturaleza* está regida por “*unos pocos principios*”, y de ahí se deriva toda la variedad que observamos en el universo y todo se realiza de la manera más simple. Se ha dicho que esa afirmación habría sido influida por Newton que, en 1687, hizo conocer su famosa teoría de la *acción a distancia (gravedad)*, cuya demostración matemática des-

²⁶ *Ibid.*, pág. 20.

²⁷ *Ibid.* pág. 21.

lumbró a los hombres de la época y marcó a *quienes* buscaban en las acciones humanas, leyes con el perfil de las leyes naturales.

Pero, he aquí que Hume, ante esta perspectiva, se pregunta: “¿*qué sentido le damos a la palabra ‘naturaleza’ cuando, a poco que meditemos, es la más ambigua y equívoca?*” Pues, se advierte, en primer lugar, que lo natural se opone a lo milagroso; se opone también a lo raro e insólito, así como a **artificio**. Es decir, en general, las acciones humanas son *artificiales* y son ejecutadas con cierta intención, lo que no existe en la naturaleza²⁸ y ello porque no conocemos las cosas sino sus relaciones.

Para Hume “el sentido de la justicia y la injusticia no se deriva de la naturaleza sino de algo *artificial*, aunque necesariamente de la *educación* y de las *convenciones humanas*”, dado que el sentido del deber sigue el curso natural y común de nuestras *pasiones*. Así, llamamos *leyes de la naturaleza*, lo que es *común a toda la especie humana*²⁹.

Constituyen una característica del hombre, *la debilidad y sus necesidades, a las cuales la sociedad le proporciona un remedio*, pero, por otra parte, es preciso reconocer que la especie humana compensa sus debilidades con su particular *inventiva*³⁰.

La aptitud para crear, para inventar, es, pues, una particularidad específica de la naturaleza humana. No debemos prestar mayor atención a lo que algunos filósofos llamaron el *estado de naturaleza*, puesto que no es otra cosa que una mera ficción. En esto advertimos una alusión a las explicaciones de Hobbes y Locke, que utilizaron esta hipótesis para comenzar a fundamentar la forma del gobierno civil.

Hume esboza una situación más realista y hace consistir en el *egoísmo* y la *limitada generosidad del hombre*, junto a los escasos recursos naturales con que la naturaleza lo ha provisto para sus necesidades “... la aparición del sentido de *justicia*. De ahí, que ese sentido no derive de la razón ni de nuestras ideas, sino de nuestro *‘interés propio’*”, en el que se motiva originalmente el establecimiento de la justicia. “... la simpatía con

²⁸ *Ibid.*, pág. 22.

²⁹ *Ibid.*, pág. 23.

³⁰ *Ibid.*, pág. 24.

el interés público es el origen de la aprobación moral que acompaña a esa virtud (justicia) ³¹.

2. El paso siguiente en las reflexiones de Hume es el de la instauración del *gobierno civil*. Dicho gobierno no es otra cosa que *invención humana*, es decir, en un momento determinado el hombre pasó de no tener gobierno (que era su estado natural) a inventar el artificio del gobierno. Para organizarlo, la sociedad humana tuvo en cuenta tres leyes fundamentales: dar estabilidad a la posesión de los bienes, reglar su transferencia y cumplir las promesas entre semejantes. El objetivo, el *fin* del gobierno, es el de hacer observar esas tres leyes fundamentales ³² para hacer posible la convivencia.

Por supuesto que, en un momento determinado, se hizo necesario el *consentimiento de los hombres*, para instaurar el gobierno civil. Y la formulación de esas leyes, de esas reglas fundamentales, fue posible, porque los hombres son *adictos a las reglas generales*, ya que son conscientes de esa imperfección que es *inherente a la naturaleza humana*.

Hume sostiene que la naturaleza humana no puede cambiarse ni corregirse. El hombre es débil y es víctima de sus pasiones. La invención del gobierno le permite atemperar sus flaquezas. Esto es repetido una y otra vez.

Veamos cómo lo dice insistentemente: “*El gobierno es una mera invención humana para el interés de la sociedad. Cuando la tiranía del gobernante elimina ese interés, elimina también la obligación natural de obediencia. La obligación moral se funda en la natural y en consecuencia debe cesar cuando ésta cesa, especialmente cuando el asunto es de una naturaleza tal que nos hace anticipar numerosas ocasiones en que la obligación natural puede cesar y hace que nos formemos una especie de regla general para la regulación de nuestra conducta en tales circunstancias*” ³³. Dicho con otras palabras, la invención del gobierno acordando la representación de la socie-

³¹ *Ibid.*, pág. 25.

³² *Ibid.*, pág. 26.

³³ *Ibid.*, pág. 27.

dad a un monarca, tiene sus problemas cuando éste se transforma en un tirano; de ahí la justificación de la resistencia. Ocurre que Hume tiene presente lo ocurrido en las revoluciones inglesas del siglo XVII. Recordemos que la obra de Hume, que se comenta aquí se publica en 1739.

El gran principio que debe orientar al hombre que vive en sociedad es el *interés común*. Se sabe que el hombre individual es egoísta, que tiene flaquezas y que las pasiones humanas le dominan. Si no surgiera el gobierno de la convención humana; si no se determinara qué persona o personas deben gobernar, la sociedad sería caótica.

Al tratar de las virtudes y vicios naturales se reiteran todas estas reflexiones y se repiten una y otra vez las afirmaciones del filósofo-político. Si existiera un hombre natural, éste lo sería sin artificios ni inventos. Pero, dada la manifiesta imperfección humana, las invenciones se producen por el interés que pone en ellas la sociedad. De ahí, por la conveniencia general, que la lealtad a las reglas, a las leyes, a los buenos modales, etc., son de aprobación universal.

A pesar de que Hume destina algunos juicios que no ponen a la razón en un lugar eminente, sostiene, sin embargo, que los hombres son superiores a las bestias por la superioridad de la razón. Por otra parte, estima en alto grado la *simpatía* como una propiedad característica de la naturaleza humana³⁴. Como ha ocurrido en el siglo anterior con Locke, el *consentimiento* -ligado a la *simpatía*- aparece como el aglutinante para aprobar en la comunidad los sistemas de conducta. Precisamente, porque ellos son convencionales están sujetos a cambio. La constancia y la mutabilidad de las reglas de justicia se ajustan a la mutabilidad de los *sentimientos generales de la humanidad*, más que a los dictados de la razón.

Finalmente, se debe remarcar que en Hume existe -como en los filósofos de esta corriente empirista- una fuerte inclinación por el estudio de las cuestiones *prácticas*. La filosofía especulativa aparece muy atenuada y en un segundo plano, en este nuevo horizonte de la época moderna. Se estudia la naturaleza humana en función de la *moral práctica*. En otras palabras, el hombre revela su naturaleza mediante sus *acciones y sus sentimientos, su obrar y sus pasiones*. El notorio egoísmo y la limi-

³⁴ *Ibid.*, pág. 28.

tada generosidad de que hace gala se tornan patentes a la luz del hacer y del obrar en sociedad.

B. Manuel Kant

El problema de la “naturaleza humana”, aunque a veces lo olvidemos, fue permanentemente recordado por Kant (1724-1804). Se lo plantea muy temprano cuando escribe su *Ensayo sobre las enfermedades de la cabeza*³⁵ -trabajo escasamente citado- publicado por primera vez en 1764. Luego, prosigue con el tema, casi al final de su vida, en 1798, en su *Antropología*. Más aun, no había dejado de ignorar la cuestión cuando escribiera su *Crítica del juicio* y su *Lógica*.

Para mejor ubicarnos en la inteligencia de su actitud es preciso recordar que, por aquellos tiempos, existía -en el continente europeo y especialmente en Francia- un gran interés por el hombre primitivo. Acentuaba esa preocupación el estudio comparativo del hombre que vivía en estado natural y el hombre que vivía en sociedad. Más adelante se produjo la aparición del salvaje del Aveyron. Se trataba de un hombre que se había criado en los bosques, absolutamente solo, en estado “natural”. Los médicos y otros estudiosos profundizaron sus conocimientos al respecto en base a la investigación de ese caso concreto que el azar les ofrecía.

Así las cosas, Kant en la obra citada más arriba expresa que hay una diferencia entre el hombre “natural” y el hombre cultivado “en sociedad”. El primero tiene la “sencillez y la sobriedad de la naturaleza”, que “configuran sólo nociones comunes, mientras que “la coacción artificial y la opulencia de la organización civil (de la sociedad) dan lugar a hombres ingeniosos y razonadores...”³⁶.

En otros lugares de la misma obra no vacila en hablar del “concepto tan detestable de la naturaleza humana...” para afirmar que “los impulsos

³⁵M. KANT, *Ensayo sobre las enfermedades de la cabeza*, Madrid, Machado Libros, 2000.

³⁶*Ibid.*, pág. 61.

de la naturaleza humana, que cuando son muy fuertes se llaman pasiones, son las fuerzas motrices de la voluntad”³⁷.

Es notoria la preocupación de Kant por el hombre, por su vida en sociedad, por el gobierno de los países y por la paz entre los Estados. No oculta que la naturaleza humana es de carácter agresivo, o, por lo menos, que mucho ama alcanzar el poder. Lo deja traslucir en un párrafo de la pequeña obra *Hacia la paz perpetua (un esbozo filosófico)*³⁸, escrito en 1797, cuando dice: “Esta facilidad para hacer la guerra unida a la tendencia de los detentadores del poder que parece estar ínsita en la *naturaleza humana*, es por tanto un gran obstáculo para la paz perpetua”³⁹.

Pero el estado de guerra no es el estado permanente, pues la propia naturaleza “*garantiza*, mediante el mecanismo de los instintos y de las pasiones de los seres humanos, la paz perpetua”.

Quiere decir que en el hombre existe un “principio malo que mora en él”⁴⁰ y, por eso, “... *la guerra... parece estar insertada en la naturaleza humana*”⁴¹.

En estas meditaciones kantianas, no obstante, lo dicho y el remedio insinuado, todo conduce a lograr la paz en virtud del gobierno que cada Estado crea. Así, afirma: “El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza, que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza de que se declaren. El estado de paz *debe, por tanto, ser instaurado*” (pág. 81) ¿Cómo? Pues, mediante la instalación de un gobierno, cuyo sistema deber ser creado por el hombre. Aparece la necesidad de una constitución para asegurar el afianzamiento de la libertad, la observación de la igualdad y el gobierno republicano⁴².

³⁷ *Ibid.*, pág. 66.

³⁸ M. KANT, *Hacia la paz perpetua*, Madrid, edición Jacobo Muñoz, 2005.

³⁹ *Ibid.*, pág. 75.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 90.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 104.

⁴² *Ibid.*, pág. 83.

Antes de concluir, Kant siente la necesidad de calificar, una vez más, las debilidades del hombre, como sus “*tendencias egoístas*”⁴³.

En suma, la pregunta: “¿Qué es el hombre?”, es una de las cuestiones fundamentales de la filosofía, según Manuel Kant. La respuesta más que insinuada nos revela que el filósofo lo caracteriza como “ser terrenal dotado de razón, que sabe aplicarla para el conocimiento del mundo” y esto en dos sentidos: a) desde el punto de vista fisiológico, conoce su naturaleza; y b) desde el punto de vista pragmático, aprende a obrar y a hacer en este mundo en el que le toca vivir.

IV. Siglo XIX

A. *Théodore Jouffroy*

1. David Hume había realizado labores diplomáticas en Francia y se hallaba compenetrado de los problemas políticos y filosóficos que el continente había vivido. La Ilustración había impregnado fuertemente los espíritus en las tierras galas. Théodore Jouffroy (1792-1842) es -en la época- un representante en Francia de los nuevos tiempos. Discípulo de Víctor Cousin, fue profesor del Colegio de Francia y miembro de la Academia de Ciencias Morales desde 1832.

Uno de los temas fundamentales de sus reflexiones fue también el de la naturaleza humana y, especialmente, el del destino del hombre. La conciencia y el conocimiento de sí mismo están siempre presentes en su pensamiento. La acción humana y el estudio metódico de los “hechos morales” signa su preocupación. Estudia a los pensadores escoceses de gran predicamento en esa hora. Traduce la obra de Dugal Stewart, *Esquisses de philosophie morale*, como así también las *Obras completas* de Thomas Reid. Su importancia queda señalada por uno de sus críticos, que ha podido decir: “Imaginad al siglo XIX después de Kant, pero sin Hegel, Marx y Freud y tendréis a Th. Jouffroy”.

⁴³ *Ibid.*, pág. 105.

La *condición humana* queda reducida, según Jouffroy, a una “*lucha permanente entre nuestra naturaleza y la situación en la cual estamos ubicados en el mundo*”. Por eso, la labor del filósofo se debe circunscribir al hallazgo de las leyes del destino del hombre y de la evolución de la humanidad, de la misma manera que se encuentran científicamente las leyes físicas que rigen la naturaleza y el universo.

Escribió, entre otras obras, un notable *Cours de droit naturel* y una serie de trabajos con el título de *Mélanges philosophiques*. El pensador francés no puede evadir la influencia de la filosofía continental y centra la búsqueda en la naturaleza de los seres, en el caso del hombre, su destino, lo que implica también su conducta. Relaciona al ser humano con su destino porque sostiene que cada ser lo realiza, *según su propio ser*. Esto, que puede parecer un juego de palabras, encierra en un área precisa su camino epistemológico. Cito, acerca de las ideas de Jouffroy, mis propias palabras insertas en otra obra: “*Cada ser sigue su propio fin y ese fin es inseparable de su naturaleza. De ahí que sea preciso estudiar previamente la naturaleza de cada ser, y, en el caso, la naturaleza del hombre*”⁴⁴.

La simple enunciación de lo que va dicho nos muestra que hay en Jouffroy un matiz que no existe en los ingleses, sea Hobbes, sea Locke, sea Hume. En el caso de Hume, el gobierno es invención humana y las leyes del hombre son, igualmente, invención humana. Por eso, mutan, cambian, según convenciones. Todo vestigio metafísico, sustancialista, ha desaparecido. No ocurre lo mismo con Jouffroy. Subsiste en él la misma actitud de Montesquieu cuando define las leyes diciendo que “son las relaciones necesarias que se derivan de la *naturaleza* de las cosas”. Aquí la ley no es *absolutamente* convencional. Hay algo que está más allá de la voluntad del hombre. Aquí no hay guillotina entre el *ser* y el *deber*. Las leyes fundamentales -al menos ellas- siguen el *ser* (la naturaleza) de las cosas.

⁴⁴O. GHIRARDI, *El derecho natural en Alberdi*, Córdoba, El Copista, 1997, pág. 95. Confr. igualmente de mi autoría, *La filosofía en Alberdi*, 3ª ed., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006.

En el horizonte de la filosofía inglesa no hay rastros de una ontología y, en la concepción de lo que es la naturaleza humana, no hay *sustancia natural alguna*. La expresión *naturaleza humana* está constituida por meros términos. La razón humana descubre las relaciones entre las cosas, sus leyes, sus reglas, pero no lo que la cosa es.

En la filosofía continental francesa persiste la vieja enseñanza de que las cosas *son*, que las conocemos conceptualmente y que las nominamos mediante palabras, lo que hace posible la comunicación en el ámbito de la especie humana.

Se me ocurre que si se le formulara la siguiente pregunta a los filósofos ingleses: “Si el hombre desapareciera, ¿desaparecerían las cosas?”, la respuesta sería afirmativa. Montesquieu y Jouffroy, por el contrario, responderían negativamente.

Después de todo lo dicho, para que no haya errores en la comprensión de las ideas de Jouffroy, cabe aclarar que éste admite un *principio de cambio en el hombre*, cosa que no existe en los animales, pero -¡cuidado!-: “*el principio de movilidad de las cosas humanas se halla en la movilidad de las ideas de la inteligencia humana*”. Esto es así porque “*las tendencias de la naturaleza humana son invariables como ella, en toda época y en todo lugar*”. “*Las ideas de la inteligencia son las que varían*”⁴⁵.

La concepción del mundo -en el pensamiento de Jouffroy- se evidencia al decir que “*el mundo físico no cambia*”, mientras que “*la humanidad, por el contrario, es esencialmente móvil*”; ésta tiene una ley, pero es “*la ley de una cosa que marcha*”. Ahora bien, se hace necesario encontrar dicha ley para lo cual es preciso tener presente dos extremos: por un lado, el hombre, el individuo; por el otro, la naturaleza exterior al hombre, que le imprime sus ideas según los lugares y según los tiempos.

Estas ideas de Jouffroy impresionaron mucho a nuestro joven Alberdi, quien mucho le debe en el desarrollo de su propio pensamiento⁴⁶.

⁴⁵ TH. JOUFFROY, *Mélanges philosophiques*, París, ressources, 1979, pág. 53.

⁴⁶ O. GHIRARDI, op., cit., pág. 54.

B. Friedrich Nietzsche

Mencionamos aquí a *F. Nietzsche* (1844-1900) porque, simplemente, queremos dar una muestra de los fuertes diferencias y oposiciones que inspiran a los pensadores de Occidente. Este filósofo emprende una lucha, como él mismo dice en el prefacio de su obra: *El crepúsculo de los ídolos*⁴⁷, para lograr una “**transvaloración de todos los valores**”, pues entiende que son falsas las enseñanzas de la filosofía, la moral y la religión de todo el Occidente.

Desde Sócrates en adelante ataca el uso de la razón, tal como la utilizaron los filósofos. La razón es un ídolo que es preciso destruir; es preciso rebelarse contra esa actitud que ha contaminado la *moral* y la *religión* y ha conformado algo así como una *contranaturalidad*. Los filósofos han afirmado, según él, una **antinaturalidad**.

En la obra que acabamos de citar pueden leerse dos aforismos realmente más que sugestivos y que, de alguna manera, se repiten en sus varias publicaciones: “*De lo que mejor se descansa en la naturaleza salvaje de uno mismo es de la contranaturalidad, de la espiritualidad de uno mismo...*”. Y, luego: “*¿Cómo?, ¿es el hombre solamente un yerro de Dios? ¿O Dios solamente un yerro del hombre?*”.

Todo en él es una “crítica de la modernidad”, tal como se advierte con la lectura de la obra: *Más allá del bien y del mal*⁴⁸, que es una prolongación, desde otro punto de vista, de los temas tratados en *Así habló Zaratustra*, escrito en 1881.

Concentrando la atención al problema del hombre, apuntamos algunas afirmaciones de Nietzsche: “La vida es una voluntad de poderío”, “la vida es un medio; “es una expresión de formas de aumento de poderío”; “el hombre de hoy es un embrión del hombre del porvenir”, y “el sufrimiento es una modalidad de la vida del presente”.

El rasgo de *disconformidad* de la condición humana -según Nietzsche- se halla especialmente subrayado en *Así habló Zaratustra* cuando dice:

⁴⁷F. NIETZSCHE, *El crepúsculo de los ídolos*, Madrid, Edaf., 2002.

⁴⁸F. NIETZSCHE, *Más allá del bien y del mal*, Buenos Aires, Alianza, 2007.

“el hombre debe ser superado en el superhombre”; y “la humanidad debe situar su fin más allá de sí misma, en la propia continuación de sí misma”. Y, finalmente, con la pregunta y respuesta acerca del hombre nos sacude con estas expresiones: “¿Cómo será superado el hombre?”. “El hombre de hoy es una transición y una decadencia”.

V. Siglo XX

1. André Malraux

Al abrirse el siglo veinte con nuevos horizontes, los intelectuales fueron de alguna manera impresionados por el influjo de las teorías biológicas que, desde el siglo anterior, presionaron sobre el pensamiento. La teoría de la evolución, enunciada primero por Juan Bautista Lamarck (1809) y desarrollada con la ambición de probarla como un *hecho* por Carlos Darwin (1859), depositaron un poderoso ingrediente imposible de evadir. Hay, en el mundo científico, una nueva concepción del hombre, y, por otro, los acontecimientos a escala planetaria -como la Primera Guerra Mundial- enmarcan una nueva perspectiva. El hombre se siente como alguien que *sufre*, que se angustia y que debe esforzarse en una sociedad que ya es una civilización del *trabajo*.

No es extrañar, en consecuencia, que literatos -literatos que piensan como André Malraux (1901-1976), que fuera ministro de Cultura de De Gaulle, nos haya hablado de la *condición humana del hombre*⁴⁹, como titula una de sus obras. De alguna manera, el hombre se encuentra, cualquiera sea su religión, ubicado en un lugar *empujado por la evolución*, lugar que no ha sido elegido por él y donde no se halla con satisfacción. Destino aparentemente trágico. La alienación, el misticismo, el sufrimiento, parecen ser etapas obligatorias de la vida de la humanidad.

Más todavía: es en este siglo cuando el hombre, por obra del aumento de la población, por la facilidad de las comunicaciones, por la explosión

⁴⁹ A. MALRAUX, *La condición humana*, Buenos Aires, Sudamericana, 1998.

del progreso técnico, advierte que la *vida humana se ha planetizado* y la tierra ya resulta pequeña para su ambición y sus designios, y se prepara para salir de ella.

Todo pareciera moverse: el sol, los planetas, las estrellas, los minerales, los seres vivos, la vida, la vida misma... Alguien se ha preguntado: “¿Es que la evolución no ha concluido aún para el hombre?”. “¿Es que el destino le llevará a otros planetas?”. La ciencia ha abierto tales interrogantes, que aún la fe tiene que profundizar en difíciles respuestas. Frente a ello, no obstante, la humanidad no se ha resignado. El hombre parece querer fugarse de la condición humana.

Y, ante esos extremos, los sistemas de gobierno se tornan problemas nimios, aunque cuando ponemos nuestra atención en los totalitarismos, los genocidios, los terrorismos *místicos* y de todo signo, caemos en la cuenta de que la vida, la vida humana, pareciera tener escaso valor para la humanidad.

2. Debate Chomsky-Foucault

A. En 1971, empero, los filósofos han dado muestras de no haber cejado todavía en el ansia de debatir el problema de la naturaleza humana. En efecto, la Universidad de Amsterdam convocó a Noam Chomsky, del M.I.T. (Massachusetts Institute of Technology) y a Michel Foucault, del Colegio de Francia -todo el mundo sabe de quiénes se trata- a un debate a transmitir por la televisión holandesa. Lo dirigió Fons Elders y se denominó al evento con el nombre de *International Philosophers Project*.

Como se dijo, el tema fue el de la *Naturaleza humana*.

Cuando el moderador que dirigía el debate pronunció las palabras iniciales, por cierto, no definió qué entendía por *naturaleza humana*, pero se vio obligado a decir algo al respecto y no encontró mejor camino que *no innovar*. Como los antiguos fundadores de la modernidad filosófica inglesa, de los siglos XVI y XVII, no encontró nada mejor que decir -palabras más, palabras menos- lo siguiente: “Los hombres poseemos algo *en común* que nos permite *reconocernos como seres humanos*”. No obstante, nos deja vislumbrar que la meta deseable sería la de forjar un concepto acerca de la humana naturaleza.

N. Chomsky es quien primero expone sus ideas tratando de acercarse al tema y comienza diciendo que la conducta del hombre se caracteriza por dos

notas: a) en primer lugar revela *creatividad*; b) en segundo lugar, es indudable que el hombre adquiere cierta *experiencia* en el curso de su vida.

En base a lo manifestado, puede aseverarse que el niño pasa de una información fragmentaria y deficiente a un conocimiento altamente organizado y ese sí ya podría ser un rasgo característico de la naturaleza humana, según Chomsky. Recordemos, por lo demás, que el pensador nombrado es un especialista en lingüística.

En consecuencia, en base a esas consideraciones se podría concluir, provisoriamente, que la naturaleza humana significa poseer la aptitud de ser portador de un conjunto de esquemas o principios de organización innatos para guiar nuestra conducta individual, social e intelectual.

Cuando interviene Foucault, el observador tiene la impresión de encontrarse con un hombre cauteloso, que no se apresura en exponer su pensamiento. En primer lugar, manifiesta su reserva ante ciertos conceptos, lo cual significa que el de *naturaleza humana* no le resulta demasiado claro. Y, evitando un compromiso inicial, se escuda, en el caso, en el concepto *vida*, concepto fundamental para la ciencia biológica. Personalmente, debo decir que en mi experiencia docente me ha sido imposible encontrar una definición clara de la *vida* aceptada por la mayoría de los biólogos. En nuestro caso, Foucault sostiene que el concepto *vida* no es científico sino un mero *indicador epistemológico*.

Como se ve en este punto inicial, Foucault ha *banalizado* el debate porque si el *concepto de naturaleza humana no es científico*, la discusión se torna poco menos que en una amable conversación entre amigos.

Y es, este preciso momento, el que elige Chomsky para centrar nuevamente el debate y mostrar que se puede aventurar una probable solución a su respecto. Nos dice, en efecto, que nos acercáramos al foco del problema si fuéramos capaces de especificar “*en términos neuronales las propiedades de la estructura cognitiva humana*”⁵⁰. Con ello, asocia el problema de la naturaleza humana a la aptitud que tiene el hombre

⁵⁰N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *La naturaleza humana: justicia versus poder. Un debate*, Buenos Aires, Katz editores, 2006, págs. 14/5. Para una lectura puramente materialista, conf. K. LORENZ, *La ciencia natural del hombre (El manuscrito de Rusia. Introducción al estudio comparado del comportamiento)*, Barcelona, 1993.

para conocer y, más aun, cuando expresa que el hombre tiene *creatividad*, es decir, es capaz de conocimiento para utilizarlo con posterioridad para satisfacer sus necesidades.

Estas reflexiones, con perspectiva más concreta, hacen que Foucault, a su turno, sostenga que le interesa el problema desde el punto de vista de la *historia de la ciencia*. Valoriza los descubrimientos científicos en cuanto significan una mejor comprensión de la ciencia, cuyos ejemplos trae a la atención, especialmente, desde el punto de vista de la historia de la medicina. Analiza la creación y la invención humanas en cuanto se producen dentro de un horizonte de lo posible y se dan en la vida cotidiana del hombre. No obstante, prefiere hablar, no de un “progreso de las ciencias” sino de la *transformación del saber*.

Este giro más concreto, en ambos pensadores, nos lleva a tomar conciencia de que el problema del tema los lleva a la *aptitud de la mente humana para conocer*.

Desde ahora el enfoque se hace dentro de lo que denomina “*la ciencia posible*”, con lo cual nos permite advertir que la *propiedad fundamental de la mente humana es el de “acceder a cierto tipo de ciencia posible”* ⁵¹.

Por ende, si la *cognoscibilidad y la creatrividad* son posibles, en cierta medida, es menester examinar el *sistema de reglas* que rigen al respecto.

De tal forma, Chomsky, quien cree que las “*propiedades fundamentales de la inteligencia son muy antiguas*”, reduce a dos factores la creatividad científica: a) una cierta peculiaridad científica de la mente humana, y b) la existencia de condiciones sociales e intelectuales propicias.

Por cierto, esto da lugar a disquisiciones acerca de la sociedad industrial y a la *institucionalización del conocimiento médico* ⁵².

Luego de arribar a estas conclusiones, el debate trata de manera ligera cuestiones como las de “*extrañas limitaciones para imponer teorías científicas*”, el “*conductismo*”, la “*ciencia posible*” y los “*saltos extraños*”, etc. ⁵³.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 41.

⁵² *Ibid.*, pág. 44.

⁵³ *Ibid.*, pág. 52.

B. La segunda parte del debate nos conduce a los *problemas políticos* porque se estima que ellos son esenciales en la existencia del hombre.

En primer lugar, se califica el *sistema de poder* como una definición de las “*maneras... de establecer ‘lo permitido y lo prohibido de nuestra conducta’*”⁵⁴. A todo esto, Foucault añade lo siguiente: “*La esencia de nuestra vida consiste en el funcionamiento político de la sociedad en la que nos encontramos*”.

Como derivación, Chomsky afirma que en la sociedad de hoy “*el componente fundamental de la naturaleza humana es el **trabajo creativo** y, consecuentemente, el sistema político, al organizarlo, rige nuestras conductas. Se ubica en una posición extrema para decir que el “anarcosindicalismo o socialismo libertario” nos muestra un “componente fundamental de la naturaleza humana”, que identifica con “la necesidad del trabajo creativo, de la investigación creativa y libres limitaciones arbitrarias o coercitivas”*”⁵⁵. Y, como conclusión, arremete contra la propiedad privada del capital.

Desde ahí, finaliza pregonando la participación directa de todos los ciudadanos en asambleas de trabajadores o de otras asociaciones libres, especialmente, las de índole económica o social⁵⁶).

Llegado al nudo del problema político, Foucault, a su vez, proclama que nuestra sociedad “*no es democrática*” y que “*vivimos un régimen de dictadura de clase, de poder de clase, impuesto por la violencia*”. A todo esto, añade que “*existe un poder oculto que controla las relaciones en el campo social*” y, además, que “*las universidades mantienen a cierta clase social en el poder*”. Aun más: “*la medicina se maneja con cierto espíritu de clase, aunque, probablemente, existan algunas instituciones neutrales*”⁵⁷.

¿Qué hacer, entonces?

Chomsky propone “*un nuevo concepto de naturaleza humana que dé lugar a la libertad, la dignidad, la creatividad y, finalmente,*

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 53.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 55.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 56.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 57/59.

una nueva estructura social". ¿Cómo hacerlo? Enfoca una "acción extraparlamentaria", "una manifestación masiva y legítima, una desobediencia civil", etc. Todo esto, naturalmente, en forma poco precisa, que, en resumen, manifiesta más bien un disconformismo con lo existente, más que una actividad positiva y reglada ⁵⁸.

Por su parte, Foucault, cerrando el debate, redefine el concepto de naturaleza humana porque el sistema capitalista ha alienado al hombre, pero -me parece más pesimista- porque el problema de la naturaleza humana revela que nuestro concepto de ella -siempre según el filósofo- dentro de nuestra civilización, ha demostrado que no tiene utilidad alguna ⁵⁹.

El panorama -no es difícil advertirlo- no se ha aclarado sino en mínima parte. Los contendientes están aventurando posibles rutas, de manera poco clara; *nos da la impresión de que están tanteando* soluciones, que todavía no han terminado de germinar. Ello queda de manifiesto con las preguntas que el público oyente ha formulado y que quedan sin respuesta. Una de ellas es reveladora: "¿Descentralizar el poder? ¿Centralizarlo?".

3. Hannah Arendt

Hannah Arendt (1906-1975) escribió una obra -entre sus diversas publicaciones- que tituló: *La condición humana* ⁶⁰. Fue discípula de Heidegger, Husserl y Karl Jaspers. Durante la Segunda Guerra Mundial se radicó en Nueva York (1941).

De origen judío, la publicación *The New Yorker*, le encomendó relatar los detalles del juicio que inculpó al alemán Eichmann en 1961. Sorprendió a todos cuando describió al acusado, autor de actos horribos contra seres humanos, como un hombre de la masa, un hombre corriente, superficial. Como coronamiento de este juicio y para poner el punto final, nos habló, en conclusión, de la *banalidad del mal*.

⁵⁸ *Ibid.*, págs. 61/65.

⁵⁹ *Ibid.*, pág. 80.

⁶⁰ H. ARENDT, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2007.

La primera impresión que se experimenta al comenzar la lectura de la obra que hemos citado más arriba, es la falta de conformismo con la situación humana que semeja una permanente huida del problema, como cuando dice que “*la vida artificial*” implica una búsqueda de escape a la condición humana; y como cuando se pregunta si la humanidad terminará en la tierra o en otro planeta. Existe un ansia de cambiar el centro de gravedad de la cuestión: le resulta preferible hablar de la condición y no de la naturaleza humana, lo cual no es un desatino y es una inclinación que comparte con otros autores. Y ello porque -según manifiesta la autora- el hombre se halla limitado (condicionado) porque es terráqueo y porque el cerebro constituye la condición física de nuestros pensamientos y, además, porque los solos recursos de la naturaleza no nos son suficientes y no nos satisfacen por sí mismos.

Pero quizá haya que aclarar previamente que Arendt sostiene que el hombre realiza una *vida activa*, actividad que califica como: labor, trabajo y acción. Con esa actividad se producen cosas artificiales, que, por cierto, coexisten con las cosas naturales, para constituir nuestro mundo.

Aunque éste no sea el lugar para discrepar con la autora, no puedo menos que advertir que en la clasificación propuesta la *acción*, siendo género, en el caso, coexiste en la misma línea con las especies *trabajo* y *labor*. Acepto, sí, que la vida activa es una característica de la naturaleza humana y más aún en la llamada civilización de Occidente, de la Edad Moderna y la Contemporánea, que ha sido calificada como *civilización del trabajo*, para oponerse al ideal de la vida *contemplativa* de los antiguos y aun de la época medieval.

En suma, el escape de la *condición humana*, para Arendt, parece ser el objetivo fundamental del hombre; es decir, no acepta la humanidad tal como le ha sido dada y, en ese laberinto tiene dos opciones: volver a la *animalidad* o intentar el logro de ser un *superhombre*, situación esta última que ha tenido ya sus intentos fallidos. Por todo ello, en definitiva, no se intenta definir la naturaleza humana y tampoco la *condición humana*, puesto que se persigue una *reconsideración* de la condición humana ⁶¹.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 18.

Sin embargo, hay una nota característica del ser humano al que distingue como quien hace del discurso su propiedad fundamental, al afirmar: “*es precisamente el discurso lo que hace del hombre un ser único*”⁶². Y es en la múltiple capacidad del hombre donde halla que “*dentro de la condición humana, con sus múltiples y diversas capacidades, fue la vida la que dominó sobre todas las demás consideraciones*”⁶³.

Concluye con un párrafo que me parece sensacional -teniendo presente su origen- que se explica por sí mismo: “*La razón de que la vida se afirmara como fundamental... punto de referencia en la época moderna y de que siga siendo el supremo bien de la sociedad moderna, radica en que la inversión moderna operó en la estructura de una sociedad cristiana cuya creencia principal en la sacralidad de la vida, ha sobrevivido -e incluso ha permanecido inamovible- a la secularización y a la general decadencia de la fe cristiana*”⁶⁴.

La vida como *bien supremo* es, pues, el calificativo que merece el ideal del “*hombre condicionado*”.

4. Alessandro Pandolfi

Alessandro Pandolfi nos proporciona el pretexto para ir cerrando la mención de la serie de intelectuales -que bien o mal, hemos elegido- que se han preocupado por el tema de la *naturaleza humana*. Precisamente, es autor de la obra *Naturaleza humana. Léxico de política*⁶⁵ y ha tratado la cuestión, dado que es profesor de Historia de las Doctrinas Políticas de la Universidad de Urbino (Italia), editada en su idioma original en el 2006.

Tiene una afirmación que nos parece imposible de soslayar, razón por la cual la transcribimos en primer término. En efecto, en sus líneas

⁶² *Ibid.*, pág. 269.

⁶³ *Ibid.*, pág. 338.

⁶⁴ *Ibid.*, págs. 338/9.

⁶⁵ A. PANDOLFI, *Naturaleza humana. Léxico de política*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007.

iniciales, nos dice que “*el discurso sobre la naturaleza humana es intrínsecamente político*” ⁶⁶.

Como no podría ser de otra manera, nos alerta que el *concepto de naturaleza humana* aparece en la segunda mitad y fines del siglo XVIII en Hume y en Kant ⁶⁷. En verdad, el autor se refiere aquí al nuevo espíritu que emerge en la Edad Moderna, aunque, como puede apreciarse en este pequeño artículo, en el siglo XVII (y aun en el XVI) tenemos más que patentes atisbos de esta actitud porque no hay pensador en el mundo de Occidente que no haya tenido una tal preocupación y no pensara en sí mismo. Bien dice Pandolfi que hasta en los poemas homéricos se hallan trazos del tema preocupante ⁶⁸.

Los modernos opusieron el término *naturaleza*, por una parte y, por otro, el de *hombre*; en otras palabras, aparece “la idea de subjetividad como *entidad* conceptualmente autónoma, junto a una imagen del mundo concebido como *objetividad*” ⁶⁹.

No se seguirá aquí un orden cronológico, a manera de paseo intelectual, como lo hace Pandolfi, acerca de las concepciones a través de los tiempos históricos, para detenernos, sí, en la preparación del ambiente filosófico-político del siglo XX. El problema se da, como ya se ha aludido, en el siglo anterior, cuando un dilema aparece claro. Entre Linneo y Lamarck se insinúa una alternativa: el hombre, ¿es una criatura de Dios o es un descendiente de los simios? Pero, sea lo que fuere, se inicia lo que se ha llamado la *biopolitización de la política* o la “*politización de la biología*” ⁷⁰. El léxico hace posible, por su parte, el nexo entre ambas disciplinas.

Se da algo así como la *medicalización de la sociedad*. Textualmente señala Pandolfi: “*El entrelazamiento entre biopolítica y soberanía, a partir del nazismo es llevado hasta los límites de la posible aniquilación de la vida sobre la tierra en el momento en que el fundamento*

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 10.

⁶⁷ *Ibid.*, págs. 10/1.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 94.

⁶⁹ *Ibid.*, págs. 183/190.

⁷⁰ *Ibid.*, pág. 191.

de la soberanía resulta asegurado en la escala planetaria por el poder atómico, mientras que la biopolítica se dota de una serie de dispositivos de destrucción global producidos por las biotecnologías” ⁷¹.

El avance de las tecnologías se hace patente en los sistemas políticos, al mismo tiempo que los avances médicos coadyuvan a los grandes planes de los estados para asegurar la salud de la población. “*Se preserva al individuo a partir del seno materno: se educa su higiene; se administra su equipamiento inmunitario; se garantiza su instrucción primaria; se lo disciplina en instituciones donde se articula su desarrollo, se controlan su alimentación, sus consumos, los ambientes que frecuenta y los eventuales excesos”* ⁷².

Actúa ya un modelo funcional del cuerpo humano; se producen campañas de inmunización contra enfermedades. El Estado se interesa por la concepción, por la vida desde ese instante, por la muerte y su comprobación, e interviene en cuestiones que, en otra época, era inconcebible. No hablemos de los casos en que la ingeniería genética evidencia una injerencia insospechada en la marcha de la humanidad.

Y otra vez, y siempre, *la vida* -pero esta vez con un acento superlativo- se torna un núcleo fundamental, en cuya base se signa el destino del hombre. Situación que ha merecido un párrafo digno de meditación para los pensadores de nuestros días: “*La vida, un sujeto gramatical personificado, un sustantivo para designar estadios de organización orgánica, tejidos y cromosomas, cuya existencia es indisociable de las instrumentaciones que la hacen ser, es asumida por las legislaciones, por los medios masivos de comunicación y por la opinión pública como un dato subyacente desde siempre en lo real, al que se le debe un reconocimiento social que llega hasta la atribución de la personería jurídica, como en el caso del embrión”* ⁷³.

El hombre, un ser humano que en su hora fuera *natural*, ya no es meramente tal. Es más bien una *construcción cada vez más artificial*, obra de la razón humana. El hombre es un ente co-creador a partir de algo ya dado, que no se detiene en el linde de las cosas exteriores que se

⁷¹ *Ibid.*, pág. 195.

⁷² *Ibid.*, pág. 202.

⁷³ *Ibid.*, pág. 208.

encuentran en la naturaleza; ahora, ha vuelto la atención hacia sí mismo para, a su vez, *co-crearse*. Y, esas ambiciones, se reflejan en las normas políticas cada vez más complejas y más sutiles.

En la cita de una obra de R. Marchesini (*Post human. Verso nuovi modelli di esistenza*, Turín, 2002) nuestra comentado Pandolfi se atreve a decir que en la definición de la naturaleza humana, se está produciendo el “*ingreso sistemático e irreversible de la alteridad animal y artificial*”⁷⁴.

Podríamos aseverar que ya casi no se encuentran límites materiales en este avance en la modificación del cuerpo; en la figura del *cyborg*, representativo de esa modalidad, se advierte “*un organismo cibernético, un híbrido entre máquina y organismo, una criatura que pertenece tanto a la realidad social cuanto a la ficción*”⁷⁵.

A raíz de estos avances, los autores Gilles Deleuze y Félix Guattari inventaron un concepto que se ha expresado con la sigla “*CsO*”, que quiere significar: “*cuerpo sin órganos*”, límite al que nunca se accede, según nos dice Pandolfi.

Todo esto pareciera ciencia ficción, pero es evidente que la línea de estudios de la naturaleza toda, en la que se incluye la naturaleza humana, su modificación, su transformación y la creación por el hombre de entes naturales y artificiales, sean órganos o seres de cualquier naturaleza, no se detiene. Y esa actitud denuncia un *antropocentrismo* extremo en la interpretación de la naturaleza y un *panteísmo* en materia filosófica. La naturaleza humana se torna un concepto ambiguo y confuso, de tal forma que resulta más adecuado referirse a la *condición humana*. Indudablemente, en estas actitudes, se niega toda trascendencia; el hombre vive su vida y su muerte en el horizonte de la inmanencia.

Finalmente, casi no tiene sentido aquí hablar de *naturaleza humana* en esta imbricación de lo artificial con lo natural; el ente humano se hace un “*mixto*”, en el cual no se sabe cuánto ha sido *desustanciado* de lo naturalmente humano.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 210. El autor escribe: “*No tiene nada de fantaciencia pensar que, en un futuro cercano, el fundamento constitucional de los Estados democráticos estará constituido por el compromiso de defender a las multitudes del contagio global*”.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 210/1.

5. Jacques Maritain

No he querido cerrar la nómina con Pandolfi, porque estimo que es preciso mostrar también otra vertiente que sigue viva en el pensamiento de Occidente. Para tal fin he escogido a Jacques Maritain (1882-1973).

Maritain fue discípulo de Henri Bergson. Se convirtió al catolicismo y, desde entonces, hasta su fallecimiento, fue un ardiente *neoescolástico*. De más estaría decir que fue un metafísico destacado y, como tal, otorgaba el primado -al revés de los empiristas ingleses- a la Ontología por sobre la Gnoseología.

Escribió numerosísimas obras. Trató temas lógicos, de Filosofía de la Naturaleza, de Filosofía de la Praxis, de Filosofía Política, en fin, cuanto tema filosófico haya sido posible. Su libro *Le Paysan de la Garonne* (1966) fue su verdadero testamento filosófico. Y mi generación lo leyó asiduamente.

Por cierto, Maritain jamás suscribiría la extrema actitud filosófica de los empiristas ingleses. En cuanto al hombre, el hombre *es persona*. Lo que quizás pueda sorprender al estudioso desprevenido, es que en el léxico de Maritain existe también un ejemplo, en su extenso y profundo libro acerca de la *Filosofía Moral (Examen histórico-crítico de los grandes sistemas)* ⁷⁶ en un título, la expresión: “*El hombre y la condición humana*” ⁷⁷. Textualmente expresa, cuando nos dice que un problema fundamental es: el de “*la relación del hombre con la condición humana, o su actitud ante la condición humana*”. El tema, concretamente, es definido así: “*Esta condición humana es la de un espíritu unido en sustancia a la carne y unido al universo en la materia. Es ésta una condición desgraciada*” ⁷⁸. Pareciera, entonces, que hay cierta coincidencia en esta diversidad: en ambas posturas, la criatura humana busca una evasión, un escape -en ello se coincide- pero se difiere fundamentalmente: en un caso, la huida se reduce a la propia inmanencia en la que está inmerso; en el caso de Maritain, en verdad no es una huida sino una

⁷⁶J. MARITAIN, *Filosofía moral (Examen histórico-crítico de los grandes sistemas)*, Madrid, Ediciones Morales, 1966.

⁷⁷*Ibíd.*, pág. 582.

⁷⁸*Ibíd.*, pág. 583.

relación con Dios en la trascendencia. En cierta manera, tenemos un superar la “*condición humana*”, para ir en pos de una *libertad plena y absoluta* ⁷⁹.

Ahora bien: ¿cómo relaciona Maritain la condición humana con el orden político? Vuelve en este punto a la más clásica expresión “*naturaleza humana*” para aseverar que se debe establecer o reestablecer, de manera ineludible, la “*naturaleza intrínsecamente **moral del orden político***” ⁸⁰.

En la metodología de Jacques Maritain, los valores humanos y las reglas políticas son inferidos de la naturaleza humana y de sus relaciones constitutivas con Dios.

Por cierto, esta actitud no condice con la *guillotina de Hume* que aparecería más tarde calificada como la *falacia naturalista* por la corriente iniciada por los empiristas ingleses y proseguida y sostenida hoy por la filosofía analítica. No obstante, personalmente creo -como se ha dicho más arriba- que el propio Hume incurría en su retórica con lo que él mismo había criticado. Y, más aún: todo razonamiento acerca de la concepción del mundo y del hombre sería imposible si no se pudiera inferir el *deber del ser o estar*.

En el razonamiento *maritainiano* el primer gran tema del orden político es el de la *libertad*. Es el ingrediente obligado porque está en el fondo del problema social y político. Maritain lo resuelve con una fórmula laxa. Nos dice que la libertad es una libertad *condicionada* a la naturaleza humana. Y ésta es una *condición carnal*, que debe ser soportada y *ser sufrida*.

El sufrimiento de los hombres que habitan este mundo forzosamente debe ser soportado y sobrellevado porque está en la misma naturaleza del hombre. El hombre quiere escapar a este estado y, por ello, se esmera en el progreso de la ciencia, en el conocimiento de sí mismo y, en el orden social, en el establecimiento de una justicia.

⁷⁹ *Ibid.*, pág. 585.

⁸⁰ Varios autores: Jacques, MARITAIN, *Son oeuvres philosophiques*, París, Bibliothèque de la Revue Thomiste, De Brouver éditeurs, 1948. Confr. especialmente el artículo de Olivier LECOMBE, titulado: *Philosophie politique*, págs. 62/75.

La preocupación por la libertad condicionada -recordemos que, en el sistema propuesto por el mismo Locke, la libertad tampoco es absoluta⁸¹- se hace posible y, cada vez más amplia, en la medida de la *espiritualización de los medios de acción temporal*.

Por último, Maritain proclama la necesidad de una *renovación del pensamiento democrático* para mejorar la justicia terrena, en todos sus ámbitos, y aliviar el sufrimiento que soporta gran parte de la humanidad

Ante estas manifestaciones es indudable que Maritain no pueda compartir la cosmología teológica, bien que evolucionista, de Teilhard de Chardin. Muy por el contrario, mantiene su actitud, en la obra: *El campesino del Garona*, acerca de los temas filosóficos, teológicos, sociológicos y políticos.

VI. Conclusiones

1. Luego de un itinerario un tanto apresurado en el que hemos elegido a pocos y distintos autores, muchos de ellos muy representativos, para tratar el tema, creemos estar en condiciones de formular algunas conclusiones, en este primer borrador. Hemos de confesar primero que hemos sido conscientes en la selección de determinados pensadores, como quien hace pie en lugares concretos y firmes, para señalar una ruta determinada, aun a sabiendas de que quedaban al costado otros no menos representativos.

Es evidente que tanto la expresión *naturaleza humana* como la de *condición humana* han sido utilizadas desde hace mucho tiempo -y se siguen usando aún- por autores de la más variada posición filosófica. Uno de ellos (Manuel Cruz, en la *Introducción de la traducción* de la obra citada de H. Arendt) llegó a decir que la expresión *naturaleza humana* no tiene sentido porque el hombre en tanto que humano no tiene naturaleza y que, en definitiva, la referida expresión “*es una contradicción en los términos*”. Creemos que este juicio es un caso extremo y que exagera una actitud, además de ser errónea la conclusión formulada: de ninguna manera hay contradicción en los términos.

⁸¹O. GHIRARDI, *El pensamiento filosófico y político de John Locke*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de Córdoba, 2007.

La gradación de opiniones es para todos los gustos. Por su parte, Michel Foucault demuestra que no simpatiza con la expresión, ya que no le otorga jerarquía científica, pero sí acepta el concepto de *vida* como un *indicador epistemológico*.

Sea lo que fuere, en general, los autores entienden que la expresión *naturaleza humana* tiende a significar que los seres humanos nos reconocemos como tales porque tenemos características fundamentales comunes. “*Algo*” tenemos en común los seres humanos, que nos distingue de todos los demás seres. Y, si bien puede haber diferencias -pequeñas o esenciales- en ese *algo*, lo cierto es que ese “*algo común*” difiere, según sea la posición filosófica del autor. Así, tenemos a quienes consideran que el ser humano está constituido por dos principios: uno espiritual y otro corporal y hay quienes sostienen que sólo está constituido por materia corporal.

Pero, en definitiva, todos reconocen que los seres humanos tenemos “*algo en común*”, que nos identifica. En su conjunto, las opiniones trazan una línea desde Hobbes hasta hoy, en cuya traza hay perfiles positivos y negativos, en la concepción de la naturaleza humana.

2. ¿Qué es ese “*algo común*”? Aquí comienzan algunas, mayores o menores, diferencias.

Si analizamos lo que ocurre desde la Edad Moderna a partir del empirismo inglés y repasamos las obras de Francis Bacon, Thomas Hobbes y John Locke, veremos que hay en ellos una común preocupación por el hombre y, especialmente, por aclarar su *aptitud para conocer*. Este saber perseguido no es un saber contemplativo. De ninguna manera. En esta corriente, es un saber para *la acción*, para *obrar* y para *hacer*. En los términos que utilizamos se caracteriza como *saber práctico*.

Además de esa nota común, algunos autores comparten la opinión de que el hombre es *creativo*. La creatividad, la aptitud para resolver situaciones nuevas, es una característica humana, sea que esta facultad radique en la mente, en el entendimiento o en la razón.

En consecuencia, esos autores hacen consistir el “*algo común*” en la nota de *creatividad*. En nuestro libro *Filosofía del trabajo*⁸² hacía

⁸² O. GHIRARDI, *Filosofía del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

notar que el hombre es un ser creador, concepto que compartimos con Leonardo Da Vinci, con una leve particularidad, pues afirmamos que la creación humana no es absoluta sino que se produce a través de algo *ya dado*. Es decir, más correcto resulta decir que el hombre es *co-creador, tanto en el orden de la naturaleza, como en el orden humano; tanto en el orden de las cosas, como en el orden de las instituciones*.

3. Y es, precisamente, su constancia co-creadora la que ha producido lo que alguien ha llamado la *civilización del trabajo*, con lo que concuerdan algunos autores que hemos citado más arriba. Esto, de tal forma, que el hombre ha co-creado una *segunda naturaleza*. A aquella naturaleza pre-adánica, ha añadido una *segunda naturaleza*. Hoy, un mundo nos envuelve, un universo -mezcla de lo natural y artificial- constituye nuestro entorno y nuestra circunstancia. Pero no sólo eso: el hombre crea la artificialidad incluso en sí mismo y en su especie, lo que no parece tener límite ni barrera. No nos parece una censura decir que la prudencia debiera regir las posibilidades de riesgos imprevisibles.

4. Pero, como todo este *hacer* y este *obrar* del hombre se produce en sociedad, ya que, es evidente, que el hombre no puede vivir aislado, el concepto de *naturaleza humana* implica necesariamente un matiz *político* insoslayable.

Entiéndase bien, no queremos expresar que esto signifique una forma de gobierno determinada, pero sí que la necesidad del ejercicio del poder político resulta connatural con la vida en sociedad.

La experiencia vivida, además, nos demuestra que el hombre con haber delegado el ejercicio de vitales derechos en un monarca o en una asamblea, no ha hallado la paz, que buscaban tanto Hobbes como Locke y que ellos no encontraban en el hombre en *estado de guerra* o en *estado de naturaleza*.

5. De todo esto se desprende, como consecuencia, el estado de *disconformismo*, el estado de evasión y el estado de búsqueda del hombre, en este mundo. Por sus flaquezas, por sus debilidades, por su egoísmo, por su falta de solidaridad suficiente, el hombre ha buscado en este mundo algo que no ha hallado todavía. Las desigualdades, los sufrimientos que afectan a la humanidad, desembocaron en utopías y delirios. Al-

gunos terminaron en sueños, otros en el anhelo del super-hombre y, otros, desgraciadamente, en genocidios.

6. Todo ello nos ha hecho pensar que la **Vida** que hemos recibido es un *don que no hemos apreciado debidamente todavía*. Y, es probable, que esa circunstancia nos haya conducido a hablar de la **condición humana**, en estas épocas, casi tanto como de la *naturaleza humana*, porque lo que nos condiciona es una falencia insuperable o casi insuperable -en todo caso una imperfección- hasta ahora, a la cual nuestra *creatividad y nuestra razón* no han encontrado solución.

¿O, acaso, la humanidad no sufrió y sufre la condición humana?

7. Por otra parte, hay una nota todavía que debe ser subrayada. En este tema hay **dos corrientes**, bien definidas. Desde el empirismo inglés se ha insistido que la concepción de naturaleza humana debe ser considerada desde el punto de vista exclusivamente humano, segregando del tema todo matiz religioso. Esta es una corriente. Aquí están ubicados Hobbes, Locke y sus seguidores.

No podríamos decir, por cierto, que esa sea la postura de Pascal y de Maritain. Aquí se habla desde el punto de vista de una fundamentación teológica y/o metafísica y, es natural, entonces, que se hable de fin último y de trascendencia humana.

Los más modernos seguidores del empirismo, por su parte, nos hablarán hoy de la *vida, como una condición humana*. Por cierto, que una corriente de este tipo puede decir que “la pura inmanencia es una vida” o que “lo inmanente es en sí mismo una vida”, como lo hace Gilles Deleuze⁸³. Es una corriente sin rastros de ontología ni de fin último, donde todo comienza y termina en la inmanencia -sea cual fuere el sentido que se le dé a este término- de este mundo, sea la tierra o cualquier otro lugar del cosmos.

Algo, no obstante, iguala a las diversas corrientes. Hoy, la voluntad de poder, el biopoder, suma a los individuos para generar más poder. El germen de todo gobierno y de todo núcleo (empresas, monopolios, etc.)

⁸³ G. DELEUZE y otros, *Ensayos sobre biopolítica*, Buenos Aires, Paidós, 2007.

que genere poder, pareciera que cumple una ley de la humanidad que está más allá del hombre y que está más cerca de la agresividad que de la paz.

El sueño de los filósofos no se ha cumplido. El hombre es capaz de los pensamientos y de los actos más sublimes, pero también arrastra fuertemente la capacidad de cumplir los actos más egoístas y más horrendos.

INTERVENCIÓN ESTATAL EN MATERIA CONTRACTUAL

por JULIO I. ALTAMIRA GIGENA *

Es conocido por todos que el contrato es una institución jurídica muy antigua y ha constituido y constituye el principal instrumento de las relaciones económicas de cambio.

Hay en él una palabra dada y aceptada en vista de un fin determinado, que en muchas oportunidades es acompañado del cambio de acciones o cosas y una vez llenadas ciertas formalidades produce efectos jurídicos.

Para su validez es necesario el consentimiento de las partes, su capacidad y un objeto válido, que debe ser lícito, posible, determinable y representar un valor económico para el acreedor.

El Estado interviene en la actividad de las personas, sean físicas o jurídicas y esa intervención para ser válida debe tener por plataforma jurídica la Constitución de la Nación, comenzando por el Preámbulo, ya que es un cometido estatal: “promover el bienestar general”.

Los convencionales constituyentes de 1853 elaboraron una Constitución cuya filosofía era liberal y capitalista. Le dieron mucha importancia a la persona humana, tanto en lo que se refiere al “ser” como en lo que respecta al “tener”.

Al primero, porque hicieron mucho hincapié en la libertad, a tal punto que se abolió la esclavitud¹. No se admiten prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay fueros personales, ni títulos de nobleza².

* Académico de número. Conferencia dictada con motivo de la inauguración del Instituto del Noreste.

¹ Art. 15 C.N.

² Art. 16 C.N.

Además, las normas de nuestra Constitución son tan generosas que no sólo protegen a los argentinos sino también a los extranjeros³.

Esa libertad se manifiesta mediante el ejercicio de derechos, que se encuentran señalados en el art. 14 de la Constitución Nacional. Éstos son los de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar ante las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de sus propiedades; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Ella no puede confundirse con libertinaje, que es un proceder abusivo, que atenta contra el orden y la moral pública y puede perjudicar a un tercero⁴.

Por ello la libertad tiene un límite, que está dado por la misma Constitución⁵, por ejemplo sólo se puede trabajar y ejercer una industria en tanto y en cuanto sea lícita. Una persona puede asociarse en tanto y en cuanto sea con fines útiles.

Además esos derechos enumerados en el art. 14 no son ilimitados sino que deben ejercerse conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio y el Congreso de la Nación sancionó los códigos Civil, de Comercio, el Penal, de Minería, de Trabajo y Seguridad Social⁶.

Al Estado le corresponde hacer respetar esa libertad y para ello tiene la autoridad suficiente, teniendo especial cuidado de no caer en el autoritarismo, que se manifiesta cuando se procede con arbitrariedad, o cayendo en exceso o desviación de poder. Todo lo cual puede ser controlado por el órgano judicial a pedido del afectado, o de oficio cuando ese proceder constituye un ilícito penal.

Este principio de libertad implica además que “todo aquello que no está prohibido está permitido”. Por lo tanto, no se podrá realizar lo que está expresamente prohibido, y en caso de duda se estará a favor de la libertad y no de la prohibición. Esa libertad debe ser asegurada por el

³ Art. 20 C.N.

⁴ Art. 19 C.N.

⁵ Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., 1897, pág. 99 y ss.

⁶ Art. 75 inc. 12 C.N.

Estado “... *para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...*”⁷.

La Constitución, no sólo destaca que la persona humana para ser tal debe ser libre, sino que además reconoce su derecho a tener bienes, y según el art. 17 la propiedad es inviolable y sólo podrá ser privada de ella por sentencia fundada en ley, debiendo además reunirse otros requisitos como son que la pérdida de esa propiedad sea por causa de utilidad pública, que esa calificación la haga el legislador, y que previamente se abone una justa indemnización.

Pero allí no termina la protección de la propiedad, sino que expresamente se dispone que todo autor o inventor sea propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, que no se puedan confiscar los bienes por haber cometido un ilícito penal, y que tampoco se pueda perder la propiedad de los bienes con motivo de requisiciones dispuestas por un cuerpo armado.

Además de los derechos expresamente enumerados y a los que me he referido precedentemente, existen otros implícitos, que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno⁸.

Reitero que todos los derechos reconocidos por la Constitución de la Nación tienen sus limitaciones, y están dadas por las leyes que reglamentan su ejercicio, por lo que el constituyente otorgó competencia al legislador para elaborar normas que reglamenten esos derechos.

Pero esta competencia no es ilimitada, pues el constituyente puso al legislador dos límites; uno interno, dado por el art. 19: “Las acciones privadas de los hombres... están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...” y otro externo, el art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Por ello, el legislador no puede, so pretexto de ejercer las atribuciones acordadas en el art. 14 para reglamentar la ley y limitar los derechos, alterarlos o cercenarlos.

Como ya lo he dicho, y a los fines de reglamentar los derechos reconocidos en el art. 14, el Congreso de la Nación dictó el Código Civil, y en

⁷ Así lo proclama el Preámbulo de la Constitución Nacional.

⁸ Art. 33 C.N.

materia contractual el art. 1197, expresamente dispone que: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla, a la cual deben someterse como a la ley misma”, y que la doctrina⁹ ha reconocido como la “consagración al principio de la autonomía de la voluntad y de la fuerza vinculante del contrato”.

Las partes eran libres de “negociar” las cláusulas del contrato y, por lo tanto, podían establecer de común acuerdo sus derechos y obligaciones. Todo podía ser objeto de contrato dentro del ámbito de la materia patrimonial y privada; las acciones y cosas presentes y futuras, así como las propias y las ajenas. Lo único imposible era lo físicamente irrealizable o lo que atentara contra la “seguridad”, “moralidad” y “salubridad” públicas, que fueron consideradas como las materias que debía regular el poder de policía¹⁰, siguiendo la doctrina imperante en el derecho continental europeo.

Todo podía incluirse en las cláusulas del contrato, como por ejemplo el contenido de las acciones y prestaciones, el tiempo, el lugar, el modo y la forma en que debían cumplirse, como también las sanciones por incumplimiento o cláusulas penales por violar lo pactado. Lo importante y decisivo era que lo hubieren suscripto con discernimiento y libertad.

Lo que libremente se ha pactado debe cumplirse ineludiblemente, porque sobre este principio descansa la seguridad jurídica: *pacta sunt servanda*.

La inmutabilidad del contrato, sólo excepcionalmente se podía alterar si las condiciones que se habían tenido en cuenta al contratar habían variado sustancialmente y, por lo tanto, ya no existía equivalencia entre las prestaciones prometidas. Los principios de “equidad” y “buena fe”, no podían ser marginados.

Pero esta consagración de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual o negocial que ha sido considerada como

⁹ Alfredo ORGAZ, “Los límites de la autonomía de la voluntad”, L.L. t. 64, pág. 222; C. ETCHEBARNE BULLRICH, “La fuerza del contrato”, L.L. 1983-C-989, entre otros.

¹⁰ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, t. IV, pág. 520 y ss.; Pedro Guillermo ALTAMIRA, *Policía y poder de policía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; Bartolomé A. FIORINI, *Poder de policía*, Buenos Aires, Alfa, 1958, entre otros.

una regla propia de un sistema capitalista¹¹, no es irrestricta, ya que por un lado se encuentra limitada por el orden público (art. 21 C.C.)¹², y por el otro, está supeditada a que el objeto del contrato sea lícito (art. 953 del mismo Código)¹³.

Esta autonomía de la voluntad, en numerosos casos dejó de ser tal, en virtud de que en algunos contratos las cláusulas eran redactadas por una sola de las partes, que era el más fuerte, y aceptadas por la otra, que era el más débil, surgiendo lo que en doctrina se conoció como “contrato de adhesión”.

En algunos casos las cláusulas eran abusivas, por lo que el afectado tuvo que acudir al juez pidiendo su intervención para que las declarara inválidas, y se volviese al equilibrio entre las partes contratantes (arts. 656, 953 y 1071 C.C.).

El Estado fue interviniendo en las relaciones entre particulares, aduciendo que lo hacía en ejercicio del “poder de policía”.

Es conocido por todos que la doctrina denomina “poder de policía”¹⁴ a las atribuciones que tiene el Estado para dictar normas que reglamenten el ejercicio de los derechos de los particulares.

Sin esta reglamentación es imposible la vida en sociedad, ya que cada uno debe saber cuáles son los límites de sus derechos y sus obligaciones, pues éstos no son ilimitados¹⁵.

¹¹ Rodolfo Carlos BARRA, “Los principios generales de la intervención pública: La regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 50.

¹² Art. 21 C.C.: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto a las leyes en cuya observancia estén interesadas el orden público y las buenas costumbres”.

¹³ Conforme lo dispone el art. 953 C.C.: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

¹⁴ Pedro Guillermo ALTAMIRA, *Policía y poder de policía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 57 y ss.

¹⁵ Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Lecciones de derecho administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2005, pág. 439 y ss.

He dicho en otra oportunidad ¹⁶ y ahora repito, que en cumplimiento del cometido estatal: “promover el bienestar general”, y aduciendo en algunos casos que se debía tener en cuenta la seguridad, la salubridad pública o la moralidad, el Estado dictó numerosas normas al respecto, algunas de ellas impugnadas ante el órgano judicial llegando ante el máximo tribunal de justicia de la Nación, por ejemplo:

En 1887, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia en “Saladeristas de Barrancas c/ Provincia de Buenos Aires” ¹⁷ en la que receptó el criterio mediante el cual el Estado podía dictar normas en resguardo de las condiciones de salubridad pública.

Posteriormente, en 1903, en “Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán” ¹⁸ declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial que, gravando la producción azucarera, imponía restricciones arbitrarias a la libertad de industria.

Se ha dicho que “la economía, como todas las fuerzas vivas, está sujeta a manifestaciones patológicas, de degeneración, las cuales habitualmente resultan del abuso, la mala fe, el engaño y otros frutos de una educación poco social”.

“El monopolio de las materias primas, los productos semielaborados y las subsistencias, es una de las más características. La lucha entre los empresarios desemboca, habitualmente, en la exclusividad de la oferta para el más poderoso o hábil o en los conciertos denominados carteles o pools”.

“Una demanda rígida deja a los consumidores desarmados frente al monopolista. Si éste trabaja con costes constantes o lentamente decrecientes, encontrará su precio más beneficioso con una oferta más reducida que si lo hiciese a costos francamente decrecientes, pues por necesidad, la demanda se hará sentir fuertemente sobre los precios, provocando o tolerando su agio” ¹⁹.

¹⁶ Julio I. ALTAMIRA GIGENA, “Algunas consideraciones acerca de la actividad estatal para promover el bienestar general”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2006, pág. 318 y ss.

¹⁷ Fallos 31:274.

¹⁸ Fallos 98:20.

¹⁹ Juan José GUARESTI (H), *Economía política. El sistema de precios y su control*, 2ª ed., Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1962, pág. 305.

Es el momento en que debe aparecer el Estado para sancionar debidamente este proceder monopólico que perjudica al consumidor.

Pero el Estado también debe intervenir en la actividad industrial y comercial cuando existe una emergencia que deriva de una guerra, epidemias, inundaciones, terremotos o trastornos financieros o sociales, que pueden ocasionar una brusca elevación de los precios de ciertos artículos o la falta de otros.

Corresponde que el legislador dicte las normas que sean necesarias para sancionar toda actividad que tienda al agio y a la especulación.

Los medios para realizar el control sobre los precios, consisten en la intervención de los mismos, de las cantidades de bienes ofrecidas o demandadas y de su régimen de producción y el racionamiento sobre ciertos productos.

El control de los precios puede revestir todas o alguna de las siguientes formas:

Establecimientos de precios mínimos o de precios máximos o fijando el precio.

A su vez la acción sobre la oferta o la demanda puede asumir las siguientes variantes:

I. Limitación de la oferta total ejerciendo el control de la producción, a cuyo efecto se pueden imponer restricciones como la reducción del área sembrada, de las horas de trabajo, prohibición de ampliar las plantas industriales o de crear nuevas.

II. Limitación de las cantidades de ciertos bienes ofrecidos en un mercado especial, o control del mercado, lo que puede efectuarse regulando las exportaciones o las importaciones.

III. Ampliación de la oferta de ciertos artículos, otorgando subsidios o eximiendo de impuestos por un término determinado de años.

Para una concepción liberal estas medidas sólo pueden ser tomadas si existe una situación de “emergencia”.

En cambio, para una concepción estatista estas medidas no deben ser excepciones sino que son las ordinarias.

En nuestro país a partir de la década del veinte del siglo pasado, el Estado comienza a intervenir en la actividad económica cercenando la autonomía de la voluntad, tomando como base lo “económico social”, siguiendo la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos

de Norteamérica, en cuanto a las materias que comprenden al poder de policía.

Simultáneamente, se margina el principio de “autonomía de la voluntad” en materia contractual y aumenta el “intervencionismo estatal”, dentro del campo del derecho privado. Puedo citar como ejemplo que se fijó por ley la duración de la jornada de trabajo, la obligación del descanso semanal, la obligación del patrón de pagar el salario en papel moneda y no en efectos o mercaderías.

También puedo citar la ley 11.156 que prorrogó los contratos de locaciones urbanas; y la ley 11.157 que redujo el monto de los arrendamientos de los inmuebles que regía al 1º de enero de 1920 y por el término de dos años.

Esta última ley fue impugnada en los autos “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”²⁰ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 28 de abril de 1922 la convalidó.

En uno de sus considerandos se lee: “... Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. En principio, la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes y un aspecto de su libertad civil. El Estado no tiene por lo tanto, el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas del dominio particular. Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado, en los precios en protección de intereses vitales de la comunidad... (...) Si para *justificar* el ejercicio del poder de policía fuera menester que en cada caso estuviese comprometido el bienestar de todos y cada uno de los habitantes del Estado, no sería posible reglamentar jamás la actividad individual, ni el uso de la propiedad, desde que los beneficios directos de cada ley y ordenanza no alcanzan sino a una parte limitada de la población, aun cuando en conjunto tiendan a asegurar el bienestar de todos...”.

²⁰ Fallos 136:161.

Este criterio continuó en 1934 con el dictado de una sentencia en los autos: “Avico c/ De la Pesa”²¹ mediante la que declara la constitucionalidad de una ley que disponía una moratoria hipotecaria, con rebaja durante el plazo de la moratoria de la tasa de interés.

El 15 de noviembre de 1945 el máximo tribunal de la Nación dictó sentencia en “Ghiraldo (h) c/ Pacheco S.”²², donde reitera la constitucionalidad de la intervención estatal en las obligaciones contractuales, siempre que fuera temporal, justificada por circunstancias excepcionales y hecha efectiva con medidas razonables y justas, aduciendo que de esta forma el Estado no sólo promovía el bienestar general, sino que también afianzaba la justicia. Así se fue ratificando el criterio amplio de las materias que comprende al poder de policía.

En 1957 se reforma la Constitución y se introduce el art. 14 bis, donde enfáticamente se proclama la protección legal del trabajo asegurando al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor y disponiéndose también como obligación del Estado otorgar a las personas los beneficios de la seguridad y previsión social.

Se aduce que todos estos beneficios se acuerdan en virtud que se adopta una nueva concepción filosófica: el Estado social de derecho, a raíz de la cual el Estado determinó por ley los honorarios profesionales de los abogados, de los escribanos, de los ingenieros, de los arquitectos.

Con relación a los honorarios de los escribanos algunas provincias, como la de Córdoba, establecieron que cada escribano percibiría de su cliente sólo el 50% porque la otra mitad integraría un fondo común que mensualmente se repartiría entre todos los escribanos con registro. Esta medida fue elogiada por los socialistas y muy criticada por los liberales.

La intervención estatal fue tan amplia que se llegó a sostener la “publicización del contrato” y es por esa razón que se habló de la “crisis del contrato de derecho privado”.

También se sostuvo que como era necesario proteger el interés público, había ciertas cláusulas que regirían en los contratos aunque las partes no lo hubieran incluido porque eran de “orden público” y, por lo tanto, modificaban cualquier otra cláusula que las partes contratantes hubiesen dispuesto.

²¹ Fallos 172:21.

²² Fallos 202:456.

Esta tendencia socialista fue resistida por los empresarios y hubo quienes acudieron a la justicia llegando hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por considerar que sus derechos se habían conculcado. Puedo citar como ejemplo los autos: “Callao (Cine) s/ recurso jerárquico contra resolución dictada por Dirección Nacional de Servicio de Empleo”²³, en los que el alto tribunal, con fecha 22 de junio de 1960 y por mayoría, confirma la sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo, que convalidó la resolución de la Dirección Nacional del Servicio de Empleo, que intimó a la Sociedad Anónima Cinematográfica para que iniciase, en el plazo de diez días, la presentación de “números vivos” en la sala del cine Callao de la Capital Federal, bajo apercibimiento de las sanciones establecidas en el decr. 21.877/44 (ley 12.921), al que se remite el art. 4º de la ley 14.226, y se le impuso una multa.

Reitero que a partir de la segunda mitad del siglo XX, la actividad estatal para promover el bienestar general fue muy intensa, tanto en el derecho como en la economía²⁴. Se creó el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio (IAPI), la Junta Nacional de Granos, de Carnes, que fueron los únicos adquirentes de cereales y carne por el precio que ellos fijaban, además de ser los únicos exportadores.

Pero además, para evitar los problemas de desocupación y mantener las fuentes de trabajo, el Estado fue adquiriendo las empresas que tenían problemas financieros, y es por esa razón que fue industrial, comerciante y hotelero, compitiendo con los particulares.

La actividad estatal fue tan amplia que no sólo se sostuvo la “publicización” del contrato sino de la actividad privada.

Años más tarde se dictaron las leyes 22.802, conocida como de lealtad comercial, la 24.999 de defensa del consumidor y la 25.156 de defensa de la competencia, que prohíben y sancionan: “todos los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado”.

²³ Fallos 247:121 y ss.

²⁴ Roberto DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 627 y ss.

Se ha dicho²⁵ que el mercado es un marco de transacciones e intercambio, un espacio donde convergen los oferentes, los demandantes y los intermediarios para satisfacer sus necesidades mediante la oferta y la demanda.

O sea que se quiere proteger la competencia para hacer posible el libre juego de la oferta y la demanda, a efectos de que los usuarios y consumidores de bienes y servicios puedan adquirirlos en óptimas condiciones de precio y calidad. De este modo el beneficio que las leyes reportan a los consumidores y usuarios, es su principal finalidad.

Al concluir la década del ochenta del siglo XX, el Estado deja de ser empresario y comienza a primar otra concepción filosófica: la del Estado subsidiario. O sea que toda la actividad económica que pueda hacer el particular no la hará el Estado y éste sólo va a realizar gestión económica cuando no haya iniciativa privada o ésta sea insuficiente para la satisfacción del bienestar general. Por ello esta teoría se fundamentó en el “principio de subsidiariedad”.

Quedan a cargo del Estado las funciones esenciales e indelegables como son la legislativa, la justicia, la seguridad y la defensa.

En la década del noventa del siglo pasado la doctrina utiliza el término “regulación económica y social” en reemplazo de poder de policía, que para algunos administrativistas como Gordillo no sólo es una noción superflua e induce en confusión, sino que además evoca un Estado autoritario como es el Estado de policía²⁶

Posteriormente, en 1994 se reforma la Constitución Nacional y se introducen los arts. 41, 42 y 43 ratificando ya con jerarquía constitucional, esa posibilidad del Estado de dictar normas que promuevan el “bienestar general”, con lo que se lo faculta a intervenir en el caso de los mercados no perfectamente competitivos.

El art. 42 señala el rumbo regulatorio, al exigir el control de los monopolios naturales y legales indicando las herramientas jurídicas conducentes a ese fin.

²⁵ Oscar R. AGUILAR VALDÉS, “Competencia y regulación económica-lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 61.

²⁶ Agustín GORDILLO, “Policía y poder de policía” en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 239.

Con la modificación constitucional citada, se proclama la “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”. O sea que no sólo es obligación del Estado proteger al mercado como marco de transacciones sino también fomentar la competencia, por los beneficios que ella trae aparejados al consumidor en general.

A su vez, el art. 41 le ha dado jerarquía constitucional al derecho de todos los habitantes de gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo y obliga que las actividades productivas no comprometan las generaciones futuras ²⁷.

En el mes de noviembre del 2002, y en ejercicio del poder de policía del ambiente, el Congreso de la Nación dicta la Ley General del Ambiente, 25.675, cuyo art. 22 obliga a toda persona física o jurídica que realice actividades riesgosas para el ambiente a contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño ²⁸.

No es que el contrato esté en crisis ni que haya desaparecido la autonomía de la voluntad, sino que el Estado debe actuar a fin de evitar abusos que perjudiquen, ya que el principio de “no dañar” lo encontramos en el art. 19 de la Constitución Nacional.

En conclusión: el Estado debe regular la actividad privada para proteger el ambiente, la salud, la seguridad, la moralidad de la población, así como lo relativo a lo económico social y de esa forma proveerá lo conducente a la prosperidad del país, como lo dispone el art. 75 inc. 18 de la Carta Magna.

Pero esa regulación no puede llegar al extremo de cercenar la iniciativa privada porque no sería una medida razonable y justa, que promueva el bienestar general y afiance la justicia, sino que además se violaría la garantía innominada a la no arbitrariedad que fluye de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional.

²⁷ Juan Carlos CASSAGNE, “Sobre el daño ambiental colectivo” en *Tutela jurídica del medio ambiente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, pág. 145 y ss.

²⁸ Efraín Hugo RICHARD, “Daño ambiental y seguro” en *Tutela jurídica del medio ambiente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, pág. 169 y ss.

EMPRESA Y PATRIMONIO

por EFRAÍN H. RICHARD *

Originariamente, hace varios meses, habíamos concebido una exposición absolutamente técnica, ahora se puede vincular al caso Aerolíneas Argentinas, AFIP, Fábrica Militar de Aviones, etc., pues sin duda existe un plan secreto de estatización de una serie de empresas, privatizadas o concesionadas. Hemos referenciado nuestra preocupación a la modalidad operativa que suponemos se adoptará, pues ello lejos de beneficiar a la Nación podrá llenar los bolsillos de hábiles abogados y despreocupados funcionarios. Respecto del cambio de organización del sistema privado de previsión no se ha pensado en los reclamos que podrán protagonizar las administradoras de los fondos, que deberán liquidarse por imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del acuerdo, estimulados por las palabras de los máximos funcionarios estatales del enriquecimiento que obtenían en esa administración.

La cuestión está ligada al sistema de derecho público y privado sobre el otorgamiento de personalidad, estanqueidad patrimonial mediante otras técnicas no personificantes, a la autonomía de la voluntad para crear entes personificados, patrimonios afectados o centros de imputación con preferencias patrimoniales, y obviamente dentro de esa autonomía aspectos de responsabilidad propios de las relaciones de organización cuando no estuvieran adecuadamente patrimonializadas en su constitución o en su funcionalidad, y aspectos de la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 28 de octubre de 2008.

1. La empresa es actividad organizada que nuclea diversos intereses: del organizador, de los aportadores de capital, genera empleos y beneficia a una comunidad.

Hoy es reconocida en las constituciones y el derecho brinda diversas técnicas de organización.

2. El patrimonio de la persona física como universalidad de derecho, tiene excepciones en función de prenda común de los acreedores en el bien de familia y la inembargabilidad e inejecutividad de las herramientas del arte u oficio, de los bienes del hogar y de una porción alimentaria del salario.

3. Al lado de ello debe aceptarse la creación de “patrimonios especiales”, caracterizados por una finalidad o destino particular y autónomo respecto de la masa general de bienes del titular y que originan diferentes consecuencias jurídicas. Las técnicas jurídicas que se brinda a tal fin suelen clasificarse en “personificantes” o “patrimonializantes”.

4. La autonomía de la voluntad permitía apartar ciertos bienes con una finalidad común, generando el fondo de comercio o aportes a sociedades con responsabilidad ilimitada o limitada.

Normalmente se vinculan con la organización de un negocio, de una empresa en sentido amplio.

Incluso se acepta la generación de centros imputativos no personificados, como el fideicomiso, o los fondos operativos de los contratos de colaboración empresaria.

O los negocios en participación, ni sujetos de derecho ni con autonomía patrimonial como el fideicomiso, sino determinantes de cuenta de gestión de una participación económica determinada.

5. La aceptación de patrimonios de personas jurídicas, con estancueidad patrimonial para sus integrantes fue originariamente un tema de derecho público, hasta el nacimiento de la sociedad de responsabilidad limitada.

A la sociedad anónima o por acciones se le otorgaba personería jurídica, como negocio de autorización de derecho público a la actividad privada.

Luego pasó a ser un tema de derecho privado, de la autonomía negocial, en la legislación societaria.

Hoy la cuestión tiene un panorama más amplio. Es el de las relaciones de organización, otorgando un amplio marco a la autonomía de la voluntad, para elegir el instrumento técnico más amplio para desarrollar ciertas relaciones.

No necesariamente otorgan ya personería jurídica sino personalidad jurídica. Si reconocen centros de imputación, como simplificación y centralización de ciertas relaciones vinculadas a un negocio o causa común.

6. La empresa no es reconocida como sujeto de derecho, pero ante su presencia se autoriza su organización como sujeto de derecho: art. 55 ley 14.394 y art. 32 de la ley de sociedades.

7. Una controvertida técnica de organización es la sociedad unipersonal, que los proyectos limitan a sociedades con responsabilidad limitada del único socio, no advirtiendo que el beneficio de la división patrimonial especial de un único patrimonio general lo es en beneficio de los acreedores de la sociedad-empresa, como lo estatúa ya el derecho romano.

Aunque hoy no sea el centro, introducimos en este comentario nuestro rechazo al dogmatismo conceptual vinculado al significado dado por el común a las palabras. ¿Cómo puede hablarse de sociedad de una sola persona? Claro que desde el mismo punto podríamos decir ¿Cómo es posible que se hable de acuerdo cuando éste se imputa a personas que han declarado formalmente su voluntad contraria o no han participado en él, incluso cuando a través del “acuerdo” se las tima? Y sin embargo se habla del acuerdo concursal. Y ello es correcto, por cuanto el acuerdo se contrapone doctrinalmente al contrato, porque se vincula a un reconocimiento a la decisión mayoritaria de los legitimados a imponerla.

Por sociedad se entiende hoy a un sujeto de derecho o sea a una persona jurídica, nacida de un negocio legal - que el negocio sea unipersonal o pluripersonal es un problema de cada legislación-.

Apuntemos a lo básico: una única persona-sociedad puede dar nacimiento a otra persona-sociedad, *rectius*: incluso a múltiples personas sociedad, y ello se llama escisión. Son figuras jurídicas con cierta vinculación al Diccionario de la lengua.

8. Pero lo que hoy interesa es reflexionar en orden a la relación empresa-patrimonio.

Si es la sociedad la técnica elegida para la organización de la empresa, conforme lo estipula el art. 1º de la ley -con la excepción de la sociedad de mera administración de capitales del art. 31 L.S.- la determinación del capital social o sea del patrimonio constitutivo generado por el aporte del o de los socios debe corresponder a la cifra suficiente para el cumplimiento del objeto social -forma de darse la empresa al decir de Gervasio Colombres o Girón Tena-.

Esa dotación debe corresponder al cumplimiento de aquella finalidad o destino particular y autónomo que generó este patrimonio especial, y cuya falta correspondería a generar constitutivamente la imposibilidad de cumplimiento del objeto social, que es una causal de disolución y que la C.S.J.N. en su esquivo fallo sobre la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el caso “Palomeque” así lo anticipó.

Se sostiene la futilidad de la noción de capital social. Pero frente a ello y a la discusión actual sobre la autonomía de la voluntad para fijar el capital social, o la del órgano jurisdiccional de inscripción para negarla ante su evidente insuficiencia, hemos terciado sosteniendo que en tal supuesto debe requerirse el plan de negocios y sin juzgarlo disponer la inscripción bajo la responsabilidad de los constituyentes.

9. Ello es congruente con el análisis de la insuficiencia patrimonial que se genere en la funcionalidad de la sociedad, que debe ser afrontada inmediatamente por los administradores y puesta en consideración de los socios ante la existencia de una causal de disolución.

Los socios deben considerar la propuesta de los administradores y, ante una insuficiencia patrimonial que no pueda ser asumida por una reorganización deben proceder a capitalizar la sociedad o liquidarla. Ello conforme con las disposiciones de toda la legislación societaria comparada.

Esa capitalización la pueden hacer los mismos socios, ejerciendo su derecho de suscripción preferente, o interesando a terceros, o capitalizando el pasivo -situación ante la que cede el derecho de suscripción preferente-. Esas últimas capitalizaciones podrían formalizarse con acciones preferidas, con o sin derecho de voto, y con planes de rescate.

A la sociedad o empresa no le interesa quiénes sean sus propietarios.

10. Esto se enrola en la idea de “conservación de la empresa”.

Por ello resulta paradójico que en las presentaciones en concurso, ante crisis patrimoniales de las sociedades, se advierta que ni administradores ni socios han recurrido a esa vía de bajo coste de transacción, que no contamina el mercado con la insolvencia, extrajudicial y privada.

Se opta por presentarse en concurso y presentar propuestas no integradas de acuerdo -sin plan de negocios como lo impone hoy nuestra ley en lectura constructivista, con quitas y esperas para los acreedores-.

Los jueces cuando homologan so pretexto de la conservación de la empresa no advierten que toda quita y espera a los acreedores genera un enriquecimiento en favor de los socios -así considerado por la AFIP-, que no libera a fiadores y codeudores. Así ocurrió en el caso “Multicanal”. No se advierte ningún esfuerzo compartido.

11. El tema conlleva a pensar quién tiene que conservar la empresa. Si son los acreedores o si ello está a cargo de administradores y socios. Sobre el punto existen errores conceptuales profundos que llevan a verdaderos dislates afectando el derecho de propiedad.

12. Un comentario en torno de la reciente legislación italiana que autoriza a las sociedades anónimas a incrementar sus operaciones con patrimonios de afectación generados por negocios en participación. Ello viene a aceptar lo que sostuviéramos en el Primer Congreso de Derecho Societario allá en el año 1977 con el negocio en cuentas en participación, que permiten que terceros confíen en un gestor -sociedad o no- para el desarrollo de determinado emprendimiento con cargo de rendición de cuentas para ese negocio, al margen del balance patrimonio del gestor.

13. Cerramos señalando que todo desarrollo empresario requiere de un patrimonio adecuado, conforme un plan, patrimonio gestado por capital propio o financiamiento satisfacible con el giro negocial.

Una empresa no dotada adecuadamente, que no pueda cumplirse impone su liquidación, y el mantenimiento de su giro genera responsabilidad a sus propietarios y administradores por los perjuicios que puedan generar a terceros dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, como viene acentuándose en una doctrina judicial sobre

liquidación de hecho de sociedades o su infrapatrimonialización, tanto de cámaras del trabajo como en lo comercial.

14. En momentos en que desaparece el financiamiento en el mercado mundial de las sociedades en general, y particularmente de las constituidas en Argentina por los fallos en acuerdos preventivos extrajudiciales -lo de extrajudiciales es un eufemismo-, donde se borró el contrato y se aceptaron maniobras de enriquecimiento de los socios en detrimento de los obligacionistas, es fundamental revisar ciertos pensamientos infundados en torno de la dotación patrimonial en la constitución de sociedades, en su adecuación en la funcionalidad social y las homologaciones de acuerdos concursales predatorios, de quita y espera que benefician directamente a los socios de la sociedad y hacen recaer todos los perjuicios en los acreedores.

Lo precedente es una apreciación en tiempo de crisis ética a la que se agrega una crisis financiera con efectos económicos que anticipamos en el año 2002. Mejor fundamentación a esta limitada exposición puede verse en nuestros numerosos trabajos de la página de la Academia www.acaderc.org.ar y estimaremos sugerencias a ehrichard@arnet.com.ar

SERVICIO PÚBLICO: “DECLINACIÓN O RENOVACIÓN”

por DOMINGO J. SESIN *

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición y caracteres del servicio público. III. Vicisitudes y crisis del servicio público. IV. Paulatino abandono de la formal calificación de servicio público. Hacia un nuevo rumbo. V. Reducción de la noción estricta de servicio público. VI. La titularidad del servicio público en el orden nacional. VII. La titularidad del servicio público en Córdoba. VIII. Libertad de empresa versus intervención estatal. IX. El servicio público actual en Europa y Estados Unidos. X. El servicio público en Argentina. XI. Organización y diseño de los servicios públicos en Córdoba. XII. Conclusión.

I. Introducción

Las vicisitudes del servicio público, la evolución de su concepción tradicional, las nuevas tendencias en la materia, los cambios operados a nivel nacional, no son ajenos a lo que ha ocurrido en la provincia de Córdoba como en muchas provincias argentinas, razón por la cual la primera parte de esta exposición se referirá a los lineamientos generales de esta importante temática, tanto en nuestro país como en el extranjero, para después analizar lo que en la actualidad sucede en Córdoba.

* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 11 de noviembre de 2008.

II. Definición y caracteres del servicio público

Para Jeze¹, existe un servicio público cuando se da satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, bajo un régimen jurídico especial. Es decir, cuando el poder público asume la satisfacción de una necesidad o interés general.

Laubadere² sostiene que *“es toda actividad de interés general ejercida por una persona pública o bajo el control de una persona pública, siguiendo un régimen exorbitante”*.

Ariño Ortiz³ manifiesta que *“servicio público es aquella actividad administrativa del Estado o de otra administración pública de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”*.

Los caracteres jurídicos del servicio son la continuidad, la regularidad, la igualdad, la obligatoriedad, la generalidad, la calidad y eficiencia⁴.

Existen otras necesidades públicas que sin ser calificadas como servicio público, en sentido estricto, se denominan “servicios públicos virtuales” o “impropios”. Son reglamentados y controlados por el Estado (farmacia, taxi, etc.).

Consecuentemente, el servicio público es concebido como una “parte” de la actividad del Estado dejando atrás otras posturas que postulaban la “totalidad” del accionar estatal como servicio público⁵.

¹ Gastón JEZE, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1950, t. 2, págs. 4 y 51.

² André LAUBADÈRE, *Trait de droit administratif*, Paris, Librairie Generale de droit et jurisprudence, t. 1, pág. 662.

³ Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 364.

⁴ Roberto DROMI, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 584 y ss.

⁵ Ver evolución de las concepciones en: Ismael FARRANDO, “Servicio público y privatizaciones”, en *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, mayo-agosto 1998, pág. 147 y ss.; José Luis MELIÁN GIL, “El servicio público en el

Con base en estos lineamientos la doctrina advierte tres elementos básicos: a) finalidad de interés público, b) prestación directa o indirecta por la administración, c) régimen especial de derecho administrativo⁶.

III. Vicisitudes y crisis del servicio público

La crisis de la concepción clásica del servicio público apareció cuando los elementos citados comenzaron a faltar. El elemento subjetivo se fue desvirtuando cuando la prestación del servicio ya no sólo estaba a cargo del propio Estado o de concesionarios sino de particulares a través de otras vinculaciones jurídicas. El elemento normativo también comienza a desdibujarse cuando se le da el carácter de servicio público a actividades comerciales o industriales que se regulan por el derecho privado; incluso, cuando la prestación del servicio se hace por sociedades del Estado o sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, como ocurrió en nuestro país, donde se fugó el derecho público a través de figuras del derecho comercial. Es decir, que el régimen de derecho administrativo, inherente al servicio público, comenzó a resquebrajarse. Se mantuvo sólo el elemento teleológico que por su intrínseca imprecisión sufrió los embates de situaciones coyunturales y de concepciones políticas que ampliaron o limitaron el ámbito de los servicios públicos que se consideraban esenciales.

Dice Cassagne⁷ *“que el proceso que generó la llamada crisis del servicio público obedeció al abandono de la gestión de las actividades por parte de empresas privadas y su asunción directa por el Estado, lo que condujo a una identificación entre la función pública*

derecho actual”, en Revista de Derecho Administrativo, N° 17, Buenos Aires, Depalma, set.-dic. 1994, pág. 341 y ss.

⁶ Para Jorge SARMIENTO GARCÍA, “Noción y elementos del servicio público”, en *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 19 y ss., los elementos esenciales del servicio público son: la naturaleza de la actividad, el sujeto que lo presta, el fin y el objeto, y el régimen que lo regula.

⁷ Juan C. CASSAGNE, “El servicio público y las técnicas concesionales”, Revista de Derecho Administrativo, N° 18, Buenos Aires, Depalma, enero-abril 1995, pág. 22 y ss.

*estatal y la gestión de los servicios públicos. Fenómeno éste, que impedía disociar el poder reglamentario de la gestión, aspectos que aparecieron muchas veces confundidos o, al menos, concentrados en la propia empresa estatal prestataria”*⁸.

En Europa, Cassese⁹ señala las siguientes causas que motivan la transformación de los servicios públicos: a) el progreso tecnológico que repercute en algunas actividades monopólicas, permitiendo el uso por varios prestadores de una misma red (por ejemplo, telecomunicaciones); b) los inconvenientes económicos y políticos que acarrea la prestación del servicio por medio de empresas estatales. Los económicos, suscitados por tarifas subsidiadas por los contribuyentes no usuarios del servicio, el crecimiento de la burocracia con un número exagerado de empleados y las prestaciones cada vez más decadentes en diferentes áreas. Desde el punto de vista político, el prestigioso italiano, considera que las autoridades de turno han convertido las empresas públicas prestatarias de servicios públicos en botines de guerra en favor del gobierno, mediante el empleo de sus seguidores partidarios; c) la normativa europea que prioriza el principio de competencia y la libre circulación de bienes, personas y servicios, eliminando las barreras nacionales representadas por los monopolios legales.

IV. Paulatino abandono de la formal calificación de servicio público. Hacia un nuevo rumbo

Aun en el ámbito del derecho europeo comparado, el fenómeno de la globalización y liberalización de la economía ha suscitado la crisis y el paulatino abandono de la formal calificación de servicio público, incluso en prestaciones esenciales para la comunidad.

En los servicios que se prestan en red: telecomunicaciones, electricidad y gas, se ha producido la transferencia o morigeración de la *publicatio*.

⁸ Ver también del mismo autor: *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 38 y ss.; *Fragments de derecho administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pág. 221 y ss.

⁹ Sabino CASSESE, “La transformación de los servicios públicos”, *Revista Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, N° 1, pág. 16.

Así por ejemplo, la Exposición de Motivos de la ley 54/97 del sector eléctrico español afirma que “[...] se abandona la noción de servicio público”; situación análoga acaece en el sector de las telecomunicaciones y los servicios postales, que pasan a denominarse “servicios o actividades de interés general que se prestan en régimen de competencia”¹⁰.

Ello quiere decir que en lugar de utilizar la calificación formal de servicio público, hoy se habla de “servicios o actividades de interés general” que se prestan en régimen de competencia.

Debe quedar en claro, que ello no implica una renuncia del Estado a su inexorable potestad de planificación, regulación, intervención y control de aquellas prestaciones esenciales para la comunidad. Se trata de la cristalización de un nuevo rumbo, donde salvo excepciones, la prestación y ejecución ya no están en manos del Estado o de sus entes descentralizados o empresarios, sino en poder de los particulares en un régimen de competencia, en cuanto fuere posible.

La tendencia consiste en que de una parte el Estado abandona su carácter de prestatario del servicio pero intensifica la regulación y el control. De otra parte, la administración prioriza la participación de los particulares en la directa gestión del servicio conforme las reglas de la competencia, de ser pertinente y útil. Asimismo, se va dejando de utilizar la formal calificación de servicio público, predominando la figura denominada de interés general que se presta en régimen de competencia.

En síntesis: a) la noción estricta de servicio público se reduce a un mínimo indispensable; b) deviene en excepcional la conjunta regulación y prestación del servicio a cargo del mismo Estado o de sus entes descentralizados o societarios, esto es, de empresas públicas que legislativamente se benefician por una delegación unilateral del servicio público en régimen de monopolio; c) debe ser excepcional y justificado el sistema de competencia limitada como consecuencia de la delegación contractual de un servicio público, después de una selección abierta a una persona privada que tiene derechos exclusivos en un régimen monopólico; d) el principio general es que en el marco de las reglas de la competencia los particulares presten servicios públicos o de interés general, regulados y con-

¹⁰Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía”, Revista Justicia Administrativa, N° 18, España, Lex Nova, enero 2003, pág. 7 y ss.

trolados por el Estado. La intensidad de la potestad pública y los caracteres del servicio se relacionan con la importancia de los intereses de la comunidad y la complejidad técnica, económica y social del servicio.

V. Reducción de la noción estricta de servicio público

El Consejo de Estado francés en su Informe de 1994¹¹ titulado “Servicio público: declinación o renovación”, propone la utilización de esta modalidad de prestación para asegurar la indispensable solidaridad social que el mercado por sí solo no puede asegurar. Expresa que “el servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario”. En esta línea se promueve la elaboración de una Carta Europea de los Servicios Públicos con principios fundamentales de tutela al usuario¹².

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso “Corbeau”, realiza una distinción entre los servicios llamados universales y/o de base (que corresponde a los servicios públicos *stricto sensu*) y los servicios con valor agregado (que deben sujetarse a las reglas del derecho común).

De allí que como dice Sabino Cassese¹³, en la Unión Europea la noción de servicio público ha sido remplazada por la de “servicio universal”, omnicompreensivo de los servicios imprescindibles básicos al que tienen derecho todos los usuarios, cualquiera fuere su ubicación geográfica pagando un precio accesible.

Al respecto afirma Ariño Ortiz, que las prestaciones de “servicio esencial universal” son aquellas modalidades que el mercado generalmente no responde, por lo que la administración debe asegurar un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso la compe-

¹¹ *Etudes et documents*, N° 46, París, 1995.

¹² Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “Empresa pública y servicio público. El final de una época”, en *Derecho administrativo*, dirigido por Cassagne en Homenaje a Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 800.

¹³ En el “Prólogo” de la obra de Jorge SALOMÓN, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

tencia no es posible porque no hay oferta, pues el costo de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar. En estos supuestos la regulación prescribe la prestación obligatoria de quienes intervienen en la gestión¹⁴.

En este sentido, dice Franck Moderne, la noción de servicio público queda reducida a un *stricto minimu*. Ella está lejos de presentar la riqueza de contenido que el derecho positivo francés le había otorgado, que comprendía sobre todo los grandes principios de igualdad, de continuidad, y de adaptación de los servicios públicos a las nuevas tecnologías. Más recientemente, los principios de transparencia, de participación de los usuarios en la administración, etc.

Gordillo¹⁵ sostiene que la denominación de “servicio público” sólo se justifica cuando determinados “servicios públicos” están en manos particulares en forma monopólica. En este caso el otorgamiento estatal y la regulación encuentran su fundamento. Expresa en este sentido que lo esencial de toda regulación es cuantificar la tarifa, *“facultad que el Estado debe necesariamente ejercer cuando ha conferido o permite un monopolio, y que a la inversa no puede llevar a cabo, hoy en día, para actividades prestadas en libre competencia”*¹⁶.

Según Mairal¹⁷, la característica de la “obligatoriedad” de la prestación y la exigibilidad por los usuarios constituye actualmente el factor definitorio del servicio público. Las restantes notas, como la uniformidad, la regularidad y la continuidad son susceptibles de ser entendidas como derivadas de la obligatoriedad ya que garantizan la disponibilidad del servicio y el derecho al acceso sin prácticas discriminatorias.

Distinta es la situación de otras actividades como la de los bancos que no tienen obligación de prestar el servicio a cualquier ciudadano que lo requiera ya que la institución se reserva el derecho de elegir a sus clientes. Aquí no hay servicio público aun cuando tal actividad también se encuentre reglamentada. En Italia este tipo de actividad se denomina “ser-

¹⁴G. ARIÑO ORTIZ, op. cit., pág. 266.

¹⁵Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1994, t. 2, pág. VI-5 y ss.

¹⁶Agustín GORDILLO, op. cit., pág.VI-7.

¹⁷Héctor A. MAIRAL, “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, Buenos Aires, Depalma, pág. 430.

vicio de interés público”, esto es, de funciones realizadas por los particulares o por entes públicos en situación de concurrencia. Necesitan la autorización del Estado para desplegar su actividad.

Expresa Cassagne que *“en unos casos las necesidades son de primer orden, es decir, primordiales (servicios públicos), mientras que en otras son meramente generales (actividades de interés público). Se ha abandonado la noción amplia o global de servicio público para refugiarse en un concepto más restringido aunque de mayor precisión técnica. Se trata de limitar el servicio público a las actividades que satisfacen necesidades primordiales de los habitantes mediante prestaciones de naturaleza económica previa declaración legislativa”*¹⁸.

La noción de servicio público sigue siendo poco clara, tanto en nuestro país como en el extranjero, ya que su extensión es discutible. Su concepción cambia al compás de la vida social. No obstante, existe acuerdo sobre la necesidad de “reservar una actividad” bajo un régimen jurídico especial” de derecho administrativo, y ofrecerla al usuario con “carácter obligatorio”. La reglamentación del servicio y su control deben estar en manos del Estado.

Lo demás debe dejarse a los agentes económicos en un mercado libre.

Las notas esenciales del concepto de servicio público son actualmente:

1. la necesaria calificación legal de una actividad como servicio público;
2. que esa actividad sea “esencial” para la comunidad;
3. la calificación referida presupone generalmente la incorporación de la actividad al quehacer estatal excluyéndola del sector en el cual rige la libre iniciativa privada, pudiendo transferir o no la *publicatio*;
4. debe ofrecerse al usuario con carácter obligatorio, conservando siempre el Estado poderes de dirección y control;
5. la gestión del servicio o su ejecución debe estar en manos de los particulares en un régimen de competencia, salvo excepciones justificadas.

¹⁸ Juan C. CASSAGNE, op. cit., pág. 32.

VI. La titularidad del servicio público en el orden nacional

Se pregunta Mairal¹⁹, ante el nuevo contexto nacional, hasta dónde son aplicables las reglas tradicionales de los servicios públicos en base al modelo francés y la *publicatio* española.

Manifiesta que tales transformaciones han generado las siguientes consecuencias: los servicios públicos han dejado de constituir actividad administrativa; no es posible mantener hoy como nota definitoria del servicio la titularidad estatal de la actividad; y en el ámbito nacional, se tiende a reemplazar el modelo francés por el norteamericano, es decir del “servicio público a la regulación”.

“No hay allí presencia soberana del Estado, ni ejercicio general de potestades públicas, ni rasgo fundamental que las separe de otras actividades que realizan los particulares”, dice Mairal²⁰, cuando analiza la situación jurídica de los servicios privatizados. También señala que la intensa reglamentación (incluido el control tarifario) a que tales prestadores estén sujetos, no encuentra su fundamento en la naturaleza administrativa de la actividad, sino en el interés general que ella satisface y la posición prevalente o bien monopólica del prestador, para ratificar constitucionalmente la razonabilidad de la ley que impone tal reglamentación como sucedió en Estados Unidos sin que se calificara generalmente de administrativa a la actividad de dichos prestadores. En definitiva, dice Mairal *“no se puede negar la presencia de un intenso interés general en la prestación de las actividades tradicionalmente consideradas servicios públicos, y la consiguiente preocupación estatal por proteger tal prestación y controlar la manera como ella se lleva a cabo. De allí las prerrogativas jurídicas otorgadas a sus prestadores, que encuentran cierta semejanza con algunas de las potestades de que goza la Administración. Pero equiparar la función de dichos prestadores con la función administrativa, exagerando las notas de derecho público presentes en aquella, no es una consecuencia necesaria del régimen jurídico vigente y conduce a*

¹⁹ Héctor A. MAIRAL, op. cit., pág. 385 y ss.

²⁰ Héctor A. MAIRAL, op. cit., pág. 400.

una ampliación del rol del Estado que la Constitución no exige, aunque ocasionalmente puede imponerla el legislador". Finalmente cuestiona la titularidad de los servicios públicos en manos del Estado, aun cuando admite que en nuestro ordenamiento jurídico la titularidad estatal depende, en cada caso, de lo que establezca el legislador. Ella no nace de la Constitución (como ocurre en Francia) ni es característica necesaria de la ley que regula el servicio (como se ha interpretado en España). Tampoco se desprende de la naturaleza misma de la noción de servicio público²¹.

Frente a la cruda realidad impuesta por la reforma estatal, en nuestro país el Estado ha decidido transferir la prestación de los servicios públicos a los particulares en base al sistema norteamericano e inglés creando entes reguladores para reglar y controlar la gestión de los prestatarios. De allí que Mairal sustente que la copia del modelo referido ha producido el abandono del sistema francés tradicional. Es decir que, del sistema *"servicio público como actividad estatal delegada a los particulares"*, se ha pasado al *"servicio público como actividad privada reglamentada por el Estado"*²².

Para otros prestigiosos autores²³, el servicio público sigue teniendo sus rasgos esenciales, habiéndose vuelto en esta última etapa a la técnica concesional como anteriormente acontecía en nuestro país.

Salomoni²⁴ después de hacer una prolija evolución sobre el tema en nuestro derecho patrio, se inclina por la titularidad estatal de los servicios públicos. Dice que para el caso de los servicios públicos privatizados nuestra legislación consagró una privatización relativa, es decir una "delegación de cometidos o competencia propia" (importa la transferencia desde el sector público al privado, del ejercicio de la competencia que la Administración tiene respecto de cierta actividad). Ratifica la disidencia manteni-

²¹ Héctor A. MAIRAL, op. cit., pág. 415.

²² Héctor A. MAIRAL, op. cit., pág. 418.

²³ Guillermo MUÑOZ, "Servicio público y concesión", Actualidad en el Derecho Público, Buenos Aires, Ad-Hoc, mayo-agosto 1998, pág. 83; Alejandro PÉREZ HUALDE, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 7 y ss., entre otros.

²⁴ SALOMONI, "Aportes para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos", en *Derecho administrativo*, Homenaje a Marienhoff, dirigida por Cassagne, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 823 y ss.

da por Barra y Fayt en el caso “Davaro, Saúl c/Telecom S.A.” del 8 de setiembre de 1992²⁵, respecto del mantenimiento de la titularidad estatal de la actividad, con la sola privatización de la gestión que se denomina “privatización organizativa” a diferencia de la “privatización funcional” que significa transferir tanto la titularidad como la gestión²⁶.

Nuestra Constitución Nacional no resuelve la cuestión sobre quién debe tener la titularidad del servicio. Deja en manos del legislador la solución de esta difícil problemática, aun cuando fije algunos principios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta.

El principio general consiste en promover la libertad de mercado y la iniciativa empresarial. El rol del Estado es subsidiario.

En nuestro país el monopolio de hecho se fundamenta esencialmente en la inconveniencia de duplicar las redes (ferrocarril, agua, electricidad, teléfono), aun cuando ello cambiará en el futuro como consecuencia de las innovaciones tecnológicas.

La disfunción de la “patria empresaria” suscitó la necesidad de recrear el mercado y la apertura a la competencia siempre que sea posible. La desregulación se convierte en una importante herramienta que procura destruir todo tipo de privilegios y paulatinamente reducir, en lo posible, la supervivencia de los monopolios naturales.

El art. 42 de la Constitución Nacional exige al Estado que garantice “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales,” “la calidad y eficiencia de los servicios públicos”.

Nada dice respecto de considerar los servicios públicos como actividad administrativa ni quién es el titular de éstos, sólo impone al Estado el deber de dictar los marcos regulatorios de los servicios públicos.

Es el legislador, entonces, quien debe fijar las normas de juego, disponiendo en cada caso la transferencia o no de la *publicatio*.

La naturaleza jurídica y principiológica de ciertas figuras contractuales o modalidades estudiadas suficientemente por la doctrina nacional y extranjera, deben tenerse presente cuando las normas que regulan los

²⁵ Jurisprudencia Argentina, 1992-IV-72.

²⁶ Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, ob. cit., pág. 287.

servicios públicos sean poco claras y surja la necesidad de acudir a la analogía o a la supletoriedad.

En este orden de ideas, si se utiliza el régimen de la concesión no se puede desconocer que su naturaleza intrínseca implica traspasar al sector privado potestades que le pertenecen al Estado. Distinto es lo que ocurre con la licencia, de origen contractual, salvo que se establezcan reglas propias que se equiparen a la concesión.

Afirma Mata²⁷ que la “regulación” resulta una institución independiente de la caracterización del servicio público que se adopte, ya que funciona en los casos de actividades de “interés general” o de “*public utilities*” o “actividades licenciadas” en nuestro medio.

La clave entonces, es la intensidad o peculiaridad de la regulación que se establezca en cada caso, sin perjuicio de acudir a los principios o a la naturaleza jurídica de ciertos institutos cuando las reglas no sean claras.

Como principio general, salvo excepciones justificadas y fundadas, debe respetarse la libertad de mercado y la sana competencia.

La existencia de monopolios legales o naturales es aceptada por la propia norma constitucional en el art. 42 citado, razón por la cual en casos excepcionadísimos es admisible su presencia, conservando siempre la administración la potestad de regulación y control.

VII. La titularidad del servicio público en Córdoba

Distinto es lo que ha ocurrido en Córdoba sobre la titularidad del servicio ya que conforme al art. 75 de la Constitución Provincial: “Los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la Provincia o a los municipios, pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o de sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas”²⁸.

²⁷ Ismael MATA, “Los entes reguladores de los servicios públicos”, en *El derecho administrativo argentino hoy*, Ciencias de la Administración, pág. 117.

²⁸ Juan Pablo AGÜERO PIÑERO, “Regulación y control de los servicios públicos en la Provincia de Córdoba”, *Revista Foro de Córdoba*, N° 80, pág. 26 y ss.

Consecuentemente, es inexistente en Córdoba el debate que se advierte a nivel nacional sobre la titularidad de los servicios públicos por cuanto es el Estado quien se ha reservado originariamente su dominio.

Por ende, en Córdoba la administración conserva la *publicatio* sustentada por la doctrina española, que por razones de interés general, comporta la transferencia al Estado de la titularidad del servicio como técnica de creación de títulos de propiedad sobre actividades que pueden impedir la libre entrada de la iniciativa privada, total o parcialmente. Es el Estado quien dispone qué área o actividad se somete a la regulación estatal bajo un régimen especial de Derecho administrativo.

La reserva al sector público de servicios esenciales supone un límite a la libertad de empresa²⁹.

Aun cuando la Constitución cordobesa en sus arts. 10 y 67, garantiza la iniciativa privada y toda actividad económica lícita (en concordancia con las leyes 8835, 8836 y 8837), sin embargo, en virtud del mencionado art. 75 de la Constitución Provincial, nada impide que mediante la legislación respectiva se ponga en marcha un servicio público monopólico y aun prestado por el mismo Estado. No obstante, ello debe ser excepcional, fundado y justificado, ya que el principio es el de libertad de mercado y la retirada del Estado como prestador del servicio entregando la gestión a los particulares. Ello se advierte de la interpretación legal de las normativas que reglamentan el art. 75 de la Constitución (*supra* mencionadas).

La reserva de la figura del servicio público en la plenitud de su concepto debe ser sólo para aquellas actividades esenciales. Es el legislador o el administrador en ejercicio de potestades delegadas, quien por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, debe determinar qué sectores o prestaciones constituyen servicios públicos con el régimen jurídico respectivo³⁰.

Asimismo, corresponde al propio legislador en cada caso específico evaluar si transfiere o no la *publicatio*, según la figura contractual que utilice.

Con la transformación del Estado, al despojarse éste de la prestación directa del servicio público, puede utilizar, esencialmente, dos figuras jurídicas:

²⁹ R. GÓMEZ FERRER, "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Entrerría*, Madrid, Civitas, 1991, t. V, pág. 3.808 y ss

³⁰ G. ARIÑO ORTIZ, "Servicio Público y libertades públicas", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Garrido Falla*, Madrid, 1992, vol. III, pág. 115 y ss.

a) Cuando se trate de actividades primordiales para la comunidad cuya titularidad quiere conservar el Estado en exclusividad, la “concesión” aparece como aconsejable pues la *publicatio* sigue en manos de la administración, salvo que expresamente se disponga lo contrario en las pautas reglamentarias o contractuales específicas. Con esta modalidad el titular del servicio sigue siendo el Estado, mientras que la explotación está a cargo del particular.

Los riesgos económicos los asume el particular y la retribución sigue estando a cargo de los usuarios. El concesionario está sujeto a las pautas contractuales y a los poderes exorbitantes de la autoridad concedente³¹.

b) Cuando en cambio, se trate de actividades esenciales para la comunidad pero convenga que paulatinamente se vayan incorporando al mercado y a sus reglas, la figura de la “licencia” puede resultar más apta. Aquí se produce la *despublicatio* ya que la titularidad del servicio se traslada al sector privado, aun cuando el Estado se reserve determinados poderes de control y la fijación de tarifas. Ambas figuras deben respetar los caracteres del servicio como la igualdad, la continuidad, etc., salvo que fundadamente se disponga lo contrario.

No obstante, el servicio básico debe quedar asegurado. Las actividades de interés general en manos de los particulares a través de la autorización, si bien no están obligadas a resguardar los caracteres citados como principio general, el régimen jurídico particular puede imponer la obligatoriedad de todos o algunos. Téngase presente que los llamados servicios públicos “impropios o virtuales” necesitan de una previa habilitación para ser prestados por los particulares, debiendo respetar las normativas de policía que establece la administración. Son, en definitiva, actividades privadas de interés público. En estos casos debe estimularse un régimen abierto respecto a la entrada en el sector de los interesados en prestarlo, sujetos al sistema de “autorización reglamentada”, con obligaciones y cargas atento el mayor o menor interés público que el ejercicio de tal actividad comporta.

La legislación de Córdoba permite separar claramente la potestad de regulación y control, de la de prestación y ejecución del servicio (gestión). La ley 8835, denominada “Carta del Ciudadano”, promueve la iniciativa

³¹ Ignacio VÉLEZ FUNES, “Potestades conferidas por la concesión y sus límites”, en Suplemento de Derecho administrativo y constitucional, Foro de Córdoba, N° 2, pág. 63 y ss.

privada (art. 1º, inc. c), la desregulación de aquellas actividades que admitan la competencia y funcionamiento de los mecanismos del mercado (art. 2º, inc. c) y esencialmente, la separación de los roles estatales de: 1) planificación y adopción de políticas, 2) ejecución y prestación, 3) regulación, 4) control.

Brinda el camino apropiado para que según las características del servicio, en función del interés público y las reglas económicas y técnicas, se vaya graduando la intervención estatal, preservándose coordinadamente la libertad de empresa e iniciativa privada con las potestades del Estado.

Pueden incorporarse las tendencias europeas recientes que distinguen las prestaciones de mercado y las que atañen a un “servicio esencial básico o universal”. Sólo en esta última hipótesis, la reglamentación debe asegurar la prestación obligatoria del servicio con las características analizadas; en los demás casos, lo puede hacer “facultativamente” si lo considera conveniente.

No se debe caer en la tentación de calificar como servicio público a toda una actividad en conjunto, sino que, en la medida de lo posible, deben diferenciarse sus etapas, buscando aplicarse el principio general de la libre competencia. Como manifiesta Ariño Ortiz, en lugar de declarar servicio público al correo, la electricidad, el gas, debe determinarse en cada caso cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público básico o universal, cuya prestación obligatoria hay que garantizar³².

Esto último se ha establecido en la ley 8837 de Córdoba (incorporación del capital privado al sector público) con motivo de la regulación del marco regulatorio de la energía eléctrica (art. 25 y ss.). Aquí se caracteriza como “servicio público”, la distribución, el transporte y la transformación de la energía eléctrica, mientras que la generación ha sido calificada como de “interés general” desregulada.

VIII. Libertad de empresa versus intervención estatal

Es sabido que la *publicatio* comporta una reserva de la titularidad de la competencia en favor de la administración, con la pertinente exclu-

³² Gaspar ARIÑO ORTIZ, op. cit., pág. 266.

sión del sector privado, pudiendo el Estado prestar por sí el servicio o a través de los particulares en un régimen monopólico.

Aquí la libre iniciativa privada se restringe o elimina. Empero, cuando el propio Estado decide la eliminación total o parcial de la *publicatio*, esto es, la supresión de la titularidad pública, la libertad de empresa y la iniciativa privada, en el marco de la competencia, recobran su plena virtualidad jurídica y operatividad práctica.

Es el Estado quien decide por razones de mérito en cada caso concreto si conserva total o parcialmente la *publicatio*. Aun cuando reserve la titularidad, lo mismo puede contar con la colaboración de los particulares. Quien puede lo más puede lo menos. Incluso, aun cuando a ciertas actividades no se las catalogue formalmente como servicio público, nada impide que sean fuertemente reglamentadas por el Estado cuando en alguna intensidad está implicado el interés público.

Una de las problemáticas más debatidas tanto en nuestro país como en el extranjero es determinar en la praxis si el principio de iniciativa privada o libertad de empresa prevalece respecto de la intervención del Estado en la economía, generalmente instrumentada por el poder público mediante la técnica del servicio público o el poder de policía.

Ello se acrecienta en los últimos tiempos porque el abandono del Estado empresario y la eliminación o morigeración de la *publicatio*, han incrementado la participación de los particulares en la gestión operativa de los servicios públicos y de los servicios de interés general.

El ingreso al servicio a través de la concesión, autorización, la licencia, el permiso, entre otras figuras, como la extinción de éstas, quedan sujetos a una mixtura de vinculación jurídico pública y privada, prevaleciendo según el caso una sobre la otra.

En Córdoba, en el caso “Miranda y otros c/ Municipalidad de Córdoba-Amparo”, el Tribunal Superior de Justicia Provincial sostuvo que no es inconstitucional una ordenanza municipal que exige, para la habilitación de agencia de remises, ser propietario o tener contrato para la prestación del servicio en número mínimo de diez unidades, prescribiendo el cupo de un vehículo por cada determinados habitantes³³.

³³ Ver comentarios de: Guillermo BARRERA BUTELER, “El amparo de los remiseros”, Córdoba, La Ley, 1999, pág. 661 y ss.; Carlos RÍOS, “El control de razonabilidad según el Tribunal Superior de Córdoba”, Córdoba, La Ley, 1999, pág. 1.461 y ss.

Esta jurisprudencia sustentó que: a) El servicio de remises es una forma de transporte público, pues participa de mucho de los caracteres propio del servicio público de taxímetros; b) las conductas operativas establecidas por el legislador municipal para regular el funcionamiento del servicio de transporte no son objeto de revisión judicial, si se respeta el límite de jurisdicción y no aparecen desmedidas en función de la naturaleza de la situación planteada y la finalidad que se pretende; c) las limitaciones impuestas por la ordenanza pertinente no son inconstitucionales ni contrarían los preceptos de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional ya que los derechos individuales -en el caso de trabajar y ejercer industria lícita- no son absolutos sino que se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Es indudable que si la actividad está catalogada formalmente como servicio público, la regulación, control e intervención del Estado es insoslayable. Aun si no se tratara de un servicio público esencial, sino de actividades privadas de interés general, de igual modo la intervención del Estado puede ser necesaria para preservar la calidad y correcta satisfacción de la prestación en interés del administrado, usuario o consumidor. No obstante, en todos los casos es dable que la regulación estatal sea razonable, proporcionada y ajustada a la jurisdicción.

La Comisión Europea ha sustentado que “si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado pueden no prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones concretas con el objeto de satisfacer esas necesidades (20 de septiembre de 2000).

Ello concuerda con la Carta Europea de los servicios públicos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que aun con la *despublicatio* y la libertad de empresa, ciertos sectores no dejan de ser servicios públicos o servicios de interés general, que de todos modos pueden ser reglamentados y controlados por el Estado para garantizar la correcta prestación en beneficio de la sociedad.

La iniciativa particular, entonces, puede ser limitada o condicionada cuando el servicio de que se trata ponga en tela de juicio en mayor o menor grado el interés general.

Si bien la Comunidad Europea enarbola la libre competencia, sin embargo el art. 86.2 del Tratado, dispone que existan excepciones al

mencionado principio respecto de “empresas encargadas de la gestión fiscal”, al margen de que sean públicas o privadas. Consecuentemente, excepcionalmente, pueden prestar el servicio empresas públicas o concesionarios con derechos especiales o exclusivos.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sostenido, en el caso “Corbeau” (1993) y “Almedo” (1994), que acepta que por razones de interés público o por razones de otra naturaleza no económicas, se confieran derechos exclusivos que afectan el derecho de acceso al mercado (por ejemplo el otorgamiento de un monopolio legal), cuando fuera indispensable para el cumplimiento de dicha misión.

Esta jurisprudencia sigue vigente en la actualidad, con algunas restricciones, tal como la impuesta en el caso “Ambulant” (2001) que establece que si la concesión de derechos especiales exclusivos afecta parámetros de “eficiencia y calidad” la jurisprudencia “Corbeau” deviene en inaplicable.

En definitiva, como dice Fernández Farreres³⁴, se impone el reconocimiento del carácter instrumental de la libre competencia y la relatividad de su exigencia plena cuando se trata de servicios de interés económico general cuya adecuada prestación debe protegerse por los Estados miembros. Y es que la garantía de aquellas prestaciones, dada su importancia, deben ser satisfechas a todos los usuarios con carácter universal, promoviendo la cohesión social. Ello puede obligar a constreñir el principio de libre competencia y las libertades económicas comunitarias.

En conclusión, con *publicatio* o sin *publicatio*, la libertad de empresa o iniciativa privada puede ser más o menos restringida o limitada cuando por razones de interés público es menester garantizar los consabidos principios de continuidad, igualdad, regularidad, calidad y eficacia, entre otros. En estos ámbitos la libertad individual y de empresa sufre mayores restricciones respecto de su vivencia en otras áreas donde el interés general no es prevalente.

De allí la importancia de la calificación por ley de un servicio público esencial o de interés general, donde la intervención estatal puede limitar o excluir las reglas de la competencia.

³⁴G. FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., pág. 17.

Pero en todos los casos debe ser necesaria, justificada, razonable y proporcional en función de los intereses en juego y respeto de los derechos fundamentales, sin desnaturalizar la iniciativa privada.

Nos recuerda Ariño Ortiz que *“en el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia, para crearla cuando ella no existe o para sustituirla cuando sea imposible su creación [...]”*. Así la regulación siempre será necesaria, pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado³⁵.

En el mismo sentido afirma impecablemente Cassagne³⁶, que la regulación sólo se justifica *“en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria), para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, así como también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados”*.

Más adelante afirma que *“El principio antiregulatorio no impide la regulación de ciertas actividades, cuando no se dan las condiciones para una competencia plena o perfecta, o hay posiciones dominantes en el mercado, o bien cuando existen razones de economía y eficiencia [...]”*.

En definitiva, la regulación es siempre “necesaria” cuando no existe mejor alternativa para salvaguardar el interés público en juego, empero, la razonabilidad de tal decisión debe ser suficientemente explicitada por encontrarnos dentro de un marco de excepción donde el principio general es la desregulación y la libertad de mercado.

³⁵ Gaspar ARIÑO ORTIZ, “Regulación para la competencia”, Revista de Derecho Administrativo, N° 19-20, Buenos Aires, Depalma, mayo-diciembre 1995, pág. 255 y ss.

³⁶ Juan C. CASSAGNE, “El servicio público y las técnicas concesionales”, Revista de Derecho Administrativo, N° 18, Buenos Aires, Depalma, enero-abril 1995, pág. 28 y ss.

IX. El servicio público actual en Europa y Estados Unidos

La Constitución Española si bien consagra el principio general de la libertad de empresa (art. 18), atribuye preponderancia a la iniciativa pública. En efecto, mediante ley se puede reservar al sector público servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (art. 128, inc. 2). Aquí adquiere vigor la *publicatio*.

En Estados Unidos, explica Mairal³⁷, se enfatiza la iniciativa privada, reservando para el Estado un mero rol subsidiario en la economía. Por ello, las actividades que en Europa y en Argentina han sido consideradas servicios públicos, están en manos privadas en Estados Unidos: electricidad, teléfono, gas, gran parte del transporte y la educación.

La *public utility*, noción análoga a la de servicio público, comprende una actividad de interés público siempre que el legislador lo declare como tal. Este sector está sujeto a reglas y controles especiales a través de entes reguladores. Ello sirvió de fuente inspiradora de las innovaciones introducidas en el derecho argentino reciente.

La legislación “antitrust” es esencial en el país del Norte por cuanto el control principal está a cargo del mercado y de la libre competencia. En los casos excepcionales de monopolios naturales la decisión legislativa de limitar la competencia requiere al mismo tiempo de una regulación especial para impedir los abusos.

La actividad declarada sujeta a regulación como *public utility* no se transforma en estatal salvo que la ley excepcionalmente lo disponga. La prestación se otorga generalmente mediante licencia que puede ser revocada en caso de incumplimiento del prestador. El rescate a manos estatales no es aceptado en este sistema salvo que el contrato o la ley así lo dispongan. Subraya Mairal³⁸, que el carácter privado de la actividad no impide que pueda estar sujeta a una minuciosa reglamentación en todo lo relativo al precio que cobra a los usuarios, las relaciones con otros prestadores, la expansión o reducción del servicio, el régimen contable, etc.

³⁷Héctor A. MAIRAL, “La ideología del servicio público”, Revista de Derecho Administrativo, N° 14, Buenos Aires, Depalma, septiembre-diciembre 1993, pág. 377 y ss.

³⁸Héctor A. MAIRAL, op. cit., pág. 382.

Los deberes inexorables a cargo del usuario son los siguientes: obligación de prestar el servicio a quienes lo soliciten, que sea seguro y adecuado a las necesidades, trato igualitario, y precio justo. Sus derechos esenciales son: ganancia prudente, protección contra la competencia, reglamentaciones razonables.

X. El servicio público en Argentina

Hasta fines de la Segunda Guerra Mundial la prestación del servicio público estuvo a cargo de los particulares mediante concesión, licencias, permisos o situaciones de hecho, como ocurría y a veces sigue ocurriendo en el interior donde los servicios están a cargo de cooperativas sin un instrumento jurídico que la autoridad competente haya acordado para su explotación.

A partir de los años cuarenta la mayoría de los servicios públicos se nacionalizan creándose las empresas públicas. El sistema francés terminó por imponerse. La doctrina y la jurisprudencia generalmente consideran al servicio público “propio” como parte de la actividad administrativa cuya titularidad asume el Estado directa o indirectamente por medio de los concesionarios. Esta última importa la delegación parcial del poder público.

La prestación o gestión de los servicios públicos, entonces, puede ser directa o indirecta.

Es directa cuando el servicio es prestado por el mismo Estado a través de sus entes centralizados o descentralizados, desconcentrados, autárquicos, empresas del Estado, etc. La gestión indirecta es la prestada a través de los concesionarios, licenciatarios, locadores, sociedad de economía mixta, cooperativas.

En este marco, siguiendo la postura tradicional francesa, toda declaración de servicio público significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de acción de los particulares³⁹.

³⁹Patricia MARTÍNEZ, en el libro de SARMIENTO GARCÍA Y OTROS, *Los servicios Públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 119.

La titularidad del servicio es del Estado aun cuando pueda ser prestado por los particulares mediante la figura de la concesión.

La reforma del Estado en Argentina, esencialmente instrumentada mediante las privatizaciones, ha generado la transferencia al sector privado del ineficiente rol de empresario prestador de servicios públicos. La ley 23.696 consagra la referida decisión de transferir al sector privado la gestión de los servicios públicos enumerando las empresas sujetas a privatización⁴⁰.

Las modalidades utilizadas para la prestación de los servicios públicos son variadas: otorgar concesiones (ferrocarriles, obras sanitarias Buenos Aires y Córdoba), licencias (transporte y distribución gas natural, teléfonos) y permisos. En algunos casos se mantiene el carácter de servicio público. De lo contrario, se deja sin efecto ese sistema, y se orienta la actividad a la libre competencia (generación de electricidad, etc.) en el carácter de servicios de interés general.

En el marco de la ley de reforma del Estado aparecen dos modalidades genéricas de transferencia: a) la privatización lisa y llana con venta de activos o de acciones; b) el traspaso a través de la concesión, licencia o permiso de los denominados servicios públicos (teléfonos, energía, transporte, gas, agua, etc.).

Los entes reguladores pasan a ser la autoridad de regulación, control y resolución de conflictos. Se crean entonces entes reguladores específicos: del servicio de aguas (ETOS), de la electricidad (ENRE), del gas (ENARGAS), del control de las telecomunicaciones (CNC), de la actividad nuclear, de la regulación del transporte, del sistema nacional de aeropuertos, entre otros.

Estos servicios se prestan también en las provincias conservando la Nación su potestad de regulación y control en el marco de los poderes implícitos del Congreso preceptuados por el art. 75, inc. 13 y 32 de la Constitución Nacional.

⁴⁰ PALAZZO, SESIN, ROLÓN LEMBEYE, *La transformación del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 236 y ss.; ALBERTO SÁNCHEZ, "Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, enero-abril 1995, pág. 83; PASCUAL CAIELLA, "La reforma del Estado y privatizaciones en Argentina", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Buenos Aires, Depalma, septiembre-diciembre, 1992, pág. 653.

En tal orden de ideas, la transformación estatal acaecida en Argentina comporta en síntesis:

1. La retirada del Estado como prestador del servicio, entregando la gestión a los particulares.

2. La reserva de la figura del servicio público sólo para aquellas actividades que considere esenciales. Su interpretación es restrictiva y la tendencia es reduccionista. El legislador es quien decide si transfiere o no la *publicatio*. 3. La promoción de la competencia en el marco de la libertad de mercado.

4. La regulación estatal de los servicios públicos y de interés público respetando el principio de subsidiariedad.

5. La prevención estatal del poder de los monopolios de las empresas, asegurando un servicio eficiente y evitando tratos discriminatorios o abusivos entre los usuarios. La autoridad reguladora debe estar dotada de preparación técnica y tener independencia funcional, debe controlar los diversos sistemas de prestación, promover la competencia donde sea posible, proteger la seguridad, la calidad y el precio, especialmente, cuando existe un monopolio natural.

6. La regulación, en principio, debe ser general, objetiva e igualitaria. No puede otorgar privilegios ni tratos discriminatorios. Las situaciones diferenciales deben estar debidamente fundadas. Pueden distinguirse las actividades razonablemente competitivas y no competitivas, con un tratamiento normativo diferenciado.

XI. Organización y diseño de los servicios públicos en Córdoba

En la provincia de Córdoba al igual que en Europa son tres los esquemas organizacionales que se utilizan para la prestación de los servicios públicos y los servicios de interés general.

a) El sistema de competencia total: se trata de un mecanismo anglosajón mediante el cual la administración reguladora impone un mínimo de obligaciones de servicio público a operadores en un mercado competitivo: servicio de taxis, remises, farmacias, clínicas, entre otros. Este mecanismo de policía implica un refuerzo de la reglamentación y de los controles a cargo del Estado.

b) Es sistema de competencia limitada: se trata de un mecanismo de delegación contractual de servicios públicos. Después de una selección abierta, el contrato público se atribuye a una persona privada que generalmente tiene derechos exclusivos en el sector. Ello ocurre en la actualidad con la concesión del servicio de agua potable en la ciudad de Córdoba en favor de una empresa privada extranjera. El proceso licitatorio ocurrió en 1994. En el mismo sistema encuadra la concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de la red vial de accesos a Córdoba (RAC), y algunos servicios de transportes.

c) Un sistema de no competencia: se trata de empresas públicas que se benefician por vía legislativa de una delegación unilateral del servicio público. Se encuentran en situación de monopolio para la totalidad de la actividad o una parte de ella. Es lo que sucede con la Empresa del Estado de Energía de Córdoba, no obstante que a partir de 1999 el gobierno proyectó su privatización sujeta a un régimen de concesión, que fracasó por la crisis argentina de los últimos tiempos.

A partir de 2000 se sancionaron importantes leyes provinciales que se relacionan con los servicios públicos (en cuya redacción participó el destacado administrativista Ismael Mata). Ellas son: la ley 8835, denominada “Carta del Ciudadano”, la ley 8836 sobre “Modernización del Estado”, y la ley 8837, relativa a la “Incorporación del capital privado al sector público”. Algunos autores critican la técnica legislativa por encontrarse, en esos cuerpos legales, “desperdigadas una serie de normas que debieron estar en un conjunto armonioso, en un capítulo único destinado a los servicios públicos, de modo que usuarios, funcionarios, abogados y jueces no tengan que estar buscando concordancias y remisiones a una y otra ley”⁴¹.

En la primera de ellas, ley 8835 (Carta del Ciudadano), se regulan en el Capítulo 3 los “Derechos de los usuarios de los servicios públicos”.

Allí se prioriza la prestación de los servicios de acuerdo a niveles de calidad y eficiencia, el control y participación de los usuarios (art. 15).

En el art. 18 se instituye la Asociación de Usuarios, que entre otros cometidos representa a éstos en la defensa de sus derechos. Ello concuerda con las atribuciones del Defensor del Pueblo que tutela los intere-

⁴¹ Juan Pablo AGÜERO PIÑERO, “Regulación y control de los servicios públicos”, op. cit., pág. 37.

ses colectivos, aun cuando en Córdoba la legislación no le otorga legitimación procesal. De allí la importancia de fortalecer a las asociaciones de usuarios que tutelan tales intereses, para que en concordancia con el art. 43 de la Constitución Nacional tengan legitimación procesal en los procesos judiciales pertinentes.

El art. 20 regula las audiencias públicas, donde las opiniones mayoritarias, si bien no tienen efectos vinculantes, obligan a la autoridad regulatoria a ponderar sus conclusiones y en caso de apartamiento a indicar el fundamento de la disidencia.

El Capítulo 4 crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, denominado ERSEP. No existe un ente regulador por cada servicio público como ocurre a nivel nacional, sino sólo uno con competencia para regular todos los servicios públicos que se prestan en el territorio provincial, con excepción de los nacionales y municipales que sólo se prestan dentro del ámbito de su propio municipio (arts. 21 y 22).

De tal manera, quedan dentro de la competencia del ERSEP los servicios de agua potable (concesionario privado en Capital y cooperativas en el interior), de energía eléctrica (Empresa del Estado EPEC) y cooperativas en el interior, de transportes intercomunal, de accesos viales a Córdoba, y demás concesiones y permisos de obras y servicios públicos.

Sus funciones primordiales son: a) el dictado de la normativa regulatoria; b) el control y la aplicación de sanciones; c) la solución de conflictos; d) el estímulo a la calidad y eficiencia; e) la aprobación de tarifas (arts. 24 y 25).

El ERSEP es un órgano descentralizado autárquico y está dirigido por un directorio nominado por el Poder Ejecutivo, compuesto por tres representantes del partido gobernante, dos por los partidos mayoritarios de la oposición y un representante de los usuarios. La intervención del ERSEP es previa y obligatoria en caso de controversias que se suscitan con motivo de la prestación de servicios regulados, entre los distintos sujetos previstos en los marcos regulatorios, entre ellos y los usuarios o con todo tipo de terceros (art. 32).

El art. 33 dispone que las resoluciones del ERSEP “causan estado y entiéndese que agotan la vía administrativa, sin necesidad de recurso alguno, pudiendo ser materia de acción contencioso administrativa”. Normalmente los entes reguladores no establecen un recurso de alzada por ante el Poder Ejecutivo con el ponderable objetivo de preservar su naturaleza eminentemente técnica, sin connotaciones políticas.

Los derechos del consumidor se encuentran debidamente protegidos en el Capítulo 5 de la ley 8835.

Se destaca la libertad de elección con precios justos, el funcionamiento de los mercados con libre competencia y posibilidad de control estatal de los monopolios. También se dispone la constitución de asociaciones para la defensa de los usuarios (art. 34).

La autoridad de aplicación es la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa, Consumidores y Comercio, dependiente del Ministerio de la Producción. Tiene funciones de control y vigilancia, y es la autoridad de aplicación de ley nacional de defensa del consumidor 24.240.

Conforme lo preceptuado por el art. 37, las resoluciones condenatorias causan estado pudiendo ser materia de acción contencioso administrativa.

El art. 39 crea el Sistema Provincial de arbitraje de Consumo (CIPAC), que tiene como finalidad resolver -con carácter vinculante- las reclamaciones de los consumidores y usuarios, con relación a los derechos y obligaciones emergentes del régimen de la ley 24.240 y normativas derivadas. El sometimiento de las partes tiene carácter voluntario y la resolución que se dicta tiene el efecto de cosa juzgada.

Según el famoso caso de “Fernández Arias” fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1960 (Fallos 247:646), no se afecta el derecho de defensa cuando voluntariamente se puede optar entre acudir a la justicia o al órgano jurisdiccional administrativo.

La ley 8836 denominada de “Modernización del Estado”, establece en relación al servicio público, que es atribución del Poder Ejecutivo con la posterior aprobación legislativa, descentralizar, incorporar capital privado, desregular, desmonopolizar y/o dar en concesión, licencia u otro título habilitante -en forma total o parcial- los servicios, funciones u obras cuya gestión se encuentra a cargo de entes y organismos públicos. Se reafirma entonces la moderna tendencia que deja en manos del Estado sólo la regulación y el control, no así la gestión o ejecución del servicio a cargo de los particulares en un régimen de sana y transparente competencia.

El Capítulo 6 se refiere a los servicios públicos. Conforme lo previsto por el art. 46, éstos pueden ser prestados directamente por los organismos provinciales o municipales, o por prestadores privados que hayan sido habilitados por la autoridad de aplicación para operarlos mediante concesión, licencia, permiso o autorización.

Se estipulan los derechos y obligaciones de los prestadores y las características del sistema tarifario (arts. 48, 49, 50 y 51).

La ley 8.837 sobre la “Incorporación de Capital Privado al Sector Público”, dispone en el Título II el “cambio de los modelos de gestión”, regulando la tendencia cristalizada en los últimos años respecto de la incorporación de capital privado en forma total o parcial, en las empresas, sociedades o establecimientos pertenecientes al Estado Provincial, aun mayoritariamente. También se prevé su liquidación o su concesión total o parcial.

El art. 17 determina las modalidades concretas para la incorporación de capital privado con relación a las empresas, sociedades, establecimientos o entidades declaradas sujetas a incorporación de capital privado. Su enumeración es enunciativa, pudiendo existir una combinación entre ellas: a) venta parcial o total; b) venta de acciones o cuota partes del capital social; c) venta, locación o administración de las que están funcionando; d) locación; e) administración y/o gerenciación; f) concesión, licencia o permiso.

El art. 19 establece el procedimiento público de selección a fin de determinar la oferta más conveniente, teniendo en cuenta la totalidad de las variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos y la sociedad.

Es indudable que esta normativa se ajusta a los nuevos tiempos y a las modernas tendencias del derecho nacional y comparado, aun cuando constitucionalmente se preserve la titularidad del servicio en manos del Estado.

XII. Conclusión

Es claro que el servicio público se ha reducido pero no extinguido, conserva su finalidad intacta. Sigue sometido a un régimen especial de derecho administrativo, aun cuando se hayan despegado de su seno los servicios de interés general que se prestan en un régimen de competencia donde se aplican las normas y principios de derecho público y privado.

El servicio público no ha desaparecido entonces, se ha “reinventado”, porque han variado sus mecanismos de actuación, las metodologías de intervención del Estado; y lo que es más importante, se ha embanderado

la participación de los particulares en la concreta prestación o gestión operativa del servicio, quedando para el Estado la normatividad de políticas públicas, la planificación y el control, debiendo asegurar siempre el servicio básico esencial y universal.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Ubicación de la materia Derecho de la Navegación en los planes de estudios de la Carrera de Abogacía. III. Análisis de los contenidos de los programas de la asignatura. IV. Bibliografía utilizada para el estudio de la Asignatura. V. Vida y obra de los profesores titulares o encargados de la Cátedra de Derecho de la Navegación (1918-2007). VI. El Instituto de Derecho Aeronáutico e Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación. VII. Conclusiones. VIII. Apéndice documental

I. Introducción

Esta investigación, que es parte de un trabajo mayor sobre la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se inicia en 1791, al crearse la Facultad de Jurisprudencia en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*¹ y concluye en 1999, en oportunidad de la entrada en vigencia del Plan de Estudios 2000, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad, mediante Resolución N° 207/99 de fecha 2 de agosto de 1999.

El proceso reconoce una larga tradición histórica. En 1918, en pleno estallido de la Reforma Universitaria, el Ministerio de Justicia e Instruc-

* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada del 25 de noviembre de 2008.

¹ El tema ha sido tratado por Marcela ASPELL y Ramón Pedro YANZI FERREIRA en *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*, Córdoba, Advocatus, 1993.

ción Pública envió a la Universidad Nacional de Córdoba un nuevo Plan de Estudios. Decía el ministro: “... *la reforma de los planes de estudio vigentes en las distintas facultades se impone como una necesidad impostergable a fin de colocarles a la altura de las exigencias científicas de la época y en concordancia con los progresos de la enseñanza universitaria moderna*”.

El nuevo Plan de Estudios entró a regir en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a partir del año siguiente. Los estudios de derecho comprendían seis años, incorporándose la nueva cátedra de Derecho Comercial Marítimo y Legislación Aduanera, siendo su primer catedrático el doctor Santiago F. Díaz.

En el trabajo se analiza el origen y el desarrollo de los estudios de las distintas planificaciones académicas que registró la asignatura *Derecho de la Navegación* en la Facultad de Derecho. La investigación se realizó compulsando los fondos documentales existentes en los Archivos de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, también es fruto de búsquedas y entrevistas personales a descendientes de aquellos primeros catedráticos, que en muchos casos nos permitieron acceder a sus papeles y archivos particulares para reconstruir aspectos ignorados o pocos conocidos de ellos. El trabajo se completa con el análisis de los contenidos de los sucesivos programas de la materia, la ubicación de la asignatura en los distintos planes de estudios, los elencos bibliográficos más utilizados y la proyección de la labor de la cátedra en el horizonte provincial y nacional como así también las corrientes doctrinarias que orientaron los contenidos de la enseñanza.

También se pasa revista a la actividad cumplida por el Instituto de Derecho Aeronáutico, e Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación, cuyo Reglamento Interno comprendía una sección de Derecho Aeronáutico y Espacial, aprobado por Resolución de Consejo Directivo el 27 de mayo de 1965 bajo el decanato del Dr. Ernesto R. Gavier. Este Instituto fue disuelto el 13 de marzo de 1985 por Resolución N° 2/85 del Consejo Directivo de la Facultad.

Finalmente, se le agrega un apéndice documental con transcripción del primer programa elaborado por el primer catedrático doctor Santiago F. Díaz, cuando la materia se denominaba *Derecho Comercial Marítimo y Legislación Aduanera*, en 1919.

II. Ubicación de la materia Derecho de la Navegación en los planes de estudios de la Carrera de Abogacía

El nuevo plan de estudios entró a regir en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a partir del año 1919. Los estudios de derecho comprendían seis años. El primero incluía el estudio de Filosofía General, Introducción al Derecho y Ciencias Sociales, Derecho Romano y Economía Política. Segundo año comprendía Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional Público y Finanzas. Tercer año agrupaba a Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Constitucional, Legislación Industrial y Obrera y Legislación de Minas y Rural. Cuarto año significaba el estudio de Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Administrativo, Organización Judicial y Procedimientos en lo Civil y Comercial. Quinto año contenía a Derecho Civil, Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, Organización Judicial y Procedimientos Penales, Instrumentos y Registros Públicos, Filosofía Jurídica. Sexto año comprendía por su parte el estudio de Derecho Civil Comparado, Derecho Internacional Privado, Práctica Procesal, Ética Profesional y Cultura Forense, Historia del Derecho Argentino y Sociología. Es decir, en lo que hace a la enseñanza de la asignatura en estudio, ésta se incorporó en el quinto año.

Por decreto del 5 de octubre de 1918 fue confirmado en su respectivo cargo el profesor titular Santiago F. Díaz en la cátedra de Derecho Comercial Marítimo y Legislación Aduanera.

El plan de 1918 organizó los estudios de derecho durante un largo periodo de 24 años. Recién el 16 de septiembre de 1942, se resolvió modificarlo, aplicando un nuevo diagrama: primer año Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales, Introducción a la Filosofía, Derecho Romano I, Derecho Penal I, Economía Política. Segundo año: Derecho Romano II, Derecho Civil I, Derecho Penal II, Finanzas, Derecho Internacional Público. Tercer año: Derecho Civil II, Derecho Comercial I, Derecho Político, Derecho de Minas y Agrario, Derecho del Trabajo. Cuarto año: Derecho Civil III, Derecho Comercial II, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Civil. Quinto año: Derecho Civil IV, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Procesal Penal, Derecho de la Navegación, Filosofía del Derecho. Sexto año: Derecho Civil Comparado, Derecho Internacional Privado, Sociología, Historia del

Derecho Argentino, Ética, Práctica y Cultura del Abogado. Por este plan la materia pasó a denominarse Derecho de la Navegación².

A partir de 1918 y hasta la fecha, como hemos visto, la disciplina se mantuvo en todos los planes de estudios de la carrera de abogacía, como materia obligatoria entre quinto y sexto año.

² En la sesión del H.C.D. del 6 de marzo de 1942, el consejero Alfredo L. Acuña, como profesor de Derecho Marítimo, consultó a ese cuerpo lo siguiente: *“Si al redactar el nuevo programa de su materia para el año en curso, debe incluir el Derecho de Aeronavegación y eliminar la parte relativa a Legislación Aduanera. Se funda en que por el nuevo plan de estudios que se está elaborando, precederán tales modificaciones. Opinan varios consejeros, y por último, queda resuelto que si bien puede agregarse los temas relativos a Aeronavegación, mientras no se opere dicha reforma, no es posible eliminar del programa la parte de Legislación Aduanera”*. Archivo Histórico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (en adelante A.H.F.D.C.), Acta de Sesiones N° 1, Originales 1942.

Posteriormente, en la sesión ordinaria del 2 de setiembre de ese año, bajo el decanato del doctor Jorge Núñez, se trató el proyecto de modificación al nuevo plan de estudios de la Facultad, que fuera formulado oportunamente, por el ex consejero doctor Alfredo Orgaz. El dictamen de la Comisión de enseñanza en lo que hace al estudio de nuestra disciplina, expresa: *“... Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, cambia su denominación por la más comprensible y sintética de Derecho de la Navegación para dar cabida, al análisis de las cuestiones que promueve esta nueva forma de navegación, la aérea, y afrontar de manera sistemática, el estudio de los principios jurídicos que deben gobernar aquélla, como se ha encarado, ya en la Facultad de Derecho de Buenos Aires...”*. (A.H.F.D.C.), Acta de Sesiones N° 14, Originales 1942.

Por último, en la sesión ordinaria del Honorable Consejo Directivo del 16 de setiembre de ese año, y siendo decano el doctor Raúl A. Orgaz, se aprobó la modificación del nuevo plan de estudios de la Carrera de Abogacía. En dicha sesión, al tratar el tema en particular, el consejero Alfredo L. Acuña manifiesta: *“... que quiera hacer resaltar que la denominación Derecho de la Navegación, dada la materia que hoy se llama Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, no es, según el informe de la Comisión de Enseñanza, un simple cambio de nombre sino que implica también una ampliación de su contenido al comprender dentro de sí otros estudios, por ejemplo el Derecho de la navegación aérea. Dice también que el estudio de la legislación aduanera, realizado hoy junto con el del derecho marítimo, es algo absurdo. Tal aproximación ha derivado solamente de la circunstancia de estar las aduanas generalmente colocadas en los puertos. Que, en realidad, el estudio de la legislación aduanera corresponde al curso de derecho administrativo o de finanzas. Que por ello pide se deje expresamente aclarado que la legislación aduanera no tiene cabida dentro del derecho de la navegación, tal como lo ha expresado la Comisión y que debe ser incluida dentro del derecho administrativo”*. Se aprobó por unanimidad la aclaración formulada (A.H.F.D.C.), Acta de Sesiones N° 15, Originales 1942.

En los años 1944 y 1946, el plan de estudios de la carrera de abogacía sufrió nuevas reformas manteniendo la asignatura Derecho de la Navegación, en el quinto año. Tres años después mediante ordenanza N° 149/49 dictada por el Honorable Consejo Directivo regulaba un nuevo plan de estudios, pero con respecto a la materia *Derecho de la Navegación*, la mantuvo en el quinto año.

En la sesión ordinaria del 6 de abril de 1953, el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, resolvió modificar el plan vigente conforme a un nuevo orden disponiendo que la materia *Derecho de la Navegación (Marítimo, Fluvial y Aéreo)* se mantuviera en el quinto año.

El delegado interventor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales dispuso, el 13 de diciembre de 1955, lo siguiente; “*con el fin de cumplir los postulados revolucionarios en materia educacional... y responder a un alto criterio formativo y progresista de superación cultural de tipo eminentemente universitario... habiendo requerido la opinión autorizada de profesores de la casa que por sus títulos y antecedentes, y experiencia universitaria constituyen una garantía de suma experiencia para el logro de los resultados apetecidos... con el objeto que la finalidad profesional no disminuya el propósito altamente cultural que se hace necesario perseguir en la ansiosa búsqueda del hombre que al decir orteguiano, sea capaz de vivir e influir vitalmente según la altura de los tiempos...*”. Reestructuraba los planes de estudios de la carrera de abogacía, manteniendo la Cátedra de *Derecho de la Navegación* en el quinto año.

En 1968, la inclusión por ordenanza 104 de tres cursos de Derecho Comercial (I, II, III, en tercero, cuarto y quinto año, respectivamente), obligó a distribuir las materias del plan de estudios, *Derecho de la Navegación*, pasó a sexto año.

Posteriormente, dos planes de la carrera de abogacía reformaron con diez años de distancia la organización de los estudios de derecho, fueron los planes de 1975 y 1985, respectivamente. En el primero de ellos a la materia *Derecho de la Navegación*, se la incluyó en el quinto año, mientras que en el segundo se la incorporó en el sexto año.

Con el nuevo plan de estudios de la Carrera de Abogacía que fue aprobado por ordenanza del Honorable Consejo Directivo N° 207/99, el 2 de agosto de ese año, la asignatura cambia nuevamente de denominación y pasa a denominarse *Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones*, circunstancia que trajo aparejada modificaciones de los pro-

gramas, como lo veremos más adelante. Debe ser cursada en el decimosegundo semestre de la carrera.

Análisis de los contenidos de los programas de la asignatura

El primer programa de la asignatura *Derecho Comercial Marítimo y Legislación Aduanera*, fue elaborado por su titular doctor Santiago F. Díaz y contaba con 20 unidades. Su contenido privilegiaba el estudio de temas sobre: Concepto moderno del derecho que rige la navegación, la marina mercante, de los buques, embargo de buques nacionales y extranjeros, de las personas -propietarios y armadores-, fortuna marítima y derecho de abandono, agentes auxiliares del comercio marítimo: capitanes y consignatario del navío, personal auxiliar- pilotos y contramaestre, contrato de ajuste y del contrato de fletamento, los efectos del contrato con relación al fletante y fletador, del transporte de pasajeros y contrato de remolque, del contrato de seguro contra los riesgos de la navegación, derechos y obligaciones del asegurador y el asegurado, seguro contra los riesgos del transporte por tierra y por los ríos y aguas interiores, del crédito marítimo y del préstamo a la gruesa, de la hipoteca naval y de los privilegios marítimo, del caso fortuito, de la culpa y el dolo, averías, choques y abordajes, naufragios y asistencia. Legislación aduanera: De los derechos de aduana ante la Constitución; operaciones de importación con procedencia extranjera en las aduanas y receptorías marítimas; operaciones con las mercancías importadas, comercio de cabotaje, operaciones de exportación para ultramar y operaciones de importación en las aduanas terrestres.

Cabe destacar la ausencia del estudio del derecho aeronáutico, ya que en esa época, la disciplina y el propio desarrollo de la navegación aérea se encontraban dando sus primeros pasos.

A nivel internacional, en ese año se concretaba en París, el primer intento de unificación de normas de la navegación por aire³.

³ Convención para la Reglamentación de la Navegación Aérea Internacional. Paris, 13 de octubre de 1919.

En 1923, el programa se modificó parcialmente y fue presentado por el entonces profesor titular interino, doctor Ruggero Mazzi.

Este incluía el desarrollo de 19 unidades, incorporando el estudio y análisis de la navegación marítima fluvial y mixta: su explotación y los privilegios marítimos.

En 1926, se suprime del nombre de la asignatura la palabra *Comercial* denominándose *Derecho Marítimo y Legislación Aduanera*. En ese año, el catedrático doctor Ruggero Mazzi presentó un nuevo programa. Comprendía el análisis de temas, como: Modalidades de la navegación, la explotación de los buques, la responsabilidad del propietario y la responsabilidad del armador-fletador, el abandono, los agentes del armamento, el capitán, el consignatario del buque, el piloto, personal de muelles y marítimo, el sobrecargo, el contrato de fletamento y su ejecución, transporte de pasajeros, el contrato de remolque, contrato de seguro marítimo, los riesgos marítimos, la acción de avería, el abandono o “dejación”, el crédito marítimo, el préstamo a la gruesa, la hipoteca naval, los privilegios marítimos, choques y abordajes, asistencia y salvataje, averías comunes o gruesas, los derechos de aduana ante la Constitución, operaciones con la mercadería importada, comercio de cabotaje, importación, exportación, etc.

Este programa contaba con 19 unidades, siendo el primero que incorpora un anexo bibliográfico de textos, tales como la clásica obra de Pipia, Código de Comercio Argentino, Ripert, Carlomagno, Tulet, Malagarriga, Pessagno, Berlingieri, Mazzi, Revista de Derecho Marítimo y Legislación Comercial, Álvarez y Carlomagno, los artículos y textos incluidos en la *Revue Internationale de Droit Maritime*.

En 1930, bajo la titularidad del doctor Santiago Beltrán, la materia conservó la misma denominación, respondiendo en apretada síntesis, al temario de los programas anteriores. En él no se abordaron temas como: Responsabilidad de los sujetos intervinientes en el negocio marítimo. Continúa sin tratarse el derecho aeronáutico.

Constaba de 11 unidades y un anexo bibliográfico con las obras de Segovia, Malagarriga, Desjardins, Pardessus, Boistel, Supino, Vivante.

En 1947, el programa en estudio fue sustancialmente modificado por el entonces, catedrático doctor Enrique Otero Caballero, pasando la materia a denominarse *Derecho de la Navegación*, producto seguramente de la influencia de la Escuela Napolitana, fundada por Antonio Scialoja, que propugnaba la unión del derecho marítimo y aeronáutico, objetivo que

se vio plasmado con la sanción, en Italia, del *Codice della Navigazione*, el 30 de marzo de 1942. Este trata en su primera parte la navegación por agua y en la segunda, regula la navegación aérea; trayendo aparejado una importante innovación al incorporar temas sobre: derecho de la navegación, libertad de navegación, concepto de la nave, relaciones entre el propietario, concepto y efectos, del capitán, de los pilotos, prácticos, contramaestres y sobrecargos, del ajuste de la tripulación, revocación del viaje, venta y apresamiento de la nave, enfermedad, heridas y muerte del hombre de mar, contrato de fletamento, conocimiento, forma y prueba, derechos y obligaciones del fletante, contrato de remolque, transporte de personas, de las averías y de la contribución, abordajes, asistencia y salvamento, arribadas forzosas, contratos de seguros contra los riesgos de la navegación, efectos del contrato de seguro, crédito marítimo, del contrato a la gruesa, de los créditos privilegiados, prescripción liberatoria, derecho aeronáutico, concepto de la aeronave, circulación aérea, paso de fronteras, rutas aéreas, transporte aéreo, responsabilidad emergente del transporte de personas o cosas, seguros, circulación aérea sobre los mares, el hidroavión, acción internacional en la navegación aérea, etc.

Constaba de 20 unidades y un elenco bibliográfico que incluía los textos de Bedarride, Brunetti, Carlomagno, Danjon, Desjardins, De Valroger, Farina y Olando, Gamechogoycochea y Alegría, Godímez, Lyon Caen et Renaut, Maude and Pollock, Malagarriga, Oribe, Obarrio, Pipia y Ripert.

De este modo se incorporó en el plan de estudios de la carrera de abogacía, la enseñanza del derecho aeronáutico, dedicando a su estudio las últimas 6 unidades del programa referido. Ante esta *convivencia forzada*, comienza a incorporarse el tema tantas veces debatido: *Autonomía*.

Asimismo, se suprimió el estudio de la *legislación aduanera*⁴ y se mantuvo, a grandes rasgos, los aspectos del *derecho marítimo* contenidos en los programas analizados anteriormente.

En 1952, el catedrático doctor Enrique Otero Caballero presentó un nuevo programa para la enseñanza de la materia *Derecho de la Navegación*. Comienza así, el estudio del derecho marítimo y del derecho aeronáutico en cada una de las unidades: analizando por separado, temas,

⁴ Téngase en cuenta que el primer hombre enviado al espacio fue el soviético Yuri Gagarin en 1957.

como los de jurisdicción, competencia y ley aplicable en ambas disciplinas. Asimismo, intensifica el estudio de las distintas convenciones internacionales, sobre cuestiones marítimas y aeronáuticas. Se incluyó, además, el estudio de organismos internacionales dedicados a la temática de la navegación.

Constaba de 20 unidades y no contenía textos bibliográficos para la enseñanza de la disciplina.

En 1956, cuando la titularidad de la cátedra era ejercida por el doctor Alfredo L. Acuña, volvió a cambiarse la denominación de la materia por *Derecho de la Navegación Aeronáutica y Marítima*. El programa le dio una mayor extensión a la navegación por aire, a pesar de haber nacido varios siglos después de la marítima y haber adoptado la mayor parte de sus principios e instituciones.

Sus contenidos analizaban temas atinentes a derecho de la navegación, derecho aeronáutico, la circulación aérea, aeronaves, hipoteca y privilegios, embargos, personal aeronáutico, comandante de aeronave y tripulación de vuelo, transporte aéreo, de pasajeros, de equipajes, de mercancías y postal, seguros aeronáuticos, derecho marítimo, libertad de la navegación, buques, personal marítimo, oficiales y gente de mar, agentes terrestres del armador, contrato de fletamento, operaciones sobre mercaderías embarcadas, contrato de pasaje, contrato de remolque, accidentes marítimos, recuperación de despojo, etc.

Cabe destacar que el programa comprendía una unidad dedicada al *Derecho de la Navegación*, siete unidades al tratamiento del *Derecho Aeronáutico* y once unidades a temas vinculados del *Derecho Marítimo*, sin incorporar bibliografía para el estudio de la asignatura.

En el período comprendido entre 1957 y 1964, el contenido de todos los programas de la materia se mantuvo sin cambios, pero a partir de ese momento, el estudio de la disciplina se completó con la incorporación del *Derecho Espacial*. Se destaca, asimismo, la inclusión de una unidad destinada a delitos aeronáuticos.

Constaba de 20 unidades y no contenía elenco bibliográfico.

En 1969 continúa ejerciendo la titularidad el doctor Alfredo L. Acuña y la asignatura en estudio, vuelve a cambiar su denominación por *Derecho de la Navegación - Derecho Aeronáutico - Derecho Espacial - Derecho Marítimo*. A partir de ese año, se suprime la primera unidad dedicada a las generalidades del *Derecho de la Navegación*, comienzan-

do con el estudio del *Derecho Aeronáutico*. Se individualiza el *Derecho Espacial* como separado del anterior⁵.

Constaba de 20 unidades y no incorporaba los textos para el estudio de la disciplina.

En 1974 el programa fue elaborado por el catedrático Manuel Augusto Ferrer (h). La materia cambió nuevamente de denominación por *Derecho de la Navegación Marítima, Aérea y Espacial*. Se incorporaron temas atinentes a: régimen jurídico de las comunicaciones espaciales, vías satélites, radiodifusión por satélite de recepción directa, etc.

Constaba de 27 unidades y no contenía elenco bibliográfico alguno. A pesar de mantener la singularidad del sustantivo *Navegación*, el estudio de la materia se completó analizando las tres ramas por separado, precedidas por la palabra derecho.

A los dos años siguientes se modificó nuevamente el programa, incorporándose el estudio de: la teledetección de los recursos naturales de la tierra por medio de las técnicas espaciales, régimen jurídico de la energía solar, etc., agregándose para ello, una nueva unidad.

En la década de los noventa, precisamente en 1993, se creó la segunda Cátedra de la materia, y a partir de ese momento vuelve a denominarse *Derecho de la Navegación*, pero esta vez, su enseñanza abarcaba no sólo el Derecho Marítimo y el Derecho Aeronáutico, sino también, el Derecho Espacial.

El programa de la Cátedra “A” fue diseñado por el entonces catedrático doctor Pedro Delich, y comprendió el estudio de temas vinculados con el Derecho Aduanero, agregando además, la temática del Mercosur y nuestra política naviera, proteccionismo, ventas marítimas, el crédito documentado política naviera, etc., privilegiando la importancia de la materia en el comercio exterior.

En cuanto al contenido del programa de la Cátedra “B”, bajo la titularidad del doctor Luis Romero Basaldúa, mantiene en líneas generales los

⁵ A nivel internacional ya se habían consagrado los principios de esta disciplina en lo que se denomina la *Carta Magna del Derecho Espacia: el Tratado del Espacio o Tratado del 27 de Enero de 1967*, instrumento generado en el seno de la subcomisión de asuntos jurídicos de la Comisión de las Naciones Unidas, sobre la utilización del Espacio Ultraterrestre, con fines pacíficos.

contenidos que se habían tratado en el programa anterior y la división de la disciplina en: generalidades, espacios, vehículos, personal, contratos, ventas marítimas y comercio exterior, responsabilidad, accidentes, seguros, etc.

Con el nuevo plan de estudios aprobado por resolución del Honorable Consejo Directivo N° 207/99 del 2 de agosto de ese año, la asignatura cambia de denominación y pasa a llamarse *Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones*, circunstancia que trajo aparejada las modificaciones de los programas ya señalados y se estableció como contenido mínimo de la materia, el siguiente: *Aspectos Conceptuales. Espacios Navegables. Puertos. Infraestructura Aérea. Vehículos. Crédito naval y aéreo. Personal de la navegación. Contratos de utilización de Buques y Aeronaves. Transporte Marítimo y Aéreo. Transporte Multimodal. Ventas a distancia. Comercio externo y Operación Portuaria. Responsabilidad en el derecho de la navegación. Accidentes. Averías Comunes. Seguro Marítimo y Aéreo. Jurisdicción, Competencia y ley Aplicable. Ilícitos en el derecho de la Navegación. Política Naviera y Aérea. Telecomunicaciones- Conceptos generales. Régimen jurídico.*

A partir del 2000, fecha en que entraron en vigencia los actuales programas, se genera una peculiar transformación; de ese modo el programa de la Cátedra “A” elaborado por la doctora Graciela Rubiolo de Lucero, se divide en 20 unidades, destinadas al análisis de temas, tales como: el transporte, transporte y procesos de integración regional, derecho marítimo, espacios acuáticos, régimen de puertos, buque, el crédito naval, personal marítimo, personal terrestre, personal embarcado, contratos marítimos, responsabilidad marítima, el riesgo marítimo, abordaje, asistencia y salvamento, averías, seguros marítimos, derecho aeronáutico, seguridad aérea, infraestructura aeronáutica, aeronaves, personal aeronáutico, aeronáutica comercial, contratos aeronáuticos, responsabilidad en el derecho aeronáutico, el riesgo aeronáutico, búsqueda, asistencia y salvamento, averías gruesas, el seguro aeronáutico, transporte terrestre, responsabilidad del transportador terrestre, transporte multimodal, derecho de las comunicaciones. Los elencos bibliográficos incluyen las obras de Bloch, Cámara, Fernández Raymundo y Gómez Leo, Ferrer, Ford, González Lebrero, Lena Paz, Montiel, Ravina, Rodríguez Jurado, Romero Basaldúa, Simona, Videla Escalada, etc.

En cuanto al contenido de la Cátedra “B” a cargo del doctor Luis César Romero Basaldúa, se divide en 25 unidades, dedicadas al estudio

de temas, tales como: teoría general del derecho de la navegación, el derecho marítimo, el derecho aeronáutico, el dominio marítimo y el derecho de la navegación, el espacio aéreo, circulación ordenada y segura en nuestras aguas jurisdiccionales, régimen de puertos, seguridad en la navegación, contaminación de las aguas navegables, circulación aérea, infraestructura aeronáutica, crédito naval, hipoteca naval, privilegios marítimos, sistemas de garantía sobre la aeronave, personal marítimo, régimen de abordaje, personal aeronáutico, contrato de ajuste, derecho y obligaciones de los tripulantes, ajuste, derecho aeronáutico y normas laborales, contratos marítimos, comercio exterior y operativa portuaria, descarga y entrega de mercaderías, responsabilidad del derecho marítimo, responsabilidad en el derecho aeronáutico, responsabilidad en el transporte multimodal, responsabilidad en el derecho espacial, responsabilidad del Estado en casos de accidentes de aviación, responsabilidad de los organismos de control de tránsito aéreo, responsabilidad del constructor de aeronaves, política naviera, banderas de conveniencia, transporte internacional por aguas, navegación de cabotaje, política aeronáutica, derechos aerocomerciales, política espacial, contratos de transporte terrestre y multimodal, concepto jurídico de telecomunicación, organismos internacionales, comunicación nacional de telecomunicaciones, problemática jurídica de Internet, etc. La bibliografía utilizada mantiene los textos de Romero Basaldúa, Montiel, González Lebrero, Simona, Ray, Lena Paz, Videla Escalada, Rodríguez Jurado, Ferrer, Bengolea Zapata, Maldonado, Ortiz de Guinea, Talavera, etc.

Es decir, con el nuevo plan de estudios, la Cátedra “A” presentó un programa abocado al estudio del *Derecho de los Transportes y las Comunicaciones*, sin tratar el Derecho Espacial excepto en la última unidad sobre las Comunicaciones. Mientras que la Cátedra “B” ha mantenido básicamente la estructura y el contenido del programa elaborado para el plan de estudios 104/56 y sus modificatorias, incorporando el tratamiento del Transporte Terrestre. Mantiene el estudio del Derecho Espacial en general, privilegiando la temática marítima.

En relación a la Cátedra “C”⁶ cuando estuvo a cargo de la entonces titular interina profesora Verónica Zamzem, adoptó el programa de la disciplina diseñado para la Cátedra “A”.

⁶ Por Resolución N° 166/05 dictada por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho se creó la tercera cátedra de la asignatura de Derecho de la Navega-

En la actualidad, el estudio de la legislación aduanera no se incluye en la enseñanza de la disciplina en estudio, sino en el programa de otra materia curricular de la Carrera de Abogacía: el Derecho Tributario, en su Unidad XV, correspondiente al análisis de los tributos aduaneros.

Bibliografía utilizada para el estudio de la asignatura Derecho de la Navegación

AGUIRRE RAMÍREZ, Fernando y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de derecho del transporte. Parte general*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

- *Curso de derecho del transporte. Transporte terrestre*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
- *Curso de derecho del transporte. Transporte marítimo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, 2001 y 2002, ts. 1, 2 y 3.
- *Curso de derecho del transporte. Transporte aéreo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- *Curso de derecho del transporte. Transporte multimodal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- *Derecho internacional marítimo en el MERCOSUR*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997 y 1998, ts. 1 y 2.

ÁLVAREZ Y CARLOMAGNO, Buenos Aires.

ASQUINI, *Del transporte terrestre*, Buenos Aires, 1949.

BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ, Alejandro, *Derecho del transporte terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, Santiago de Chile, Libromar, 2002, ts. 1 y 2.

BEDARRIDE, J., *Droit Commercial. Commentaires du Code de Commerce*, París, 1859.

ción, Transporte y Comunicaciones inicialmente a cargo del profesor Guillermo Carlos Ford. Este renunció el 20 de octubre de 2005; renuncia que fue aceptada por resolución decanal *ad referendum* del Honorable Consejo Directivo N° 1338-05. Actualmente la dirección de la cátedra es ejercida por la profesora abogada Giselle del Carmen Javurek.

BENGOLEA ZAPATA, Jorge, *Derecho de la navegación y derecho aeronáutico*, Córdoba, Lerner, 1993.

- *Teoría general del derecho de la navegación*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.

- *La doctrina en el derecho de la navegación argentino*, Córdoba, Lerner, 1991.

BERLINGIERI, Giorgio, *Il contratto di noleggio*, 1926.

BLOCH, Roberto, *Transporte multimodal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

BOISTEL, A., *Manual de droit commercial*.

BRUNETTI, A., *Del comm. marítimo é della navigazione*, Milán, 1920.

CÁMARA, Héctor, "Contrato de transporte de cosas", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1944.

CANOSA, Armando, *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Buenos Aires, Abaco, 2002

CARLOMAGNO, Juan, C, *Manual de derecho marítimo*, Buenos Aires, 1923, vol. 1.I.

CASTILLO, Ramón, *Curso de derecho comercial*, Ariel, 1948, ts. 1 y 2.

CAÜNNIER, H.A., *Elementos creadores del derecho aéreo*.

COSENTINO, Eduardo T., *Régimen jurídico del transportador aéreo*, Buenos Aires, Abeledo, 1986.

CÓDIGO AERONAÚTICO Y UN EJEMPLAR DE LA LEY DE NAVEGACIÓN N° 20.094.

CÓDIGO DE COMERCIO ARGENTINO, Libro III.

CHAMI, Diego Esteban, *La protesta aeronáutica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.

DANJON, D., *Traité de droit maritime*.

DESJARDINS, *Traité de droit commercial maritime*.

DE LAURENS DE LA BARRE, G., *La circulation aeriennne et les bases de sa réglementation internationale*.

DE VALROGER, *Droit maritime*.

DIEZ, Manuel M, *Régimen jurídico de la comunicaciones*, ts. 1 a 3, Menéndez, 1936; t. 4, Buenos Aires, Abeledo, 1942.

DUGUIT, L., *Sauvéraineté et liberte*.

FARINA Y ORLANDO, *Derecho marítimo*.

FAUCHILLE, P., *Traité de droit international publique*.

- FERNÁNDEZ, Raymundo, *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, Buenos Aires, Cía. Impresora Argentina, 1943-1952.
- “Transporte Terrestre de Personas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1967, t. III.
 - *Curso teórico práctico de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- FERNÁNDEZ BRUTAU, “Derecho aeronáutico”, en *Elementos de derecho comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- FERRER, Manuel A (h), *Derecho espacial*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
- FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho comercial argentino. Parte general*, Buenos Aires, 1969.
- FORD, Guillermo Carlos, ORTEGA, José y CUADRA, Eladio, *Introducción al derecho aeronáutico, espacial y de la telecomunicaciones*, Córdoba, M. García, 1996.
- GAGGERO, Eduardo, *Derecho de los transportes terrestres, acuáticos y aéreos*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2001.
- GALARCE, Ricardo, *Derecho marítimo*, Dovile, 1940.
- GALDÓS, Jorge M., “El transporte en la Suprema Corte de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños* N° 7, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000.
- GAMECHOGOYCOEHEA Y ALEGRÍA, F., *Tratado de derecho marítimo español*.
- GODIMEZ, M., *Elementos de derecho marítimo español*.
- GÓMEZ, LEO O., *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo, *Manual de derecho de la navegación*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 1998-2000, ts. 1 a 4.
- HERMIDA, Julián, *Derecho espacial comercial, Aspectos internacionales, nacionales y contractuales*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- LEE, Laurie y LAMBERT, David, *El maravilloso mundo del transporte*, trad. De Novella Domingo Juan, Madrid, 1971.
- LENA PAZ, Juan A., *Compendio de derecho aeronáutico*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987.
- *Ley de Navegación comentada*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1990.
- LYON CAEN ET RENAULT, *Traté de droit comercial*.

- MALAGARRIGA, Carlos C., *Código de Comercio*, vols. VI-VII-VIII.
- MALDONADO, Jorge Douglas, *¿Existe un derecho aeronáutico autónomo?*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.
- MALLER, N., "*The Law of Civil Aviation*".
- MALVAGNI Atilio, *Curso de derecho de la navegación*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- MARTORELL, Jorge, "Modalidades actuales del transporte, Problemas jurídicos", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* N^{ros} 49 a 54, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- MAUDE AND POLLOCK, A., *Compendium of the law of merchant shipping*.
- MAZZI, Ruggero, *Aportes para el "Código del Trabajo de la gente de mar"*, Córdoba, 1925, vol. 1.
- MENDONÇA, Fernando, *Direito dos transportes*, San Pablo, Saravia, 1990.
- MOHORADE, Alfredo, "Limitación de responsabilidad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002, t. 1.
- *Arbitraje*, Córdoba, Lerner, 2002.
- MONTIEL, Luis Beltrán, *Curso de derecho de la navegación*, Buenos Aires, Astrea, 1975, reimpresión 1992.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, "Daños en el transporte", *Rev. de Derecho de Daños* N° 7, Santa Fe, 2000.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y ROSATTI, Horacio, *Regulación del tránsito y del transporte automotor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1992.
- MUÑOZ, L., *Derecho comercial. Contratos*, Buenos Aires, 1960.
- OBARRIO, M., *Curso de derecho comercial*.
- ORIBE, F. I., *Curso de derecho marítimo*.
- ORTIZ DE GUINEA, Federico, *Crítica al segundo Código Aeronáutico Argentino*, Santa Fe, Universidad Nacional de Litoral, 1970.
- PALLARES, Beatriz, "Transporte en el MERCOSUR", *Jurisprudencia Argentina*, t. III 1997.
- "La regulación internacional del transporte carretero en el MERCOSUR", en *Revista de Derecho de Daños* t. 7, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- PARDESSUS, *Colección de lois maritimes antérieures au XVIII siècle*.
- PESSAGNO, Atilio, *Política comercial y legislación aduanera y fiscal*, Buenos Aires, 1921, vol. I.

- PIPIA, Humberto, *Il trattato di noleggio e la polizza di carico*, Torino, 1893.
- *Trattato di diritto marítimo*, Milano, 1924, vol. 2.
- RAVINA, Arturo Octavio y ZUCHI, Héctor A., *Régimen del transporte multimodal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- RAY, José Domingo, *Derecho de la navegación*, Buenos Aires, Abeledo, 1992/1994.
- *Revista de Derecho Marítimo y Legislación Comercial*.
- REVUE INTERNACIONAL DE DROIT MARÍTIME, París.
- RIPERT, Georges, *Droit maritime*, París, 1922, vol. 3.
- RIVAROLA, M., *Tratado de Derecho Comercial argentino*, Buenos Aires, 1940.
- RODRÍGUEZ JURADO, Agustín, *Teoría y práctica del derecho aeronáutico*, 2ª ed., actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- ROMERO BASALDÚA, Luis C., *Derecho marítimo*, Córdoba, Lerner, 1996, 2 tomos.
- *Manual de derecho marítimo*, 2ª ed. actualizada, Córdoba, Nys, 1977.
 - *Delitos aeronáuticos*, Córdoba, Lerner, 1982.
 - *Temas de derecho de la navegación marítima y aérea*, Córdoba, Lerner, 2001.
 - *Los agentes marítimos*, Córdoba, Lerner, 2005.
 - *Gente de mar. Contrato de ajuste*, Córdoba, Lerner, 2005.
 - *Responsabilidad del transportador de mercancías por agua*. Córdoba, Lerner, 1982.
- ROMERO CARRANZA, Fernando, “La ley 24.093 y el nuevo régimen de puertos y terminales portuarias. Sus efectos respecto de las responsabilidades en el transporte marítimo”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, 2002.
- RUIZ MORENO, *Derecho público aeronáutico*.
- SAGARNA, Fernando, *Responsabilidad civil por el transporte terrestre de pasajeros*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo, *Telecomunicaciones. Marco regulatorio*, Buenos Aires, El Derecho, Ediciones Sudamericanas, 2002.

- SCHULDREICH TALLEDA, Héctor, *Derecho de la Navegación*, Coop. de Derecho y Cs. Sociales, 1963.
- SECRETARÍA DE TRANSPORTE DE LA NACIÓN, *Historia del transporte en la Argentina*, Buenos Aires, 1999.
- SEGOVIA, Lisandro, *Comentario al Código de Comercio de la República Argentina*.
- SEMESTRES, *Droit maritime et droit fluvial*.
- SILVA COSTA, J., *Direito commercial marítimo, fluvial y aéreo*.
- SINTONE, Osvaldo Blas. *Compendio de derecho de la navegación*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- *Privilegios marítimos e hipoteca naval. Convención de 1993*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
 - *Seguros marítimos*, Buenos Aires, La Ley.
- SUPINO, *Manual de derecho comercial*.
- TALAVERA, Haydée Susana, *Privilegios en el Derecho de la Navegación argentino*, Buenos Aires, 1971.
- TAU ANZOÁTEGUI, Carlos. *Derecho de la Radiodifusión. Interpretación jurídica y política*, Buenos Aires, Abaco.
- TEXTO DE CÁTEDRA DEL SUSCRITO, *Compendio de derecho de la navegación - Marítima, aeronáutica y espacial*, dos tomos, 1996.
- TULET, Eugene, *La législation des gens de mer et l'adoption nécessaire du droit ouvrier maritime aux exigentes de la marine marchande moderne*, París, 1924, vol. I.
- VÁZQUEZ FERREIRA Roberto y FISCELLA María, *Contrato de transporte*, Rosario, 2000.
- VERMOND, E., *Droit maritime*.
- VIDELA ESCALADA, Federico, *Derecho aeronáutico* (Tratado 5 tomos), Buenos Aires, Zavalía, 1975, 1976, etc.
- *Manual de derecho aeronáutico*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- VIVANTE, *Código de Comercio de la República Argentina*.
- *Manual de derecho comercial*.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio y leyes complementarias comentadas y concordadas*, Buenos Aires, 1964/1981.
- ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Responsabilidad por daños a personas y causas en el contrato de transporte aéreo. Marítimo. Terrestre*, Buenos Aires, 1979.

Vida y obra de los profesores titulares o encargados de la Cátedra de Derecho de la Navegación (1918-2007)

A continuación, se especifica una reseña biográfica de la obra científica y académica más sobresaliente de los profesores titulares y encargados de la materia Derecho de la Navegación.

*Santiago F. Díaz*⁷

Nació el 1 de mayo de 1879, en la ciudad de Córdoba, hijo de Alejandro Díaz y Agustina Díaz. Casado con Helima Biale Laprida.

Egresó de la Universidad Nacional de Córdoba con el título de abogado. Más tarde obtuvo el grado de doctor el Derecho y Ciencias Sociales en esa casa.

Fue profesor de las materias Geografía y Filosofía en el Colegio Nacional de Monserrat, en el periodo 1905-1920.

El 17 de abril de 1907 fue designado profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue catedrático de Historia de las instituciones representativas en esa unidad académica hasta el 30 de septiembre de 1918.

El 1 de octubre de 1918 fue nombrado profesor de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, convirtiéndose en el primer catedrático de esa asignatura. Su desempeño docente ejerciendo la titularidad de esa cátedra se extendió con algunas interrupciones hasta el 31 de mayo de 1923.

Miembro del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

⁷ Véase Ramón Pedro YANZI FERREIRA, "Tomás Miguel Argañaraz y la primera planificación académica para la enseñanza de historia del derecho en la Facultad de

Dejó una producción bibliográfica, entre cuyas obras podemos mencionar: *Hijo del obrero*, conferencia leída en homenaje a Monseñor Zenón Bustos; *Lisandro Segovia comercialista*, Córdoba, Instituto de Derecho Civil, 1941; *Universidad y la Ciencia Política*, Córdoba, Tipografía Cubas, 1925.

Ruggero Mazzi

En 1914 alcanzó el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, siendo decano el doctor Juan Carlos Pitt. Su tesis doctoral se tituló: “*Los menores delincuentes ante la ley*”, *Ensayo de ortopedia moral*. El tribunal examinador estuvo presidido por el doctor Julio Rodríguez de la Torre, y lo integraron como vocales los doctores Luis E. Rodríguez, Tomás Miguel Argañaraz, Lisandro Novillo Saravia y Pastor Achával.

Como replicantes, intervinieron los doctores Luis J. Posse y Enrique Martínez Paz y los señores Gregorio Sandoval (h) y Valerio Sibilat. Padrino de tesis fue el doctor Nemesio González, quien se desempeñaba como presidente de la Cámara Federal de Córdoba.

Fue profesor titular de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Miembro del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Entre sus publicaciones se destacan *Los menores delincuentes ante la ley*, *Ensayo de ortopedia moral*, Córdoba, Ed. La Italia, 1914; *Cuestiones de derecho marítimo*, *Aporte para el Código del Trabajo de la Gente de Mar*, Córdoba, Ed. A. Biffignandi, 1925; *Perfiles Literarios: Carducci- Pascoli- D’Annunzio*, Imprenta de la Universidad, 1927; *Responsabilidad de los armadores y cláusulas que la limitan*, Córdoba, Ed. A. Pereyra, 1924; traducción de la obra *Instituciones de derecho comercial*, de César Vivante, Córdoba, Instituto Cristóbal Colón, 1928.

Santiago Beltrán

Nacido el 12 de agosto de 1871, era hijo de don Santiago Beltrán y de doña Balbina Figueroa. Casado en primeras nupcias con doña María Eugenia Gavier.

Obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con una tesis sobre “*Breve comentario al Contrato de Anticresis*”.

Profesor titular de Derecho Comercial I.

Profesor titular de Historia de las Instituciones representativas.

En 1935 asumió interinamente el cargo de decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.

En el período de 1928 fue profesor interino de Derecho Marítimo y Legislación aduanera, por licencia del titular de la cátedra, doctor Ruggero Mazzi hasta 1938.

Fue profesor interino de Derecho Internacional Público desde el 1 de junio de 1904 hasta el 30 de noviembre de 1904.

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Enrique Julio Otero Caballero

Nacido en la ciudad de Córdoba, el 12 de marzo de 1888. Hijo de Juan Otero Sánchez y doña Rosa Caballero. Casado en primeras nupcias con Selva Pizarro.

Obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Profesor titular de la Cátedra del Derecho de la Navegación en esa casa de altos estudios.

Director del Instituto de Derecho Aeronáutico.

En 1930 fue secretario de la Honorable Cámara de Diputados.

Entre sus publicaciones podemos mencionar: *Particularismo del derecho de la navegación y la naturaleza jurídica de sus instituciones*, Córdoba, La Universidad, 1948; *Ley 3481 de Reforma al Código Procesal en materia Civil y Comercial: Antecedentes de su sanción*, Córdoba, Ed. Pereyra, 1930.

Falleció el 9 de septiembre de 1955.

Alfredo Luis Acuña

Nació en la ciudad de Córdoba el 9 de setiembre de 1909, hijo de Juan Carlos Acuña y Carlota Novillo. Casado con Emma Leticia Aguiar.

En 1932, se graduó con el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Alcanzó, en 1936, el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con una tesis intitulada: “*Ensayo de unificación de la teoría de la culpa en el Derecho Marítimo*”.

Ejerció la titularidad de la Cátedra de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica en esa unidad académica desde 1938 hasta 1946 y desde 1958 hasta 1974.

Fue miembro del Honorable Consejo Directivo de esa Facultad (1941-1944 y 1945-1946).

Fue profesor de Geografía General de Europa en la Escuela Superior de Comercio de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor de Geografía Argentina en el Colegio San José de Córdoba.

En 1957 fue nombrado decano de la Facultad de Derecho hasta el 9 de octubre de 1962.

Fue designado director del Instituto de Derecho Aeronáutico y del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación.

En 1973 fue designado representante de la Facultad para integrar la Comisión Organizadora de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación a realizarse en la ciudad de Santa Fe.

Fue delegado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba al Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial y X Congreso Nacional de Derecho Aeronáutico en 1940 y 1942 respectivamente.

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Miembro de la Sociedad Geográfica Americana (Buenos Aires), The National Geographic Society (Washington), de la Asociación Argentina de Cultura Británica Córdoba) y del Instituto de Intercambio Cultural Argentino-Norteamericano (I.I.C.A.N.A. Córdoba).

Participó en congresos, jornadas, simposios locales y nacionales de la especialidad.

Colaboró en numerosos artículos de revistas y publicaciones, entre los que sobresalen: “Ensayo de unificación de la teoría de la culpa en el derecho marítimo” en 1936; “Examen crítico sobre la institución del abandono” de 1937; “Hidrografía de Europa” de 1942; “Responsabilidad del propietario-armador en el transporte marítimo” en 1946; etc.

Manuel Augusto Ferrer (h)

Nació en la ciudad de Córdoba, el 3 de abril de 1930. Casado con Ana Corina Minetti.

En 1954 egresó como abogado y en 1969 alcanzó el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.

Catedrático de Derecho de las Navegaciones Marítima, Aérea y Espacial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesor de Derecho de la Navegación Marítima y Aérea de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

Profesor en la Facultad de Ingeniería (Escuela de Ingeniería Aero-náutica) de la Universidad Católica de Córdoba.

Profesor en la Escuela de Ingeniería dependiente de la Fuerza Aérea, en el Curso de “Prevención de Accidentes”.

Profesor consulto de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba.

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial y de las Telecomunicaciones de Córdoba.

Académico correspondiente de la Internacional Academy of Astronautics.

Miembro del Internacional Institute of Space Law.

Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial.

Miembro titular del Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, dependiente de la Fuerza Aérea Argentina.

Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, (ALADA).

Miembro correspondiente de la Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico do Espaço

Miembro honorario del Centro de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad Católica Argentina.

Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

Miembro del Comité de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de las Juntas de Investigaciones Científicas de las Fuerzas Armadas.

Miembro del Comité de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Comisión Nacional e Investigaciones Espaciales.

Miembro titular del Centro de Estudios de Derecho Espacial de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Fue presidente de la Comisión Jurídica de ATA y ARPA.

Ha participado en congresos, jornadas, simposios nacionales e internacionales en temas de Derecho Aeronáutico y Espacial.

Es autor de dos libros y de más de 90 trabajos monográficos publicados en el país y en el extranjero, en el área de su especialidad, Derecho Aeronáutico, Derecho Espacial y Telecomunicaciones Espaciales.

Ha pronunciado innumerables conferencias en universidades, centros e institutos del país y del extranjero.

Miembro correspondiente de varios institutos y academias nacionales y extranjeras.

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Miembro correspondiente de la Academia Argentina de Ciencias Aeronáuticas y espaciales en Córdoba.

Miembro correspondiente de la Academia Argentina de Asuntos Internacionales.

Ex vocal titular del Tribunal de Enjuiciamiento de Vocales y fiscal del Superior Tribunal de Justicia, designado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba.

Ha sido conjuuez de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se le otorgó la Medalla al Mérito otorgada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial.

Miembro del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales de Córdoba.

Fue director de la CONAE (Comisión Nacional de Actividades Espaciales) como representante de la Secretaría de Comunicaciones ante dicha Comisión en el mes de julio de 1997.

Pedro Delich

Egresó con el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1971, obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, con una tesis titulada: “*Uso pacífico del espacio superior*” calificada de sobresaliente

Profesor titular de Derecho de la Navegación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue profesor titular de Aeronavegación del Cuerpo de Cadetes y del Grupo Aéreo de la Escuela de Aviación Militar.

Miembro titular del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y Espacial y de la Aviación Comercial.

Profesor consulto de la Universidad Nacional de Córdoba

Miembro del Comité de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Comisión Nacional de Investigaciones Espaciales.

Condecorado por el Superior Gobierno de Brasil, con Medalla de Mérito Aeronáutico Santos Dumont.

Presidente de la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación, para la Guarnición Aérea Córdoba

Fue presidente del Banco Hipotecario y Edificador de Córdoba.

Participó asimismo, en numerosos congresos, jornadas, simposios, seminarios, nacionales e internacionales de su especialidad.

Entre su producción en el área de su especialidad se destacan: *Uso pacífico del espacio superior* (tesis doctoral); *Tele Educación*, 1971; *La*

libertad en el tránsito aéreo. 1973; *Manual de derecho de la navegación marítima, aeronáutica, y espacial*, 1990/92/94; *Las Reglas de Hamburgo de 1972*; *El Mercosur y nuestra política naviera*; *El tránsito multimodal*; *Nuevas modalidades de contratación*; *La responsabilidad marítima*; *Política Naviera. Legislación Nacional*, 1995; *La protesta previa en el derecho aeronáutico*, 1995; *Las autopistas de la información y la informática*, 1995; *Compendio de derecho de la navegación marítima aeronáutica y espacial* (dos tomos), 1996. etc.

Luis Romero Basaldúa

El 18 de mayo de 1972 egresó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con el título de abogado.

En 1983 alcanza el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, con una tesis doctoral sobre “*Responsabilidad del transportador de mercaderías por agua (hacia una legislación más justa)*”.

Profesor titular por concurso de la Cátedra de Derecho de la Navegación (Marítima, Aérea y Espacial), desde 1994 a la fecha, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Por Res. N° 207/99 del H.C.D. Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones)

Profesor adjunto por concurso, en la Cátedra de Derecho de la Navegación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Profesor titular, por concurso, de la Cátedra de Derecho de la Navegación, en la Carrera de Abogacía, Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja (U.N.La R.),

Profesor titular viajero en la Cátedra de Derecho de la Navegación, en la Carrera de Abogacía, Escuela Superior de Derecho. Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco - Sede Comodoro Rivadavia.

Profesor de Derecho Marítimo -I y II curso-, en la Carrera de Post Grado de Especialización en Régimen Jurídico del Comercio Exterior. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Secretaría de Post Grado de la misma).

Profesor titular de Derecho Marítimo y Comercio Exterior, en la Diplomatura sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior, Secretaría de

Postgrado y Graduados y Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja, años 2005/6.

Profesor titular de Política Naviera y Aérea y Comercio Exterior, en la Diplomatura citada *ut supra*, años 2005/6.

Profesor suplente de la asignatura Derecho Aeronáutico y Espacial en el Curso de Prevención de Accidentes, Escuela de Ingeniería Aero-náutica de la Fuerza Aérea Argentina (hoy Instituto Universitario Aeronáutico) (Guarnición Aérea Córdoba).

Profesor en el curso de Postgrado de Doctorado sobre “Análisis y evolución de los sistemas de responsabilidad propios del Derecho Marítimo y Aeronáutico”. Departamento de Postgrado. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Primer semestre del 2006.

Pronunció conferencias en distintos foros y participó en congresos, jornadas, seminarios y simposios, locales, nacionales e internacionales, de su especialidad.

Además es autor de numerosas publicaciones, entre las que sobresalen: *Apuntes de derecho de la navegación*, Córdoba, 1973; *Manual de derecho marítimo*, Córdoba, 1975; *Manual de derecho marítimo*, 2ª ed., Córdoba, 1977; *Derecho marítimo (Tratado)* tomo I, Córdoba, 1996; tomo II, en prensa; *Delitos aeronáuticos*, Córdoba, 1982; *Responsabilidad del transportador de mercaderías por agua (hacia una legislación más justa)*, Córdoba, 1985; “Transporte intermodal y la responsabilidad en el derecho marítimo”, publicado en *Seminario de Córdoba sobre Transporte Multimodal*, Córdoba, 1985; “Transporte multimodal”, publicado en II Simposio Internacional sobre Transporte Multimodal, Córdoba, 1988; *Los agentes marítimos*, Córdoba, 1991; *Temas de derecho de la navegación marítima y aérea*, Córdoba, 2001; *Gente de mar, Contrato de ajuste*, Córdoba, 2005; *Manual de derecho marítimo paraguayo*, Asunción, Paraguay, Universidad Nacional de Asunción, en prensa; “El abandono de aeronaves y el decreto-ley 20094/73: doble legislación en la materia”, publicado en *Actas de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial*, Córdoba, 1975; “La Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos Bruselas 1969”, publicado en *Actas de las III Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación, Mar de Plata*, 1977; “Conocimiento de embarque. Reglas de Hamburgo de 1978 y su no obligatoriedad”, publicado en *Revista del Co-*

legio de Abogados de Córdoba, N° 8, 1979; “Régimen jurídico de las aguas jurisdiccionales argentinas” en *Revista de Estudios Marítimos*, 1981/82; “Responsabilidad de armadores y propietarios de buques en el derecho marítimo actual: Convenio de Londres de 1976”, publicado en *Semanario Jurídico*, 1985; “Fletamento a tiempo y póliza box time”, publicado en libro *Temas de derecho marítimo*, Uruguay, 1996; “Competencia de los tribunales en el derecho marítimo: la autonomía jurisdiccional”, publicado en *Revista Tribuno del Colegio de Abogados de Córdoba*, 1996; “Proyecto de ley tipo de transporte multimodal de mercaderías”, publicado en *Primer Encuentro del Cono Sur sobre Transporte Multimodal*, 1990; “Reglas de Hamburgo de 1978: el transporte marítimo internacional de cargas en los años 90”, publicado en *Seminario de Derecho Marítimo*, Córdoba 1993; “*Sea Way Bills*: moderna documentación en el transporte de mercaderías por agua”, publicado en *Revista Tribuno del Colegio de Abogados de Córdoba*, 1999; “Los contenedores y el derecho marítimo”, publicado en *Revista Ateneo del Transporte*, Buenos Aires, 1999; “Reflexiones sobre el practicaje: la seguridad en la navegación, o la predicada ‘desregulación’ y un proyecto de ley para el futuro”, publicado en *Revista Prácticos de Puerto*, de la Federación de Prácticos de Puerto de España. Madrid, 2000; etc.

Recibió numerosos premios entre los que se destacan: Premio Accesit, Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación 1977 y 1993; Premio “Mención especial” en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho de la Navegación y del Mar, Montevideo, República Oriental del Uruguay; Primer premio por las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho de la Navegación y del Mar, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 1992; Medalla de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, otorgada por su presidente, 2002, etc.

Miembro honorario de la Asociación Argentina de Estudios de Comercio Exterior con sede en Córdoba, desde 1991; miembro honorario de la Asociación Argentina de Peritos Navales desde 1997, miembro correspondiente del CIDA-E (Centro de Investigación y Difusión Aeronáutico Espacial), de la República Oriental del Uruguay, desde 2005; miembro titular del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, desde 1974 hasta 1985, año en que por Resolución 02/85 del H.C.D. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad se suprimie-

ron los institutos; miembro fundador del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial y de las Telecomunicaciones de Córdoba, creado en la ciudad de Córdoba; miembro fundador de ALDENAVE (Asociación Latinoamericana de Derecho de la Navegación) desde 1980 a la fecha, miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, Filial argentina del Comité Marítimo Internacional, con sede en Amberes (Bélgica), desde marzo de 1985; miembro titular del Instituto de Estudios Marítimos -IDEM- de Buenos Aires; miembro honorario de la Asociación Argentina de Estudios de Comercio Exterior con sede en Córdoba, desde 1991; socio activo de la Liga Naval Argentina, desde 1977; director de la Sala de Estudios de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior, del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba, desde 1992; miembro titular de la “Asociación Argentina de Derecho Internacional”, desde 1995; presidente de la Comisión de Comercio Exterior de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA) desde 1994; miembro honorario de la Asociación Argentina de Peritos Navales.

Graciela Mirta Rubiolo de Lucero

Nació en la ciudad de Córdoba el 25 de mayo de 1944. Está casada con Enrique Antonio Lucero Bringas.

En 1971, obtuvo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, el título de abogada. En 1978, alcanzó el grado de doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Su tesis doctoral se tituló: “La extensión del mar territorial argentino y las libertades de navegación y sobrevuelo”. Posee, asimismo, el grado de abogada con Especialización en Derecho Registral y en Derecho Civil.

Profesora titular por concurso de la Cátedra de Derecho de la Navegación (Marítima, Aérea y Espacial), desde 1998 a la fecha, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (por Res. N° 207/99 del H.C.D. Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones).

Estuvo a cargo de los grupos de taller de Jurisprudencia II, y de Práctica Profesional I, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Plan de estudios 207/99), durante el periodo 2003-2006.

Codirectora del Ateneo de Derecho de la Navegación para la formación de Adscriptos. Integró la Comisión del Programa de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, durante el período 2003-2006.

En 2006 se desempeñó como tutor institucional por la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial para la Práctica Profesional III (Clínica Jurídica) segundo cuatrimestre.

Ha participado con entrega de trabajos, en importantes congresos, reuniones, seminarios y simposios en el área de su especialidad.

Fue distinguida con importantes premios, tales como Premio del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, 1960; Reconocimiento Académico por la labor de extensión (Análisis normativo de la Ley de Seguridad Náutica remitida por la Subsecretaría de Seguridad Náutica dependiente del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Córdoba) Resolución 688/06, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2006, etc.

Miembro fundador de la Sala de Derecho de la Navegación y del Comercio exterior del Colegio de Abogados de Córdoba; miembro del Instituto de Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones de Córdoba y miembro titular de AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional), Estatuto Consultivo del Consejo Económico y Social (ECOSOC).

Es consejera suplente por el estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. por el período 2008-2010.

Entre su producción bibliográfica en el cultivo de la materia, se destacan: *Problemática actual de la responsabilidad por daños causados a los terceros en la superficie*, Buenos Aires, 1975; *La lucha antigranizo: su práctica y regulación aplicable en la República Argentina*, Mendoza, 1979.

En colaboración: *Incumplimiento del contrato de transporte aéreo por el porteador. Algunos aspectos*, Corrientes 1978; *El charter aéreo ante su vacío legal en la legislación argentina*, Rafaela, 1976; *Los aeroclubes en su carácter de transportadores y régimen de responsabilidad aplicable*, El Calafate, 1977; *El convenio de registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre; Régimen jurídico del over-*

booking, Corrientes, 1978; *Comentarios sobre overbooking*, Corrientes, 1978; *Convención internacional sobre contrato de viaje*, Bruselas 1970, Buenos Aires, 1984; *Más reflexiones acerca de la limitación de las responsabilidades del transportador aéreo*, Barcelona, 1986; *Versión del Instituto de Derecho Aeronáutico y espacial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Proyecto de Código Aeronáutico latinoamericano. Título: las aeronaves; Proyecto de ley tipo de transporte multimodal de mercadería; Bases para un anteproyecto de ley tipo sobre transporte multimodal de mercancías*, Córdoba, 1991; *Responsabilidad del armador por contaminación a veinticinco años del Torrey Canyon*, Montevideo, 1993; *Convención sobre asistencia y salvamento de 1989*, Corrientes, 1993; *El daño moral en el derecho aeronáutico*, Brasil, 1998; *El dictamen de la Junta de Investigación de accidentes de aviación y su valor en juicio*, Córdoba, 2003. En prensa: *Anteproyecto de Ley de Seguridad Náutica de la Provincia de Córdoba. Revisión y adaptación del Anteproyecto remitido para el análisis pertinente por la Subsecretaría de Seguridad Náutica dependiente del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Córdoba*, 2005, etc.

Ocupó diversos cargos en el Poder Judicial de la Provincia, entre los que podemos mencionar: juez de Primera instancia en lo Civil y Comercial de 10^a Nominación, 1992 /1998; vocal de Cámara sustituto, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y en lo Contencioso Administrativo de 1^a Nominación, 1998/1999 y de 2^a Nominación 200/2001, de la ciudad de Río Cuarto.

Guillermo Carlos Ford

Nació el 13 de agosto de 1958 en la ciudad de Córdoba. Es hijo de Carlos Ford y de Ana María Ferrer. Está casado con Mariana Nores. En 1980 se recibió de abogado en la Universidad Católica de Córdoba.

Se desempeña como profesor titular de Derecho de las Navegaciones, Marítima, Aérea y Espacial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba y asimismo como profesor titular de Derecho del Transporte y de las Telecomunicaciones de la Carrera de Abogacía de la Universidad Blas Pascal.

Ex profesor adjunto por concurso de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ex profesor encargado de la Cátedra “C” de la Asignatura Derecho del Transporte y de las Comunicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ex profesor titular de Derecho de la Navegación de la Universidad Nacional de La Rioja.

Ex profesor titular de Ingeniería Legal de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Católica de Córdoba.

Ex profesor de Ingeniería Legal de la Facultad de Ingeniería del Instituto Universitario Aeronáutico.

Miembro del Instituto de Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones de Córdoba.

Miembro plenario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico.

Miembro por la Universidad Blas Pascal del Consejo Consultivo de la Escuela de Capacitación “Ricardo Núñez” del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Director de las carreras de Abogacía, Notariado y Martillero y Corredor Público de la Universidad Blas Pascal.

Director de “Tendencias”, Revista de la Universidad Blas Pascal.

Ex coordinador del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ex miembro de la Sala de Derecho Laboral y Contencioso Administrativo del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba, por el claustro docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ex coordinador de la Carrera de Especialización en los Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad Nacional de Córdoba.

Autor en colaboración del texto de estudio: *Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones* (1996), reeditado en 2008. Autor asimismo de varios artículos en revistas especializadas en su área disciplinar.

Verónica Zamzem

Nació en la ciudad de Córdoba el 11 de febrero de 1952, casada con Daniel Lescano.

En 1982 obtuvo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales el título de abogada.

Profesora titular por concurso de Derecho del Transporte en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca.

Ex profesora titular interina de Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Dictante del Curso Básico sobre Comercio Exterior, Módulo “Transporte Internacional” en el Instituto Superior de Comercio Exterior (ISCE) de la Cámara de Comercio Exterior de Córdoba, durante los años 2000, 2001, 2002, 2003 y 2007.

Profesora de Derecho Comercial Internacional (Transporte Internacional) y de Derecho de la Integración en el MERCOSUR (Transporte en el MERCOSUR) en la carrera de post grado de especialización en Derecho de los Negocios, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesora de la asignatura Derecho Comercial I (Compraventas Internacionales) en la carrera de post grado de especialización en Régimen Jurídico del Comercio Exterior en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesora de “Derecho Comercial Internacional”, Módulo “transporte multimodal en el MERCOSUR” en la carrera de post grado de especialización en MERCOSUR: Aspectos jurídicos y económicos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Directora del Seminario permanente de postgrado de profundización en Derecho del Transporte -transporte carretero, ferroviario, fluvial, marítimo, aéreo y multimodal- en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Coordinadora académica del Seminario permanente de post grado de profundización en Derecho Internacional Privado y de la integración en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Directora de la Sección Derecho de la Integración de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), período octubre 2003-octubre 2007.

Miembro de la Comisión Permanente de Educación Superior del Comité de Integración Atacalar.

Coordinadora académica del Seminario permanente de post grado de profundización en Derecho Internacional Privado y de la Integración, de la carrera de post grado de especialización en régimen jurídico del Comercio Exterior y Directora del Seminario permanente de post grado de profundización en Derecho del Transporte -Transporte carretero, ferroviario, fluvial, marítimo, aéreo y multimodal- de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

Fue secretaria de European Community Studies Association - ECSA, Sección Argentina, durante el período 2006-2008.

Es, asimismo, miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) de la Red de investigadores del MERCOSUR. REDIM, de la Universidad Nacional de Rosario; de European Community Studies Association - ECSA, Sección Argentina; del Instituto de Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones de Córdoba, del Instituto de Estudios Marítimos (IDEM), Buenos Aires del Ateneo del Transporte, Buenos Aires, entre otros.

Se desempeñó como consejera del Honorable Consejo Directivo durante varios periodos, fue asimismo, prosecretaria de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue prosecretaria de Ciencia y Técnica en la unidad académica mencionada precedentemente.

Participó en jornadas, encuentros, congresos, seminarios, simposios, etc.; dictó numerosos cursos y conferencias en el área de su especialidad.

Ha sido distinguida con importantes premios y distinciones, tales como Mención Honorífica por destacada labor docente, y distinción académica premio "*Ut portet nomen meum coram gentibus*", otorgados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Primer premio ACCESIT, otorgados en las VII y X Jornadas latinoamericanas de Derecho de la Navegación y del Mar, en 1991 y 1997, respectivamente.

Entre su producción bibliográfica en el cultivo de la materia, se destacan: *La responsabilidad extracontractual emergente de accidentes de tránsito en el MERCOSUR*, Córdoba, 2007; “La Constitución argentina y el proceso de integración del MERCOSUR”, Revista Direito em Revista Jurídica da Facultad de Direito de Francisco Beltrao, Paraná, Brasil, 2005. En colaboración: “El transporte como factor de integración”, publicado en Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias, Córdoba, 2007; “La dimensión social, educativa y cultural de la integración”, publicado en Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias, Córdoba. 2005; “América Latina y el Caribe ante la ampliación de la Unión Europea - cumbres de jefes de estado y de gobierno de ALC-UE”, Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR, Direito Internacional e do MERCOSUR, Buenos Aires, 2004; “Relanzamiento del MERCOSUR: entre lo que tenemos y lo que nos falta”, Catamarca. 2003; “Terminales interiores de carga. análisis de algunos aspectos jurídicos”, en prensa, Buenos Aires, 1997; “Zonas francas aduaneras. un análisis jurídico”, Revista de la Facultad de Derecho, Nueva Serie, vol. 5, N° 1, Córdoba, 1997; “Responsabilidad del armador por contaminación: a veinticinco años del Torrey Canyon”, Revista de Transporte y Seguros, N° 6, Montevideo, R.O.U.; “El conocimiento de embarque frente a las nuevas tecnologías”, *Actas de las X Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación y del Mar*, Córdoba, 1992; “Convención Internacional sobre Contrato de viaje Bruselas de 1970”, *Anales XII Jornadas nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial*, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 1984.

Instituto de Derecho Aeronáutico

El primer Instituto de Derecho Aeronáutico fue creado durante el decanato del profesor doctor Ricardo Smith por resolución del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en el mes de octubre de 1951.

Su primer director, el doctor Enrique Otero Caballero, fue designado el 9 de octubre de 1951 mediante decr. N° 253 de dicho año. En calidad de secretario y redactor jefe de la revista fue designado el doctor Jaime Mosquera Ubios.

La falta de espacio institucional obligó a que el joven instituto debiera funcionar en los estudios jurídicos de su director y secretario.

El Instituto tenía por misión “*el estudio de los problemas que la circulación aérea origina en el campo jurídico y social*”.

Hacia finales de 1951, el Instituto crea su órgano de difusión, la Revista del Instituto de Derecho Aeronáutico que apareció en volúmenes anuales de números cuatrimestrales. El diagrama de distribución de material a publicar comprendía las siguientes secciones: *editorial, artículos doctrinarios, legislación nacional legislación extranjera, jurisprudencia, crónica general nacional e internacional*. Su primer miembro titular fue el doctor Aristóbulo Ramírez.

Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación

En 1963 comenzó a funcionar el Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación, siendo su director el doctor Alfredo L. Acuña y su vicedirector el doctor Francisco Quintana Ferreira, quien a su vez se encontraba a cargo de la sección *Derecho Comercial*. Asimismo, existía una sección denominada *Derecho Aeronáutico y Espacial*.

El Instituto celebró su primera sesión el día 15 de febrero, siendo el objetivo principal de la labor anual desde su comienzo la programación de las Segunda Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial.

El 14 de abril de 1964 los primeros miembros integrantes del Instituto fueron los doctores Francisco Quintana Ferreira, Héctor Cámara, Alfredo L. Acuña, Sebastián Fernández de Maussion y Eduardo Marsal, en la sesión efectuada en el Decanato del doctor Ernesto Gavier acordaron proponer para el cargo de director del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación, por un período de 5 años, al profesor doctor Alfredo L. Acuña, quien venía desempeñándose en el cargo de director del Instituto de Derecho Aeronáutico. Se hizo constar que el doctor Alfredo L. Acuña propuso al doctor Héctor Cámara.

Posteriormente el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales aprobó la propuesta con fecha 4 de mayo de 1964, designando director del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación por un periodo de 5 años al doctor Alfredo L. Acuña.

El 25 de agosto de 1964, el flamante director del Instituto elevó al entonces decano de la Facultad de Derecho, doctor Ernesto R. Gavier, el proyecto de reglamento interno del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación para su tratamiento, por parte del Honorable Consejo Directivo, el que fue aprobado en la sesión ordinaria del Honorable Consejo Directivo, el 4 de mayo de 1965. El objetivo principal de ese reglamento fue el de *“desarrollar, impulsar o estimular la investigación científica del derecho comercial y del derecho de la navegación concretándose este último en el derecho aeronáutico y en el derecho espacial”*.

Más de nueve años después, el 23 de agosto de 1973, el doctor Alfredo L. Acuña en su carácter de director del Instituto del Derecho Aeronáutico remitió al señor delegado interventor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, doctor Julio Ariel Macagno, una nota mediante la cual le solicitó *“de modo expreso que se denomine a este Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial, para que de esta manera su denominación responda a la realidad de su tarea específica”*.

En el Instituto se realizaron tareas de investigación, se alentaron publicaciones, se organizaron las tareas de docencia, congresos, conferencias, cooperación científica y técnica como así también la correspondiente evaluación a esas tareas también se recibieron importantes donaciones.

El Instituto elevaba para consideración de las autoridades de la Facultad, un memorial anual de las actividades realizadas. De ese modo en materia de investigación, se analizaban proyectos tales como: el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*. Se analizó en repetidos debates el proyecto y programa de los *Cursos de Técnicos y Aviación Comercial*, como así también se investigó la *Resolución N 2733 (XXV) relativa a la Cooperativa Internacional para la Utilización del Espacio Ultraterrestre con fines pacíficos*, siendo ésta objeto de especiales consideraciones. Fue motivo de investigación el *Régimen de la propiedad de la Luna*, tema que se propuso en el coloquio Hispánico-Argentino, que se celebró en octubre 1971. Se estudió el anteproyecto sobre *Transporte Internacional Combinado de Mercancías (T.C.M)*; se analizó el Proyecto de Convención Internacional relativa a la responsabilidad atribuida a las *“Agencias de control de Tránsito Aéreo”* (STA u OTA), cuyo proyecto original fue presentado en las Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial que se realizaron en setiembre en la Universidad de Morón, provincia de Buenos Aires.

Dicho proyecto fue presentado por el doctor Héctor A. Perucchi del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial, etc.

En la práctica, la labor del Instituto se cumplía mediante dos reuniones semanales, celebradas bajo la forma de mesas redondas, en las cuales se debatían ordenadamente los problemas que previamente eran establecidos en un orden de mérito por los diversos miembros.

Cada uno de los miembros debía participar anualmente en la Jornada Nacional de Derecho Aeronáutico y del Espacio. Por otra parte, el Instituto contaba con una revista, que era la única publicación jurídica en idioma castellano sobre esta materia que se publicaba en el país y su difusión se realizaba por medio de canjes con otras similares de universidades del país y del extranjero, como así también mediante los tratadistas que enviaban sus colaboraciones en forma permanente, adquiriendo dicha publicación una importante jerarquía científica.

Sus días concluyeron el 13 de marzo de 1985, por Ordenanza N° 2/85, que dispuso la disolución de los institutos y centros de investigaciones y la creación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y los departamentos de: 1) Derecho Civil; 2) Derecho Comercial; 3) Derecho Público; 4) Derecho Penal y Criminología; 5) Derecho Social; 6) Derecho Procesal y Práctica Profesional; 7) Estudios Básicos. La asignatura *Derecho de la Navegación* (hoy *Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones*) se encuentra aglutinada en el Departamento de Derecho Comercial.

Conclusiones

I. En 1918 se incorporó la disciplina en el plan de estudios de la carrera de abogacía, bajo la denominación *Derecho Comercial Marítimo y Legislación Aduanera*⁸.

⁸ La existencia de cuerpos normativos sobre el tema de la navegación marítima reconocen un antiguo desarrollo. Recordemos que los antecedentes más remotos de esta milenaria actividad navegatoria, los encontramos en la denominada Edad Antigua ya que en el famoso Código de Hammurabi del año 1692 a.C., se destacan importantes disposi-

II. Los profesores que tuvieron a su cargo la enseñanza de la materia *Derecho de la Navegación* desde 1918 y hasta la fecha fueron, entre otros: Santiago F. Díaz, Rugero Mazzi, Santiago Beltrán, Enrique Otero Caballero, Alfredo Acuña, Manuel Augusto Ferrer (h), Pedro Delich, Luis César Romero Basaldúa, Graciela Rubiolo de Lucero, Guillermo Carlos Ford, Verónica Zamzem y Giselle del Carmen Javurek.

III. Desde el primer programa de la disciplina, diseñado por el doctor Santiago F. Díaz -primer catedrático de la materia *Derecho Comercial Marítimo y Legislación Aduanera*- estuvieron vigentes 21 programas para su estudio.

IV. En 1926 con el programa presentado por el catedrático Mazzi se incorporó el primer elenco bibliográfico que incluía las obras de Pipia, Código de Comercio Argentino, Ripert, Carlomagno, Tulet, Malagarriga, Pessagno, Berlingieri, Mazzi, Revista de Derecho Marítimo y legislación Comercial, Alvarez y Carlomagno, Revue International de Droit Maritime.

V. Por tratarse de una materia codificada, y siendo el perfil profesional de un abogado generalista, que puede asumir diversos roles, tales como: asesor, investigador, litigante, o mediador de conflictos u otros, esta disciplina se mantuvo con distintas denominaciones desde 1918, a la fecha, en todos los planes de estudio de la carrera de abogacía, como materia obligatoria entre quinto y sexto año, debiendo respetarse un régimen de correlatividades para su aprobación.

VI. La asignatura en estudio tuvo diversas denominaciones desde su incorporación en 1918 en los planes de estudio de la carrera de abogacía: *Derecho Comercial Marítimo y la Legislación Aduanera*, en 1926 se suprime la palabra *Comercial* y en 1947, pasa a denominarse *Derecho de la Navegación* y se incorpora el estudio del *Derecho Aeronáutico*. En 1956 volvió a cambiarse la denominación de la materia, llamándose

ciones relativas tanto a la construcción de embarcaciones cuanto al contrato de ajuste de la tripulación, fletamento, responsabilidad del transportador, abordaje y naufragios. La Edad Media se caracteriza por la aparición de grandes recopilaciones de usos y costumbres de la navegación, como así también, por la existencia de un derecho positivo que tiene su origen en los estatutos elaborados por las ciudades marítimas. De estas recopilaciones, podemos mencionar las siguientes: la denominada Ley Marítima de los Rodios, los Roles de Olerón y el Consulado del Mar.

Derecho de la Navegación Aeronáutica y Marítima. En 1964 se incorpora el *Derecho Espacial*. En 1969 se denominó *Derecho de la Navegación: Derecho aeronáutico, derecho espacial y derecho marítimo*. En tanto en 1974 se llamó *Derecho de la Navegación aérea y espacial*. En 1976 vuelve a denominarse *Derecho de la Navegación*, comprendiendo el estudio del derecho aeronáutico y espacial y con la puesta en vigencia del Plan 2000 la materia se denomina *Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones*.

VII. Durante el periodo investigado, la bibliografía para el estudio de la materia, a la largo de 89 años, comprendió la utilización de alrededor de 119 textos clásicos en la asignatura que se ha reseñado.

VIII. La Cátedra de *Derecho de Navegación* hoy *Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones* se encuentra por su parte aglutinada desde el 13 de marzo de 1985, por ordenanza dictada por el Honorable Consejo Directivo N° 2/85 y hasta la fecha en el Departamento de Derecho Comercial.

IX. A partir de la aprobación del proyecto del nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía por Resolución 207/99 del Honorable Consejo Directivo del 2 de agosto de ese año, la materia *Derecho de la Navegación* debe ser cursada en el duodécimo semestre de la carrera, cambiando su denominación por *Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones*.

X. El Derecho Aduanero no se incluye en la disciplina en estudio, sino en el programa de otra materia curricular de la Carrera de Abogacía: el Derecho Tributario, en su Unidad XV, correspondiente al análisis de los tributos aduaneros. Asimismo, desde el año 1989, y hasta 1996, se dictó en el área de Post Grado la *Carrera de Especialización en los aspectos jurídicos del Comercio Exterior*, en la cual se incorporó su enseñanza.

XI. El Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación se suprimió el 13 de marzo de 1985 por ordenanza del HCD N° 02/85 que dispuso sustituir los institutos y centros de investigaciones y la creación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y los Departamentos de Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Público, Derecho Penal y Criminología, Derecho Social y Práctica Profesional y Estudios Básicos, normativa que se mantiene vigente hasta la fecha.

APÉNDICE DOCUMENTAL

Programa de Derecho Comercial Marítimo y legislación aduanera ⁹

Sección Primera. Navegación, navíos y navegantes

I

Concepto moderno del derecho que rige la navegación. La marina mercante. Divisiones de este derecho. Su carácter y evolución. Unificación del derecho comercial marítimo. Trabajo de congresos y asociaciones de derecho. Fuentes; historia, doctrina y bibliografía. Legislaciones extranjeras.

II

Carácter de la legislación argentina. De los buques. Definición, caracteres y clasificación de los buques. Los buques como objeto de propiedad. Modos de adquisición y transferencia. Embargo de buques nacionales y extranjeros.

III

De la explotación de los buques. Historia y evolución jurídica de las empresas de navegación y armamento.

De las personas. Propietarios y armadores. Coparticipación. Su carácter jurídico. Responsabilidad. Fortuna marítima y derecho de abandono. De los armadores. Armador gerente. Derechos y responsabilidades.

IV

Agentes auxiliares del comercio marítimo. Capitanes: historia y naturaleza de sus funciones. Carácter del cargo. Funciones de carácter público y privado. Atribuciones, deberes y responsabilidades del capitán antes de viaje, durante el mismo, y después de concluido. Relaciones jurídicas del capitán con los armadores y cargadores. Consignatario del navío.

⁹ Primer programa presentado por el catedrático Dr. Santiago F. Díaz, al entrar en vigencia el plan de estudios de la Carrera de Abogacía de 1918.

V

Personal auxiliar. Pilotos y contramaestres. Funciones, deberes y responsabilidades. Sobrecargos: su carácter especial en la legislación argentina. Obligaciones y derechos.

Sección Segunda. De los contratos

VI

Contrato de ajuste. Naturaleza del contrato. Definición, forma y prueba. Obligaciones recíprocas de los contratantes. Despedida de tripulantes. Causas de rescisión del contrato y sus diversos efectos. indemnizaciones de los tripulantes.

VII

Del contrato de fletamento. Naturaleza del contrato. Forma y prueba. Póliza del fletamento: sus requisitos. Carácter y valor jurídico. Del conocimiento y sus requisitos. Carácter y valor jurídico. Del conocimiento y sus requisitos. Prueba. Endoso. Iniciativas para adoptar reglas internacionales sobre contrato de fletamento.

VIII

Efectos del contrato con relación al fletante y fletador. Obligaciones del fletante relativamente al buque, recibo, cuidado, transporte y entrega de la carga. Responsabilidad por retardo, pérdida y avería. Cláusulas especiales. Obligaciones del fletador. Entrega de la carga. Pago del flete. Flete proporcional. Estadías. Resolución del contrato de fletamento.

IX

Del transporte de pasajeros. Historia jurídica del contrato. Su naturaleza. Derechos del pasajero. Desistimiento del viaje. Retardo e interrupción del viaje. Deberes de los pasajeros. Contrato de remolque. Su naturaleza. Leyes que lo rigen.

X

Del contrato de seguro contra los riesgos de la navegación. Naturaleza y evolución del seguro marítimo. Forma y objeto del contrato. Cláusulas accesorias. Cosos de nulidad. Valuación de las cosas aseguradas. Principio y fin de los riesgos.

XI

Derechos y obligaciones del asegurador y asegurado. Riesgos a cargo del asegurador. Excepciones. Cláusulas convencionales. Pago del seguro. Abandono y sus diversos casos. Obligaciones del asegurado. Seguro contra los riesgos del transporte por tierra o por los ríos y aguas interiores. Reglas especiales.

XII

Del crédito marítimo. Evolución histórica del crédito marítimo. Sus formas actuales. Del préstamo a la gruesa. Naturaleza del contrato. Forma y prueba. Endoso de la póliza. Objeto del contrato y sus diversos efectos. Derechos del prestamista y del tomador.

XIII

De la hipoteca naval. Forma de constitución, publicidad y efectos. Derechos del acreedor hipotecario. Legislaciones extranjeras.

De los privilegios marítimos. Principios generales. Créditos privilegiados sobre la carga, el flete y el buque. Clasificación de los privilegios. Derecho comparado. Soluciones propuestas en las conferencias internacionales.

XIV

Del caso fortuito, de la culpa y del dolo. Averías. Fundamento jurídico de la teoría. Distinción de las averías. Avería gruesa. Reglas de Cork y Amberes. Averías particulares. Casos. Prorrato y contribución en la avería común. Lugar del pago. Cosas sujetas a contribución. Límite de las obligaciones.

XV

Choques y abordajes. Casos diversos y reglas jurídicas aplicables. Soluciones de la convención de Bruselas. Reglas de código argentino .

Naufraios y asistencia. Casos diversos y convenciones especiales. Arribadas forzosas. Justa causa de arribada. Obligaciones y responsabilidades del capitán.

Sección Tercera. Legislación aduanera

XVI

Los derechos de aduana ante la Constitución. Antecedentes de la legislación aduanera argentina. Las aduanas. División y designación de operaciones comerciales de aduana. Importación de ultramar. Operaciones de exportación. De la documentación, tramitación y requisitos necesarios para el despacho en las operaciones aduaneras de comercio.

XVII

Operaciones de importación con procedencia extranjera en las aduanas y receptorías marítimas. Su objeto. Intervención consular. El manifiesto ante los agentes consulares argentinos. Diligencias de entrada y alije. Descarga.

XVIII

Operaciones con las mercancías importadas. Retorno o permanencia. Traslados. Despacho directo de plaza. Despacho de muestras, equipajes, encomiendas, moneda metálica, ganado, pólvora y materias inflamables. Despacho de efectos destinados al gobierno u oficinas del estado y agentes diplomáticos. Depósito. Comercio de cabotaje. Importación de cabotaje. Entradas. Disposición de las mercaderías. Guías.

XIX

Operaciones de explotación para ultramar. Registro de carga. Mercaderías que pueden explotarse. Encomiendas. Equipajes, muestras y moneda metálica. Despacho de buque. Exportación de cabotaje. Registro. Carga. Operaciones de importación en las aduanas terrestres. Importación de Bolivia y Chile.

XX

Exportaciones de las aduanas terrestres. Exportación a Bolivia y Chile.
Circulación de las mercancías por tierra en el interior de la República.
Operaciones de comercio en buques de guerra, náufragos y privilegiados.

LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. UNA REFORMA NECESARIA

por VÍCTOR MARTÍNEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Un caso emblemático. III. La reforma necesaria.

I. Introducción

El edificio social de la justicia tiene sus cimientos en la división de poderes y, dentro del escenario que la Constitución Nacional y las leyes de la República le asignaran, se desempeña bajo estrictas reglas que rigen su independencia, los requisitos éticos y de idoneidad que se imponen en la designación de los magistrados, la estabilidad y las causales que determinan el alejamiento de los cargos obtenidos.

Diversas circunstancias han contribuido a ensanchar el papel del Poder Judicial; la complejidad de las relaciones políticas y sociales, el incremento de las causas penales, civiles y contencioso administrativas, especialmente por su aumento y diversidad.

“La creciente influencia de la justicia en la vida colectiva es uno de los hechos más importantes de este final del siglo XXI” tiene dicho P. Raynaud, y agrega Antoine Garapos, secretario general del Institut des Hautes Études-sur la Justice de Francia: *“Todo y todo el mundo, debe ahora ser justiciable: la ley, por el Consejo Constitu-*

* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 9 de diciembre de 2008.

cional; la política económica del Gobierno, por el Tribunal de Luxemburgo; el funcionamiento de las instituciones penales y disciplinarias por el Tribunal de Estrasburgo; los ministros, por el Tribunal de Justicia de la República; los hombres políticos, por la justicia penal ordinaria. La mayor parte de estas jurisdicciones no existían hace unos decenios”.

No está de más recordar que la sociedad democrática se desenvuelve en un sistema de conflictos al rechazar la unanimidad manifiesta o consentida, y el conflicto aviva el protagonismo de los jueces. En un contexto de faltas de respuestas adecuadas a los múltiples requerimientos de la sociedad, por parte del poder político, la inercia de los acontecimientos golpea cada vez más la puerta judicial, intensificándose la remanida frase: “Ahora la causa está en manos de la justicia” lo que en muchos casos es un síntoma de evasión.

Los episodios de violencia, el tráfico de drogas, el abuso de menores, la mala praxis, los ilícitos financieros, las violaciones a los derechos humanos y a la calidad del ambiente como tantos otros delitos, llenan los armarios en las cortes de justicia y la tarea de los juzgados sobresaturados de expedientes sólo se alivia con la aparición de los procesos encauzados incipientemente hacia la mediación. A ello se suma el hecho de que, antiguamente, los jueces no entendían en causas que involucraban a la *auctoritas*, en tanto hoy funcionarios, ministros, magistrados y aun presidentes de la Nación, pueden caer bajo la consideración y decisión de los miembros del Poder Judicial.

A la vera de los acontecimientos, la prensa oral, escrita y televisiva hace lo suyo: se mediatizan las denuncias y los procesos. La transgresión no sólo llega en muchísimos casos primero al poder de los medios sino que se publicita levantando pruebas reales o ficticias emitiendo opinión, lo que aumenta la emoción colectiva presionando sin quererlo o queriendo, sobre la imparcialidad y recato de quien debe aplicar la ley con serenidad y racionalidad y es sabido que en la multitud el sentimiento se suma y el pensamiento se resta.

A menudo un supuesto victimario es condenado por los medios bajo el argumento del deber informativo nutriente del periodismo de investigación o delación. Decía De Gaulle: *“En los medios la controversia se reduce a un espectáculo más próximo a la tauromaquia que a la discusión racional. La finalidad de la comunicación se convierte en la comunicación misma, las diversiones que proporciona, el ruido*

que hace, el dinero y el poder que da y no ya informa de dos subjetividades a través de un código”.

Comenta Giovanni Sartori en *Homo Videms*: “*La televisión produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de distracción y con ella todo nuestra capacidad de entender... La televisión favorece -voluntaria e involuntariamente- la emotivización de la política.... la palabra produce siempre menos conmoción que la imagen. Así pues, la cultura de la imagen rompe el delicado equilibrio entre pasión y racionalidad. La racionalidad está retrocediendo, y la política emotivizada, provocada por la imagen, solivianta y agrava los problemas sin proporcionar absolutamente ninguna solución”.*

Los aspectos expuestos sucintamente en el diagnóstico que antecede, justifica la preocupación sobre el Poder Judicial. No se trata de contrariar abiertamente una realidad que se impone día a día con más fuerza, ni cercenar la libertad de prensa, ni limitar acciones donde la tecnología puede servir a la transparencia y a la lucha contra la impunidad, sino de mejorar la infraestructura judicial y todos los resortes que permitan mantener el engranaje del tercero y más importante de los poderes. A ello obedece la estabilidad de los jueces (art. 110 C.N.) y la creación del Consejo de la Magistratura incorporada a la Constitución Nacional (art. 114), que tiene a su cargo la selección y decisión sobre magistrados y la apertura de procedimiento para su remoción. El organismo se contempla también en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 115 y 116), y en la reforma de las constituciones de provincia: Chaco (art. 166), Buenos Aires (art. 175), Tierra del fuego (art. 142). En Córdoba, por ley 8802.

En esta oportunidad sólo quiero comentar acerca de la remoción de un magistrado, que puede ser por varias causas: mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, supuesta comisión de delitos, inhabilidad física o psíquica. Igualmente me limitaré a la causal de supuesta comisión de delitos.

He de partir de un caso que no reconoce precedentes en la jurisprudencia cordobesa. No estoy exento de que algunos pudieran pensar que lo hago bajo inspiración subjetiva, lo que es parcialmente cierto pues me concierne en gran medida. Sin embargo, formulo dos advertencias: remarco

el empleo del singular porque no deseo provocar que mis opiniones comprometan la compañía académica, pues éstas se reservan a la responsabilidad individual.

El tiempo, ese pedazo de la eternidad, apoya siempre la serena objetividad.

Por otra parte, mi objetivo es defender el principio de la estabilidad de los jueces en general, susceptibles de caer al barranco de la destitución con todas las consecuencias que se dieron en el caso que nos ocupa, demostrando que no se trata de una exposición teórica o de una suposición abstracta sino de un lamentable episodio que puede afectar a cualquier juez.

II. Un caso emblemático

El 12 de octubre de 1995 Víctor Cristian Martínez asumió como vocal de la Cámara 1ª de Familia de Córdoba, por concurso. Anteriormente se había desempeñado como auxiliar de la justicia en Tribunales de la Provincia por tres años, procurador, abogado y profesional de la Procuración del Tesoro de la Provincia (1979/82), subsecretario de Asuntos Institucionales y del Interior del Ministerio de Gobierno (1983/86), profesor por concurso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conjuez de la Justicia Federal de Córdoba, diputado provincial constituyente (1987), profesor de la Universidad Notarial, becario en Japón y Escocia; autor de varios libros y partícipe en congresos y conferencias en Argentina y en el extranjero. Es decir, titular de las condiciones éticas, jurídicas y de idoneidad requeridas en un magistrado.

Por denuncia de la Asociación Bancaria contra funcionarios del ex Banco Social de Córdoba, Martínez fue involucrado en la causa a raíz de ocupar el cargo de síndico en la institución años antes de ser nombrado juez (1993/1994).

En función de la Constitución Provincial se inició al nombrado juicio político que culminó en setiembre de 1996 con su destitución¹, aplicándo-

¹ Destituir, del latín *destituere*: privar a uno de su cargo, echado.

se el art. 154 C.P.P. Quedó claro que la única causal invocada por el organismo que dispuso la sanción fue la supuesta comisión de delito. El fiscal general que actuó como acusador dijo que nadie dudaba de la honestidad y capacidad del magistrado y que la sanción no se debía a su mal desempeño, sino a las imputaciones de gestión como síndico, agregando que en el caso de que se llegase a demostrar su inocencia, la Provincia tendría el deber moral de reintegrarlo inmediatamente en el cargo.

Un mes después del desafuero, el juez de Instrucción de Primera Nominación Dr. Barrios, ordenó la detención del juez, coartando el derecho de defensa, en medio de una sorpresa pública, y negando la excarcelación por confundir la calificación del supuesto delito -lo que fue posterior y tardíamente revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- lo que significó un año y dos meses de privación ilegítima de la libertad, calvario prolongado pese a todos los requerimientos para llegar al juicio oral, a lo que se agregaron todas las consecuencias de este proceso: menoscabo de la dignidad, privación de la principal fuente de subsistencia del magistrado y de su familia, suspensión de las tareas docentes, sin que mediara reparación patrimonial alguna pese al sobreseimiento que cerró las denuncias.

Martínez escribió: *“Mi hacer estuvo siempre fundado en el derecho. Lo he enseñado, lo he practicado, lo he aplicado, lo he exigido, lo he analizado y comentado. He escrito libros para que la justicia sea cada vez más asequible a los hombres sin tener que pasar o perderse por los infinitos meandros que hasta ella, incomprensiblemente, conducen”*. Fiel a esa conducta se presentó en los sucesivos concursos para acceder nuevamente a la justicia que le fuera negada.

Por ley 9305 se reformó el art. 19 bis inc. 4 de la ley 8802, modificación que negó a los jueces destituidos la posibilidad de ser aspirantes al cargo de juez de familia en concurso convocado por el Consejo de la Magistratura.

Ello obligó a Víctor Cristian Martínez a plantear recurso de amparo a fin de que se permitiera su inclusión como concursante, sosteniendo que el dispositivo reformista era inconstitucional. Por sentencia N° 113 del 5 de octubre de 2007 la Cámara 7ª Civil y Comercial, por unanimidad y siguiendo el dictamen fiscal N° 103, resolvió: “Hacer lugar a la acción de amparo oportunamente impetrada por el actor, con costas; declarar la inconstitucionalidad del art. 19 bis, inc. 4, ley 8802 y modif.; dejar sin

efecto los acuerdos 5/2007 y 6/2007 del Consejo de la Magistratura, basados en dicha norma y condenar a la demandada, a no admitir al amparista, como aspirante el cargo de juez de familia, en el concurso convocado por el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba, sobre la base de la norma declarada inconstitucional”.

No corresponde en esta exposición volver sobre muchos detalles jurídicos y técnicos de la causa que comento, pero considero indispensable transmitir las reflexiones de la Excma. Cámara: “Aun cuando se reconozca el indudable avance que significó en el derecho público provincial, la articulación del Consejo de la Magistratura, esta modalización del sistema de selección de jueces, debe respetar estrictamente las pautas y requisitos establecidos en la Carta Magna”.

“El art. 39, Constitución Provincial, en lo pertinente reza: ‘Nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal...’, consagrando así el principio, presunción o estado de inocencia, en materia penal. El art. 11, inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948 reza: ‘Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad ...’ El art. 8, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y entró en vigor el 18 de julio de 1978, dice: ‘Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...’. El art. XXVI, 1^{er} párrafo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948, reza: ‘Se presume que todo acusado es inocente, hasta que pruebe que es culpable’; el art. 14, inc. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en la Ciudad de Nueva Cork, EE.UU. el 19 de diciembre de 1966, dice: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’”.

La solución: No existiendo en *sub examine* tal sentencia condenatoria firme, resulta evidente que el actor goza de los beneficios de aquel principio, presunción o estado de inocencia en la órbita penal.

El pronunciamiento añade que de acogerse el impedimento de Martínez para una postulación judicial consagraría una triple injusticia: “primero, al destituir a un magistrado del cargo que legítimamente desempeñaba, sin que haya sido declarado culpable del delito que se le imputaba, por ante la justicia penal, conforme lo permite insólitamente el art. 154 Constitución Provincial, conforme lo destaca la *a quo* que ha tildado a dicha metodología de ‘francamente peligrosa para la independencia del Poder Judicial’; segundo, una vez sobreseído por la justicia del crimen, no sólo que no se ha reincorporado inmediatamente a su cargo, que sería lo que correspondía, sino que por el contrario no se lo presume inocente y en cierta manera se lo juzga nuevamente, en violación del principio *non bis in idem* y tercero, un juez civil se introduce en la sentencia que ha extinguido el proceso pericial y sobreseído al imputado”.

Por último, el mismo tribunal lapidariamente dice: “Convalidar un régimen semejante equivaldría a colocar a todos los magistrados de la Provincia en situación de estabilidad ‘precaria’ en sus cargos, en contra de la inamovilidad, tan enfáticamente prometida por la Carta Magna federal y local (arts. 110, Constitución Nacional y 154 Constitución Provincial)”.

Habiendo mediado sobreseimiento, en audiencia con el gobernador de la provincia, fiscal, secretario general y abogados de parte, el primer mandatario compartió plenamente el criterio sostenido por el magistrado destituido y la procedencia de su reincorporación en el cargo y dispuso se instrumentara el procedimiento correspondiente. En consecuencia, se presentó el reclamo administrativo pero, hasta la fecha, y pese al tiempo transcurrido, los insistentes pedidos orales y escritos, no se recibió contestación alguna, violándose así la palabra empeñada, la Constitución y las normas administrativas, a lo que debe añadirse la falta de reparación patrimonial.

Estimo conveniente aclarar que aplicando un sistema más lógico, la Facultad de Derecho suspendió a Víctor C. Martínez en el cargo docente, pero inmediatamente a su sobreseimiento en sede penal, dejó sin efecto la suspensión reintegrándolo al ejercicio de la cátedra. Hay otros antecedentes para tener en cuenta: la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que los jueces acusados de delitos ajenos a sus funciones serán juzgados en la misma forma que los demás habitantes de la provincia, quedando suspendidos desde el día en que se haga lugar a la acusa-

ción (art. 187). La Constitución del Chaco (art. 169) dispone que, emitida la acusación contra un juez, entre otras causales, por la comisión de delito doloso (art. 154), quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones. La Constitución de la Provincia de Chubut dice que los jueces pueden ser removidos por la comisión de delitos dolosos por el Tribunal de Enjuiciamiento (art. 115); al aprobarse la acusación puede decidirse la suspensión del acusado en el ejercicio de sus funciones, sin goce de sueldo (art. 203). Según la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entre las causales de remoción se encuentra la comisión de delitos dolosos (art. 122), lo que debe ser juzgado por un jurado de enjuiciamiento que tiene facultades para suspender preventivamente al acusado en sus funciones (arts. 122 y 123). En Córdoba el juicio político está regulado en los arts. 119 al 123 de la Constitución Provincial, y el procedimiento para los magistrados del Poder Judicial se sigue ante el Jurado de Enjuiciamiento, aplicándose la ley 7956 (art. 1º), incluyéndose entre las causales de destitución “La supuesta comisión del delito (art. 2º, inc. 4), pudiendo conocer el jury en hechos anteriores a su designación.

La doctrina, refiriéndose a esta causal tiene dicho ² respecto a la palabra supuesta que se agrega tanto en la Constitución como en la ley vigente, en el seno de la Convención Constituyente se ha explicado “... precisamente a un juez no se lo saca por un delito, porque es una cosa que se va a juzgar posteriormente a la imputación. Cuando existe la comisión de un delito previamente se le eliminaran los fueros para que pueda ser juzgado. La palabra supuesta responde a una técnica constitucional adecuada. Revela que a un juez no se lo puede remover por la comisión de un delito porque eso es la culminación del proceso, no el hecho inicial del desafuero...” (discurso del constitucional Cendoya, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1987, t. I, p. 813).

El agregado se atenía al sistema vigente, por los fundamentos transcritos precedentemente. En efecto, corresponderá a la justicia ordinaria expedirse en relación al hecho delictivo, al gozar de un privilegio constitucional el magistrado denunciado, no puede ser sometido directamente a proceso. Es necesario que previamente la inmunidad haya cesa-

² Marcelo S. NOVILLO CORVALÁN, *Procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de la provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus, pág. 23.

do. Entonces, mientras no exista procedimiento definitivo en sede penal sobre su culpabilidad, goza de un estado jurídico de inocencia (art. 39 Const. Pcial.); por eso, conforme al sistema legal vigente, en caso de ser destituido no lo será por la comisión de un delito sino por la supuesta consumación de éste”.

Y concluye con acierto el autor citado: “El régimen legal, imperante tiene sus riesgos y puede plasmar injusticias. ¿Qué sucedería si un juez, después de haber sido destituido únicamente por esta causal, fuera absuelto por la justicia penal al no haberse comprobado la existencia de hecho o su participación? No se descarta que ello pueda ocurrir, lo que causaría una grave e incómoda situación inconstitucional, además de consumarse -con la separación del cargo- una violación al principio de inocencia.

“Por eso consideramos que la solución -respecto de esta causal únicamente- es la misma que la Constitución regente para quienes está sujetos a desafuero (art. 95), es decir disponer la suspensión del denunciado por un hecho delictivo, que podría transformarse en destitución recién después que la justicia ordinaria haya resuelto con el grado de certeza requerido, que es culpable...” y se concluye: “Al respecto, para el supuesto de delitos comunes la suspensión está prevista en las constituciones de San Luis y de Buenos Aires”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que los tribunales en enjuiciamiento de magistrados no son tribunales de justicia en los términos del art. 44 de la ley 48 (“Marín, Rubén”, 16/3/1982, 304-351; “Llambías, Oscar”, 6/10/1987).

Hay pues tribunales penales que tienen obligada competencia para entender en supuestos delitos, cuyas decisiones están por encima de cualquier prejuzgamiento y cuyos pronunciamientos absolutorios y sus alcances no puedan ser cuestionados.

El Código de Procedimientos Penales de la Provincia, por el camino de la supletoriedad (art. 51 ley 7956), en su art. 411 establece que “la sentencia absolutoria ordenará... la restitución del magistrado destituido en sus funciones. Tan justificada reparación que se da a favor de cualquier procesado a raíz de su absolución resulta negada nada menos que a un juez.

III. La reforma necesaria

Lo expuesto justifica una reforma que algunos proponen por ley y en nuestra posición se sugiere por vía constitucional. Así, fue presentado en la Legislatura de la Provincia de Córdoba un proyecto suscripto por los diputados Jorge Font, Elsa González, Carlos Cornaglia y Asís Nicolás, propiciando modificar el art. 52 de la ley 8802 que quedaría redactada de la siguiente forma: “Art. 32.- Atribuciones del Gobernador. El Gobernador podrá respetar el orden de mérito estableciendo por el Consejo de la Magistratura, preservando las atribuciones que le confieren los artículos 144 inciso 9 y 157 de la Constitución Provincial.

En los supuestos de magistrados destituidos por la causal mencionada en el inciso 4) de la ley 5976, que hubieren sido absueltos en sede judicial, no será de aplicación lo establecido en el párrafo anterior, pudiendo el Gobernador disponer su nueva designación previo acuerdo de la Legislatura”.

En los fundamentos se dice: “Que ni el constituyente ni el legislador han querido excluir la consideración del principio de inocencia, como raíz del derecho de la defensa en juicio, al contemplar en el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados la causal referida a “supuesta comisión de delitos”. Tan es así que el proyecto presentado por el -entonces- Bloque del Peronismo Renovador y de la Democracia Cristiana, en la Convención Constituyente de Córdoba de 1987, preveía la revisión del jury de enjuiciamiento frente al sobreseimiento del acusado (art. 169, p. 253, tomo I del Diario de Sesiones)”.

Se agregó “que el derecho a la estabilidad en la función, acordada legalmente tanto a un agente público como a un magistrado, no puede verse empañada al sanearse la causal que provocó su cesantía en la función. No puede, entonces, reponerse en su cargo a un agente público sin acordarse la misma posibilidad a quien ha sido magistrado”.

Además, se incluyó en estos fundamentos la improcedencia de someter al magistrado destituido al mecanismo de un nuevo concurso.

Por mi parte sostengo que la reforma se debería circunscribir al art. 154 de la Constitución Provincial redactado en la siguiente forma:

“Art. 154.- Los magistrados y funcionarios judiciales son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta. Sólo pueden ser removidos por mal desempeño, negligencia grave, morosidad en

el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, supuesta comisión de delitos o inhabilidad física o psíquica. Gozan de la misma inmunidad de arresto que los legisladores. Reciben por sus servicios una compensación mensual que determina la ley y que no puede ser disminuida por acto de autoridad o con descuentos que no sean los que aquella disponga con fines de previsión social. En el supuesto de comisión de delitos, el magistrado o funcionario judicial que hubiere sido absuelto en sede judicial debería ser restituido de inmediato al cargo sin perjuicio de la reparación patrimonial que fijare la ley o determinare el Poder Ejecutivo”. Se busca así evitar la discrecionalidad en el proceso de reincorporación al cargo, dando una solución más imperativa. La majestad de la justicia demanda, una vez más, la protección de la jerarquía constitucional.

LAS RESPONSABILIDADES MORALES Y POLÍTICAS EN EL SIGLO XXI

por PEDRO J. FRÍAS *

SUMARIO: I. El riesgo de la anticipación. II. Un diagnóstico social. III. Los herederos del Estado-Nación. IV. La autonomía personal en la sociedad capitalista. V. La construcción del consenso. VI. El conocimiento y las comunicaciones. VII. Aproximaciones.

I. El riesgo de la anticipación

R. Aron escribió que los hombres hacen la historia, pero no saben la historia que hacen. Sencillamente porque es difícil ser contemporáneo. Yo agregaría que los predictores tampoco. Oswald Spengler, en *La decadencia de Occidente* imaginaba este fin de siglo en el escenario de un socialismo utópico gestionado por un Estado autoritario. Conozco pues los riesgos de la anticipación. El ejercicio que me propongo es identificar las responsabilidades morales y políticas en la construcción social del siglo venidero. Del milenio venidero no, porque las culturas cambian.

Como hablo de responsabilidades morales y políticas en los años próximos, me remito a lo que nos enseñaba Jorge García Venturini ¹ sobre las referencias paradigmáticas:

- En primer lugar, la personificación del individuo, es decir, la conquista por parte de cada uno de su propia capacidad de autodeterminación por la cual el individuo se hace persona;

*Académico de número. Presidente honorario de la Academia.

¹ *El progreso moral en la historia*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1977.

- en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la libertad en sentido objetivo y jurídico;
- en tercer lugar, la vigencia de la paz, el orden y la convivencia;
- en cuarto lugar, la promoción de los más a los beneficios de la civilización.

La síntesis la encuentra García Venturini en el valor justicia, en tensión siempre entre la trascendencia del valor y su concreta realización según coordenadas de tiempo y espacio.

La materia que nos sugiere García Venturini es la sustancia de mi ejercicio, para el que no pretendo la “fantasía exacta” sino apenas la “razón programática”. Pero mi instrumentación será distinta. Tendré que internarme en los corredores que hoy se plantean para alcanzar en el siglo XXI esos valores que enunció el filósofo prematuramente desaparecido.

Esos corredores finiseculares me invitarán a indagar sobre el poder, que condiciona la libertad y la convivencia en el bien común y desde luego sobre el conocimiento y el trabajo que condicionan la realización personal. La bioética y la ciencia en general, la ecología, la corrupción y la educación, serán unas de las tantas omisiones de mi examen.

II. Un diagnóstico social

Si me pregunto cómo estamos, esbozo una respuesta.

Seríamos injustos con este fin de siglo si no reviviéramos el pasmo y la alegría de la implosión del comunismo y la caída del muro de Berlín. El socialismo real no supo conciliar la libertad con la igualdad y la planificación centralizada sacrificó la iniciativa privada al capitalismo del Estado. Lo único negativo es ese pasado que ha dejado a millones de personas ambulando a ciegas entre los escombros de la historia.

La previsible universalización del Estado social de derecho y de la economía popular de mercado es el marco deseable pero no resuelve automáticamente todos los problemas. La economía social de mercado puede conjurar efectos no deseados del mercado mismo, en orden a la solidaridad con los marginados, a la transparencia de las transacciones y a las desviaciones monopólicas. Pero no cabe la ingenuidad de creer que se basta a sí misma. Hay tensiones con la democracia, sobre todo cuando

en el Este europeo se reinstala una economía de mercado, pero también en América Latina y en la Argentina misma, donde hemos tenido un “socialismo sin plan y un capitalismo sin mercado”. La “sobrecarga” que impone esta reinstalación, operada en la emergencia, en la crisis de la crisis, es poca conocida. Claus Offe la señala, como bloqueos recíprocos entre democracia y mercado, y crecimiento e igualdad de oportunidades, que no deben atribuirse a una gestión equivocada, sino que estaría en la naturaleza del mercado. ¿Qué mercado? El capitalismo de la globalización no será el que hemos conocido.

La pluralidad social y cultural se ha instalado trabajosamente con la competencia leal, con la aceptación del otro. “*El infierno son los otros*”, dijo Sartre, pero agregó: “*cuando no los aceptamos*”. Pero el pluralismo tiene su ambigüedad si lo consideramos relativismo. El relativismo genera personalidades frágiles, dependientes y repetitivas. No tocan fondo, no son transitivas para los demás. Pero el relativismo se ha instalado erosionando todo. Cuando el Tribunal Constitucional de España, para desentenderse de una deslealtad de diputados vascos con la Constitución dijo: “en democracia hay que relativizar las creencias”, buscó la peor fórmula. En democracia hay que ponerlas en diálogo.

1. Atravesamos una transición, una historia ambigua, sólo iluminada por la formidable energía que la libertad recuperada en tantas partes introduce en el sistema social.

2. El siglo XX no será místico, al contrario de lo que pronosticaba Malraux, porque vivirá el misterio con “bajas calorías”, incapaz de pasar el “umbral” para una disciplina espiritual digna de ese nombre. El sentido de lo sagrado convivirá con el hedonismo mediocre.

3. La ciencia avanza entre interrogantes. Precisamente cuando está en condiciones de interferir en el misterio humano, carece de respuestas centradas en el hombre mismo, en su antropología. Pero el científico busca, y la angustia es una posibilidad de ser iluminado. Un polo moral tiene que asistir al polo científico.

4. La tecnología nos hará dominados o dominadores. Las comunicaciones sociales no conducirán a un vasallaje planetario, a condición de mantener la libertad de los medios, aumentar su responsabilidad y encender el discernimiento de su público cautivo.

5. La sociedad tiende ahora al individualismo, pero no es un camino sin retorno. Las obligaciones de solidaridad están tan omnipresentes, que

si uno les da la espalda no las esquivo. Es mejor hacerles frente y convenirse que uno tiene lo que da. Pero esto no se logra con cultura *light*...

6. La sociedad se muestra susceptible, esquivo, para las dirigencias y, sobre todo, para la dirigencia política. Caído el mito del “buen revolucionario”, para el que todo era política, se afirma el mito del “buen ciudadano”, que quiere sólo un mínimo de política. Tendremos pues que restablecer el pacto de confianza entre la ciudadanía y la clase dirigente, para que no se resienta el sistema político.

7. Y en cuanto a América Latina, los pronósticos son favorables. Hay consignas de reconciliación contra resentimientos seculares; de solidaridad contra la voluntad de dominio; de integración para combatir el aislamiento y de comunión en torno a la voluntad de progreso y bienestar.

¿Utopía? No, corrección de lo que parecía el camino equivocado de las “décadas perdidas”. Al fin y al cabo, los sistemas políticos que Europa ha demolido en este siglo, han sido más perversos que los nuestros.

8. También son favorables los pronósticos para la Argentina. Fuimos ricos hasta el ‘30. Vivimos como ricos hasta el ‘50, aceptamos la decadencia hasta el ‘90. Ahora, más allá de la ingenuidad del Primer Mundo, podemos reencontrar una noble inserción en el siglo XXI.

Y ahora una reflexión sobre nosotros mismos. Aspiramos a la calidad de vida para nuestra sociedad. Si el filósofo español Juan Luis Aranguren aconsejaba una ética de la escasez a los países enriquecidos de Europa, cuánto más nosotros debiéramos proponernos una ética de la moderación, que dosifique acertadamente bienes materiales -que no sobran- con bienes inmateriales que sí podemos multiplicar. Estos bienes inmateriales son la solidez de la familia, la amistad en el círculo privado, la concordia cívica, la excelencia en la educación y en todo aprendizaje, la política sin partidocracia, las responsabilidades morales de la empresa, la transparencia en los negocios públicos, el servicio a la verdad en las comunicaciones sociales o como diría mi padre, los cuatro tabloncillos de la vida buena: la casa prolija, la hospitalidad sencilla, el cultivo personal y el buen uso del tiempo libre.

Esta docencia debe ser estimulada y acrecentada para que los valores vertebran nuestra sociedad. No podemos manejarnos sólo con el poder político o el poder económico. El que tiene un martillo como herramienta, tiende a tratar todo como un clavo... La ética y la sencillez nos enriquecen como personas, como dirigentes y como Nación.

III. Los herederos del Estado-Nación

Como el problema que voy a plantear es extraño a nuestras reflexiones, algunos creerán que me refiero a la “patria contratista” o a la “patria sindical”. No. Me refiero al Estado-Nación, en el que estamos inmersos. Adviértanse preliminarmente dos precisiones: el Estado-Nación es una construcción reciente que en América Latina permanece hasta ahora como lo hemos conocido después de las privatizaciones ².

En Europa no es así. En primer término, porque el Estado en ninguna parte está en su apogeo (Julien Freund) y además porque está jaqueado desde adentro por los regionalismos y desde afuera por los órganos supranacionales.

En Europa hay regionalismos antisistema, como el vasco y había incluso una organización de dieciséis “naciones-sin-Estado” que aspiraban a la autonomía y muchas ahora la tienen. Pero los regionalismos que operan dentro del sistema, como el catalán, que no pone en peligro la unidad del Estado español, han conseguido lo que querían: no depender del gobierno central. En Bélgica la transformación llegó a su término pacífico con la proclamación de la Constitución Federal.

Esto por dentro de cada Estado europeo. Por fuera, están los órganos supranacionales, más precisamente la Unión Europea, resistida por unos pocos y elaborada no sin ansiedad. El corazón del Tratado de Maastricht es la subsidiariedad. La subsidiariedad, aquel principio de la doctrina social católica que a igualdad de eficacia prefiere asignar las responsabilidades sociales a la unidad estatal menor. En la Unión el principio trabaja en favor del Estado-Nación, pero en el interior de cada país, trabaja en favor de la descentralización: la región, la provincia, el municipio.

Los sucesores

Los analistas, y no necesariamente los futurólogos, han abierto la sucesión del Estado-Nación. El ciclo de lo público, desarrollado a partir

² Conserva actualidad la reflexión de Carlos RUIZ DEL CASTILLO en *Crisis y porvenir de la idea de Nación*, Madrid, 1945. Entre las reflexiones primitivas de la globalización como Estado universal, confr. Silvio TRENTIN, *La crise du Droit et de l'Etat*, Paris, Alcan, 1935.

de 1930 concluyó por sus propios excesos: el Estado empresario, industrial, benefactor, aunque escasamente... Han vuelto espacios que el poder público ocupaba ociosamente a la sociedad y especialmente al mercado.

Pero ese desgajamiento debe preocupar a los que se interesan por el siglo XXI.

Un personaje mediático de Francia, en un reportaje póstumo, ha predicho que los conflictos del siglo XXI serán entre sectas y mafias. Duro pronóstico. Sectas, fundamentalismo, no serán lo corriente entre nosotros. Así lo espero. ¿Pero las mafias? Las mafias ya están entrenadas entre nosotros y han encontrado una sociedad no fácil pero permisiva, vacilante en sus valores profundos, donde el pensamiento “débil” es ante todo el del espectador “cautivo” de la televisión. La mafia siciliana se formó por la ausencia: del Estado. Ciertas “familias” debieron reemplazar lo que no existía. Así creció el régimen organizado o lo que es más frecuente en el mundo económico, el dominio monopólico de un mercado: el postal, el de hidrocarburos, cualquiera.

Pero no me parece serio creer que a esta altura de la historia, las mafias serán herederas del Estado. El Estado no debe ser débil, sino fuerte en sus pocas funciones esenciales. Queremos que esté a la cabeza de los grandes arbitrajes sociales, de la política exterior, de la macroeconomía, de funciones como la justicia y la seguridad.

Sociedad civil e integración

He escrito un “elogio del Estado”, cuando me pareció que debía exaltar ciertas pocas funciones que deben seguir a su cuidado, aunque quizás gestionadas de otro modo.

Parte del dinamismo estatal ha sido asumido por el dinamismo social. Me refiero al “capital social” constituido por las asociaciones intermedias que deben aumentar su protagonismo en la nueva situación. No estoy pensando en una sociedad corporativa, ni mucho menos estoy creyendo que la clase política tendrá que nutrirse de los líderes sociales, aprender de ellos, compartir las decisiones con ellos y con eso pienso que los actuales consejos económico-sociales deberán cambiar su perfil bajo.

Parte de las antiguas funciones del Estado han pasado a las empresas de servicios, Su regulación resulta un capítulo de preocupante impor-

tancia. Los oligopolios deben ser perseguidos hasta las últimas consecuencias. Sería más cruel el oligopolio que el Estado benefactor.

Parte de las regulaciones del antiguo Estado-Nación pertenecen desde ya a los órganos comunitarios. Del siglo XX sólo quedaron el Estado de derecho, la economía social de mercado y la integración. Debemos cuidar que el sentimiento nacional no se extinga sino que conviva con el nuevo horizonte de los pueblos-continente. Vuelvo a repetir: tendremos que vivir parados en diagonal, con las piernas abiertas y un pie en nuestro medio local y el otro en cualquier rincón del mundo.

Los herederos del Estado-Nación en el siglo XXI serán pues los que ya se insinúan: la comunidad nacional organizada, las empresas de servicio y los órganos comunitarios para que la entidad de cada uno se enriquezca sin perder el acento que nos hace lo que somos. Y el Estado se sucederá a sí mismo, pero con otro modo de gestión, comunicado y descentralizado.

IV. La autonomía personal en la sociedad capitalista

Una de las responsabilidades arduas del futuro próximo será resguardar la autonomía personal -libertad moral y actividades económicas- ante la amenaza real de las oligocracias y los oligopolios. Privilegio el tema porque están dadas algunas condiciones favorables a la concentración de poder en Occidente y en nuestro país, que no puede ser excepción.

En la oligocracia, aunque no disminuyan los protagonistas políticos, el poder real está en algunos vértices y la clase política se vuelve vicaria, como intermediarios mediocres, de escasa representación.

En los oligopolios, el mercado puede ser inmenso pero condicionado por quienes manejan las decisiones últimas.

La escasa participación política, inducida o espontánea por un civismo debilitado, favorece la concentración del poder político. Si como hoy la ciudadanía se muestra escéptica y susceptible, no puede esperarse que tome iniciativas de participación eficaces. La partidocracia crece distraída en sus juegos internos, en sus acomodamientos, en sus disputas menores. La partidocracia es concentración del poder en los partidos sin relación con la mediación política o la gestión del gobierno o de la oposición.

En el mercado global, en la aldea planetaria, las multinacionales pueden ser tentadas de desalojar la competencia más débil. Si las multinacionales con sus economías de escala están en condiciones de dominar mercados, los otros operadores económicos entran en paulatina servidumbre.

No se me entienda mal: los supermercados son muy atractivos, pero no le falta razón al ministro de Agricultura de Francia cuando señala que privatizan el espacio público atenuando la animación de los centros urbanos y están en condiciones de imponer los precios al productor. En ese caso, las ventajas del mercado son aparentes. La oferta y la demanda quedan condicionadas.

Vínculos sociales y capitalismo

Esta línea de pensamiento nos lleva a advertir la necesidad de humanizar el capitalismo vigente en el mundo con relaciones comunitarias de pareja fuerza. Quiero decir que el altruismo, la alteridad que enlaza el “yo” con el “tú-en-libertad”, la vida comunitaria, es la que puede corregir el individualismo posesivo que el capitalismo estimula.

En efecto, es sabido que si el capitalismo se instala en una sociedad sin relaciones humanas muy sólidas, incita a vínculos egoístas (C.B. Macpherson), a las contradicciones culturales que señala Daniel Bell o el “agotamiento moral” predicho por Fred Hirsh, según relaciona Henry Z. Muller en su antiguo ensayo sobre “el futuro del capitalismo”. No necesito citar a pensadores de izquierda, como Jürgen Habermas, para subrayar que las conductas adecuadas a la producción y al intercambio socavan otros campos más íntimos basados en acuerdos compartidos.

Permítanme algunas precisiones. El matrimonio y la familia son la institución que la mayoría de los analistas del capitalismo considera necesaria para complementar el mercado. Si bien el matrimonio comienza en un contrato, escribía Hegel, se trata precisamente de un contrato que trasciende el concepto de un contrato. Es en la familia donde cada uno absorbe el modo de compartir que corrige el egoísmo posesivo (Muller).

La autonomía personal

Estoy refiriéndome a la autonomía personal, valor precioso si lo hay, pero que depende de un sutil equilibrio entre libertades y responsabilida-

des, entre la liberación de las imposiciones de la comunidad y la seguridad que ofrece la comunidad (Peter Berger).

Esto se logra con la actuación de cada uno en las sociedades intermedias, en las comunidades de base, de que deriva nuestro sentimiento de pertenencia e identidad.

La autonomía se expresa en la riqueza de nuestras opciones, pero como dice Ralph Dahrendorf, las opciones libres conocen las ligaduras. *“Las ligaduras sin opciones son opresivas”*, escribe, *“pero las opciones sin vínculo carecen de sentido”*.

Los “constructores de la sociedad” en el siglo XXI, operarán con los vínculos nacidos en la familia y en las sociedades intermedias, o sea, con el capital social disponible, para que esa autonomía personal las trascienda en sus opciones concretas. ¿Para qué? Para que el egoísmo posible de esas opciones no nos margine de la comunidad.

La vida necesita el contrato, pero por el contrato tenemos que ir más allá del contrato mismo, hacia la solidaridad.

La dimensión social

Digo hacia la solidaridad. Es la que se está pidiendo a la empresa económica hoy. No son los pastores de una iglesia ni menos el socialismo decadente. Son grandes empresarios como Soros o David Rockefeller, tan comentado en estos días. Desaparecido el Estado benefactor, los empresarios de hoy tienen como nunca antes, una responsabilidad ante la sociedad que va mucho más lejos que la maximalización de las ganancias. Y esto es posible sólo mediante una aproximación más cívica, humana y sensible al complejo proceso de la reestructuración empresarial. Es preciso, pues, desarrollar formas innovadoras de construir “capital humano” a través de la inversión para el futuro de los trabajadores, la autonomía personal en vez del recorte precipitado y negligente de costos y personas, con el ojo puesto exclusivamente en unas utilidades a corto plazo³.

³ Ver comentarios de Alfredo BRYSE ECHENIQUE, en *ABC*, 13/4/97; Mariano GRONDONA, “El reloj de la historia” en *La Nación* del 11/5/97 y Didier LIVIO, “L’entreprise en 2010”, en *Le Figaro-Magazine*, 3/5/97.

El trabajo humano

Está demasiado presente la cuestión del desempleo como para que intente poner énfasis en la responsabilidad de los constructores de la sociedad venidera para paliarlo. El desempleo es estructural porque la tecnología ha invadido el espacio personal. Sería una voz solitaria la que volviera a proponer destruir las máquinas.

Hay una dimensión social de la globalización a través del comercio internacional, que ya fue objeto de advertencias diversas en la Pastoral Social Católica. Habrá que calificar a los desempleados y estimular los pequeños y medianos emprendimientos. Las sociedades de familia siguen prósperas en Italia.

Pero la dimensión global se cruza con responsabilidades políticas en cada país y en la sociedad internacional. La OIT ha logrado la ratificación por muchos países de siete condiciones sociales “fundamentales” entre 1930 y 1973. Establecen la prohibición de toda clase de trabajo forzado, la explotación laboral de niños, el pago de igual remuneración por igual trabajo para hombres y mujeres, el derecho a la sindicalización y a los acuerdos colectivos a los empleadores ⁴.

Carlos Floria nos advierte que no hay respuestas serias al desempleo Y efectivamente el pronóstico no es optimista por las razones que paso a explicar:

- La ciencia política dice hoy que ciencias sociales y políticas se entienden, pero no se entienden la economía y la política. Quizás porque la economía es muy racional y la política sigue siendo irracional o a lo menos imprevisible. Puede ser también que la sociedad de consumo exige tanto a la economía, que ésta ya no reconoce ni a la moral ni a la política como estructuras arquitectónicas.

- Se agrega que el crecimiento económico no genera automáticamente más igualdad. Tampoco genera muchos más empleos. Los europeos creen que sólo un crecimiento sostenido durante diez años llega a todos los sectores.

⁴ Pierre SOMONITSCH, “El trabajo de un mundo globalizado” en La Nación.

- Agreguemos que en la Argentina, los estudios revelan que la tendencia espontánea a la igualdad de oportunidades es lenta, porque se parte de un capital humano diferente en cada región ⁵ ¿Saben ustedes que Ushuaia es la ciudad más austral de Córdoba? Es claro, Córdoba ha dado profesionales universitarios a la Patagonia, San Luis maestros, y otras regiones, mano de obra no calificada.

Nuestra responsabilidad es evidente: la de crear las condiciones que, sin alterar el mercado, permitan a la economía ser dócil a la moral y a la política, para una vida más humana.

V. La construcción del consenso

La gobernabilidad de la sociedad democrática depende del consenso, que es fácil cuando la cosmovisión es compartida, posible pero problemática cuando las mentalidades diversas se mantienen en diálogo y difícil cuando entran en conflicto.

En los próximos años el consenso requerirá políticas deliberadas porque, aunque facilitado por el rechazo de la violencia, debe operar en una sociedad abierta, plural, a veces heterogénea y no siempre pluralista.

¿Cuánto consenso se necesita? Diría que es suficiente que las decisiones de la mayoría no sean percibidas por las minorías como ilegítimas al punto de arrastrarlas a la ruptura.

Para evitar la ruptura, el sistema político debe responder a las siguientes necesidades, en las que glosó libremente a Manfred Mols:

- Ser flexibles a las mutaciones socioeconómicas; en consecuencia, hay que atender a la vez a la sociedad local y al mundo global (por ejemplo, el triunfo del laborismo).

- Capacidad para la solución de conflictos: en consecuencia, todo lo necesario al Estado y todo lo posible a la sociedad.

- No encapsularse y reconocer los protagonismos emergentes; en consecuencia, evitar la “oligarquización” de la dirigencia.

⁵ Confr. FRÍAS, *Conductas públicas*, Córdoba, 1997, pág. 85.

- Una reserva de legitimación, para mantener a los insatisfechos en la legalidad; en consecuencia, prioridad a las instituciones, no a las movilizaciones.

- Asegurar desarrollo con justicia; en consecuencia, no ser primeros ricos para después ser justos, sino propagar el sistema de prosperidad y entre tanto asegurar la solidaridad que es la corresponsabilidad con el prójimo.

- Conjugar autonomía e interdependencia entre los Estados; en consecuencia, ni autárquicos ni satélites (por ejemplo, las “relaciones carnales”, la seducción...)

Moral civil y cultura abierta

El consenso es facilitado por el *ethos*, o sea por los valores vividos en la vida emotiva de la gente. La sustancia ética -dice el teólogo salmantino González de Cardedal- es el conjunto de bienes jurídicos, de convicciones morales básicas y de instituciones en las que nos expresamos. Hay que reivindicar con él una moral civil y una cultura abierta. Moral civil es el plexo de ideales últimos, de valores intermedios y de normas particulares con los que un pueblo vive su destino con dignidad personal, responsabilidad asumida y eficacia histórica.

¿Y cultura abierta? Es la que nos permite configurar nuestro entorno, abrirnos a la Trascendencia, ordenarnos al prójimo como a un tú-en-libertad capaz de expresar nuestro mundo interior.

Puede temerse que en los años próximos esas convicciones se hayan degradado todavía más y la sociedad se maneje con los sustitutos, a que alude reiteradamente Víctor Massuh en su frase conocida: “*faltan las señales indicadoras de otrora: la naturaleza, Dios, la razón, la comunidad, el individuo... La criatura humana está acosada por comentaristas, ventrílocuos, prótesis, canales televisivos, avenidas de la comunicación, semidioses del espectáculo, drogas místicas, sectas... es decir, sustitutos*”.

Los contrastes entre estos sustitutos pueden o no ser favorables a la tolerancia que facilita el consenso, porque es la aceptación de los otros, pero la tolerancia no es la dirección de la sociedad, no es su gobierno ni su gobernabilidad. La dirección nace de la prudencia, que es en la definición

de Santo Tomás, la *recta ratio agibilium*. El discernimiento acertado de lo que hay que hacer no nace de los sustitutos, que se tiran después de usarse. La dirección nace de alguna convicción básica compartida, aunque el consenso no sea total. En mi prólogo al último libro de Fernando Nadra, *La utopía posible* expliqué el diálogo que durante cincuenta años mantuve con el más conspicuo dirigente comunista de la Argentina. Podíamos discrepar en casi todos los temas, pero los dos veíamos a la sociedad como una “reunión” que preferíamos como democracia “gobernante” más que como “democracia gobernada”.

El aparato partidario no podía ahogar lo humano hasta el punto de serle totalmente externo.

Creencias en diálogo

Me aventuro a algunas conclusiones:

- El consenso democrático del siglo XXI será el propio de una sociedad abierta.

- La cultura *light* no facilita el consenso sino que estimula la segregación.

- Las convicciones religiosas y morales permiten el consenso si su proselitismo adquiere ejemplaridad positiva.

- La tolerancia y la transacción en el mal menor facilitan el consenso, pero hay que esperar algo más: descubrir la solidaridad entre posiciones contrapuestas que suele esconderse en el espesor de la realidad.

VI. El conocimiento y las comunicaciones

Cuando dos investigadores franceses titularon un libro *El ordenador al poder* pretendían llamar sensatamente la atención a ese proceso que nos lleva a navegar en Internet ⁶.

⁶ “La informática” en *La racionalización del poder*, en Pedro J. FRÍAS, *Sobre poder y sociedad*, Tucumán, UNSTA, 1983, pág. 110.

No necesito repasar el proceso por el que se dice que hemos llegado a la sociedad del conocimiento (Daniel Bell, Peter Druker, Alvin Toffler), donde el principio axial es el conocimiento como motor de la innovación⁷. En la sociedad predominará la comunicación de conocimientos y el procesamiento de la información. Sin embargo, la habilidad de conceptualizar problemas y de encontrar sus soluciones, está objetada paradójicamente por la acusación de fracaso del pensamiento metódico y del diálogo racional. Se le oponen la institución, la emotividad o la banalización creciente de los valores y los comportamientos.

Lo lúdico de la imagen parece desvanecer el discernimiento, el criterio que nos señala lo mejor o lo peor.

Fernández Pedemonte señala también el desborde de la información y cita la anécdota de Umberto Eco, que buscando referencias para una charla sobre Jerusalén, encontró en su PC 40.000 citas. Antes le bastaban tres libros. Esa creciente ¿es una ayuda o una trampa?

Una responsabilidad moral del siglo venidero será *seleccionar*. Elegir algo y dejar el resto es la cualidad que se requiere para tomar decisiones. Esa cualidad compromete generalmente la verdad y el bien, aunque hay opciones naturales.

Las comunicaciones sociales

Una sociedad es sana cuando genera una prensa independiente de sus gobiernos que asegura el pluralismo informativo. Obviamente, el orden moral añadiría otras exigencias más profundas de servicio a la verdad y al bien común.

Todos conocemos la dependencia en que vivimos ante las comunicaciones sociales. Luis Jiménez de Parga, gran politólogo español, juez del Tribunal Constitucional, lo dice con énfasis en su último libro titulado *La ilusión política*.

⁷ Confr. Damián FERNÁNDEZ PEDEMONTE, "Selección: la virtud intelectual en la hora de Internet", Intermedios, N° 475, 1996. Ver el proceso actual y futuro en "Apocalypse medias", Le Monde Diplomatique, abril 1997.

Jiménez de Parga opone la opinión pública a la opinión publicada y distingue en lo que la generalidad no distingue intoxicación, manipulación y desinformación. Las tres tienen en común el que nos llevan a un juicio parcial o equivocado.

El gran autor hispano cita a Gerard Mermet en su *Democrature* que cataloga diez deficiencias:

1. Los asuntos tratados en los medios se eligen por el interés que pueden suscitar.

2. Las cuestiones simples tienen preferencia a las difíciles, con olvido de la trascendencia de las últimas en la organización y funcionamiento de la sociedad.

3. Los medios no suelen presentar los acontecimientos tal como son, sino que los “ponen en escena”, a fin de darles atractivo y espectacularidad.

4. Los medios tienen una tendencia a movilizarse rápidamente; y todos conjuntamente, sobre un acontecimiento. Este hecho adquiere entonces un lugar inadecuado en la opinión pública, muy por encima del que debería ocupar por su importancia auténtica.

5. Los medios se desmovilizan rápidamente, y no siguen los asuntos hasta la clarificación final.

6. La influencia de cada medio depende necesariamente del número de sus lectores, radioescuchas o telespectadores. En todos los países hay medios que crean opinión, influyendo indirectamente en el público que recibe el mensaje del medio popular.

7. Los profesionales de los medios no son, tomados en su conjunto, representativos de las sociedades en que operan.

8. Los medios privilegian lo que es raro, anormal, negativo o sorprendente, respecto a lo que es común, normal y reconfortante. La imagen que ofrecen del mundo es distorsionada.

9. Para analizar y explicar los hechos, los medios utilizan un número restringido de expertos. Ocurre así en todos los países. El parecer de la mayoría de los especialistas permanece inédito.

10. Los medios no transmiten, en suma, la realidad tal como es, sino que la modifican y la deforman.

Los invito ahora a pensar cualquier caso concreto que hayan seguido para investigar la “mediatización” de un caso judicial. Puede ser

el trágico suceso de María Soledad, el del ex futbolista Simpson o el de Gabriela Osswald. En su libro *Instantáneas*, Beatriz Sarlo lo examina con fina atención. “*El caso ‘Osswald versus Wilner’ es una condensación reveladora, una síntesis espectacular, un guión donde se concentran rasgos fundamentales de la Argentina en los noventa*”. Como recordarán, ambos se casaron y se fueron a vivir a Canadá, donde tuvieron una hija. Al separarse, la madre trajo la hija sin autorización del padre. Comenzó una batalla judicial en que siete jueces argentinos y canadienses dieron razón al padre quejoso. El caso no compromete más que la vida privada, hasta que un gran comunicador social se instala en el largo debate cuya notoriedad no fue sepultada ni siquiera por las elecciones. Aparece el tema de la nacionalidad humillada porque, en síntesis, la hija se verá obligada a vivir en un país donde según la madre será siempre una ciudadana de segunda. Lo apoya en su propia experiencia en Canadá. La movilización de la sociedad fue espectacular. Maradona visita a la madre, la madre visita la Casa de Gobierno, la Cancillería es presionada para que intervenga. Las voluntarias rodean la casa donde se esconde la chica que debe volver a Canadá para que no se cumpla la resolución judicial.

Una hipótesis distinta de “mediatización” del caso es la que pudo juzgar la Argentina con el doloroso proceso de María Soledad. La televisación del juicio oral y público -no siendo de acción privada- parece connatural. Puede incomodar a sus actores, porque la compostura no se guarda siempre e incluso descubrir la transgresión de una seña que uno de los jueces hace a su colega. Está en la lógica del proceso. A su vez, la televisación introduce distorsiones en el juicio: en el caso de Simpson una cámara captó por dos segundos el rostro de un jurado, lo que está prohibido a fin de proteger esa delicada tarea. Allí se desistió de suspender la televisación por la presión de las cadenas. Otro tanto ocurrió quizás por la presión de la opinión “publicada” -para valerme de la diferenciación de Jiménez de Parga- en el proceso por la muerte de María Soledad.

Cualquier análisis del tema -y ya sin referirme a la justicia- llega a la misma conclusión: la televisión es una superficie móvil de imágenes fugaces -salvo en los debates- que no tiene interioridad. Lo que señalo es grave porque el espectador cautivo sacrifica su conciencia reflexiva para tener sólo conciencia dinámica. Hasta la violencia, como ejercicio de la energía física, puede cobijarse.

Una de las responsabilidades morales de la sociedad “adviniente” será educar el espíritu crítico, evitar la manipulación de que he escrito largamente, y con ella la intoxicación y la desinformación⁸.

No bastan los manuales de estilo. Los medios deben comprometerse más con la verdad y el bien moral, aun en una sociedad pluralista tentada siempre de relativismo.

VII. Aproximaciones

Llega el momento de las conclusiones, pero no creo que sean tales. Son simplemente aproximaciones a los temas tratados y a los que están implícitos.

1. Será básico construir una espiritualidad genuina que contenga los valores morales y sociales sin los cuales el equilibrio futuro será frágil, aun si superamos los desencantos actuales y posibles.

2. El dinamismo social y la conducción del Estado exigirán la paciente construcción del consenso propio de una sociedad abierta y pluralista. Deberá por una parte conjugarse con las imposiciones de incipientes oligocracias mundiales y oligopolios del mercado. Por otra, deberá acoger las mutaciones socioeconómicas y empeñarse en mantener a los descontentos en la legalidad.

3. El problema de mayor incidencia individual y social será el desempleo. La sociedad, el Estado y el mercado deberán coordinarse para facilitar capacitación, estimular emprendimientos y con o sin el mercado habilitar una red de solidaridad que restara capitales activos al crecimiento económico, mantendrá un mínimo de dignidad personal.

4. Las comunicaciones no serán el cuarto poder, sino el poder envolvente o englobante que mediatiza todo. Los manuales de estilo no bastarán, si no crece el compromiso de los medios con la verdad y el bien moral.

5. Debemos asegurarnos de que el Estado sea propio heredero de sí mismo, la sucesión abierta del Estado-Nación como todavía lo conoce-

⁸ Confr. Pedro J. FRÍAS, *La vida pública y sus protagonistas*, Córdoba, 1995, pág. 43.

mos. El arbitraje de la política exterior, la macroeconomía, la justicia, la seguridad y los grandes equilibrios entre el capital y el trabajo y la producción y el consumo no pueden escapar del Estado, pero con otro modo de gestión, abierto a la sociedad, controlado y descentralizado.

6. La integración evitará que quedemos más solos en un mundo más unido. Pero la integración es el reconocimiento de la interdependencia de pueblos y personas, con su propia identidad. En “todos los hombres” debe estar “todo el hombre”.

7. Será indispensable conjugar la solidaridad entre las generaciones, porque la baja natalidad nos promete una clase activa reducida respecto a una clase pasiva que acrecienta su longevidad y debe ser sostenida.

8. La ecología debe ser un objetivo de la conciencia y de las políticas, no una ideología. La Tierra no es un planeta como los otros porque está cubierta por una delgada capa de vida. Y como siempre, el hombre es una promesa o una amenaza. Debemos confirmarnos como promesa.

9. La corrupción es una tentación demasiado fuerte cuando la conciencia social vacila sobre los valores. Hay que restablecer la “vergüenza” para asegurar transparencia y la vida austera para reordenar los deseos hacia los bienes inmateriales. Más que nunca, nos será necesaria una “ética de la penuria”.

10. Todo será posible si la familia sigue transmitiendo fe en la vida, reconcilia las tensiones y encamina los aprendizajes, sobre todo los que combinan innovación, organización y entrenamiento. Y si la sociedad mantiene las creencias en diálogo y garantiza las autonomías legales y morales y las diferencias que respeten el orden y la moral pública como lo requiere la Constitución.

**RECEPCIÓN DE
ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ITALIA, DR. GUIDO ALPA

*Palabras de presentación a cargo del Sr. académico de número,
Dr. Juan Manuel Aparicio*

Se incorpora hoy a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en calidad de miembro correspondiente, el catedrático Guido Alpa. Siguiendo lo que es de regla, me cabe de honor de hacer su presentación. Empero, ante todo, en el comienzo de esta exposición debo señalar algo paradójico: los reconocidos méritos del profesor Guido Alpa le han hecho ganar un justo prestigio profesional, lo que determina que no necesite presentación alguna. Para tranquilizar al auditorio debo adelantar que esta presentación va a tener la virtud que todos esperan: la de su brevedad. La presencia de este distinguido jurista en nuestra ciudad ha generado marcadas expectativas, con la consecuente ansiedad de escuchar su palabra. No he de demorar tales expectativas ni tensar dicha ansiedad con innecesarios excesos discursivos previos.

Guido Alpa nació en Ovada, Alessandria, el 26 de noviembre de 1947. Obtuvo su “laurea” en Derecho en la Universidad de Génova, con la calificación 110/110 y felicitaciones, en el año académico 1969/1970. Su carrera académica comenzó a partir de 1972, en la mencionada casa de altos estudios. En el desarrollo de ella, en el año 1973, fue designado profesor ordinario del Curso de Instituciones de Derecho Privado. Desde 1991 es profesor de dicho Curso en la Universidad “La Sapienza” de Roma. Entre los años 1991 y 1995 fue encargado del Curso Sistemas Jurídicos Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova. Y desde 1996 enseña en dicha Facultad materias concernientes al Derecho Comparado. También ha sido profesor visitante en la School of Law de Oregon, en la Universidad de California (Berkeley), en la de Londres, en la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Mannheim, Trento y Coimbra. Además, en la Universidad de Barcelona y

de Granada. Es profesor *honoris causa* de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Se ha hecho la nómina sustancial de los títulos académicos del profesor Alpa. Ellos forman parte de un extenso *curriculum* pletórico de antecedentes, todos y cada uno de destacable valía. Obvio la referencia a los títulos profesionales, a las comisiones o los consejos de los cuales ha sido miembro o consultor y otros logros y distinciones en homenaje la prometida brevedad.

De la larga lista de sus publicaciones, me limitaré a destacar los temas sobre los que han versado, traduciendo los títulos de sus obras al español: a) En materia de tutela del consumidor: Responsabilidad de la empresa y tutela del consumidor. Tutela del consumidor y control de la empresa. Las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores. El derecho de los consumidores. Introducción al derecho de los consumidores. b) En materia de contratos: El contrato en general. El contrato en el *common law* inglés. La interpretación del contrato. c) Cursos publicados: Instituciones de Derecho Privado. Manual de Derecho Privado. Curso de derecho contractual. Lecciones de derecho privado europeo. d) Otros temas varios: Responsabilidad civil y daño. La transparencia de los contratos bancarios. Los principios generales. El arte de juzgar. El problema de la atipicidad del ilícito.

El profesor Alpa, además, ha publicado 17 trabajos en idioma inglés y es codirector de ocho revistas de prestigio.

El tema sobre el que ha de versar la disertación de nuestro flamante académico correspondiente despierta el máximo interés: “Un Código Europeo de los contratos: ¿qué salida?”. Como es sabido, en resolución de mayo de 1994, el Parlamento Europeo confirmó la resolución emitida el 26 de mayo de 1989 concerniente a la armonización de algunos sectores del derecho privado de los estados miembros. Se considera que una armonización progresiva es esencial para la realización del mercado interno. Se persigue, como resultado, la elaboración de un código común europeo de derecho privado, en varias etapas de acercamiento progresivo de las normativas vigentes. Se mencionan las entidades que se han preocupado por esta tarea de armonización: Unidroit, Uncitral y el Consejo Europeo, amén de los trabajos llevados a cabo por la Comisión sobre el derecho contractual europeo, también denominada Comisión Lando, nombre que recibe por su presidente, el jurista danés Ole Lando. Esta Comisión

elaboró un conjunto de reglas que han sido publicandas, con el título “Principios de derecho europeo de contratos”. A este antecedente se ha sumado el Proyecto de la parte general de código europeo de contratos, también denominado Proyecto Gandolfi por referencia al coordinador y *factotum* de este cometido, llevado a cabo por la Academia de iusprivatistas europeos, con sede en Pavía.

Pues bien, ¿qué destino puede preverse para estas iniciativas? ¿Cuáles son sus diferencias y que juicio crítico merecen? Nadie mejor que el profesor Guido Alpa para dar respuestas a estos interrogantes. A su sólida formación comparatista se une su no menos envidiable versación en el derecho contractual que lo erigen en una autoridad de primer nivel en la materia

Debo confesar que no he tenido la fortuna de conocer personalmente al profesor Guido Alpa, quien viene a enriquecer la nómina de miembros correspondientes de esta corporación. Sólo he tenido el contacto con este distinguido jurista que da la lectura de sus trabajos, la cual permite al lector enriquecerse aprovechando la fecundidad de un pensamiento coherente e ilustrado. Sin embargo, cuento con numerosas referencias que coinciden en los atributos de su personalidad: una humildad y sencillez que es propia de los espíritus selectos y equilibrados. Una marcada bonhomía que le ha granjeado el aprecio y afecto de sus colegas, discípulos y alumnos. Es que Guido Alpa es la expresión paradigmática del maestro. Grandes dosis de generosidad se requieren para adquirir la jerarquía de tal. El maestro no se limita a la mera transmisión de un saber en la cual, como un eco, se escucha a sí mismo. El maestro punza la curiosidad y apetencias de saber de sus discípulos, las agujonea, para hacer brotar en ellas un hontanar de múltiples inquietudes, que los impulsen a la investigación, y a que tome vuelo la capacidad del propio juicio crítico. El maestro no enseña a estar, sino a caminar.

Permítaseme, pues, darle al profesor Guido Alpa la más cordial y alborozada bienvenida a nuestra casa que a partir de hoy, pasa a ser también la suya.

UN CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS: ¿QUÉ SALIDA? *

por GUIDO ALPA

SUMARIO: I. ¿Qué punto de observación? II. ¿Qué rutas? III. ¿Qué elecciones y qué rutas? IV. ¿Qué papel debe asignarse a las reglas del derecho internacional privado? V. ¿Qué conclusión?

I. ¿Qué punto de observación?

Hoy en día, los juristas se preguntan sobre el estado actual de las instituciones heredadas por la tradición civilista y al mismo tiempo, sobre los problemas que, convencionalmente, han sido asignados a las ramas del derecho comercial, del derecho laboral y del derecho procesal. Esto indica, sin embargo, que cuando se piensa desde el punto de observación del fenómeno del “derecho privado comunitario”, se piensa en un sistema -mejor, en un complejo de reglas- en el que la distinción entre derecho civil y derecho comercial (a su vez menguada, no sólo por razones culturales, sino por la relación entre la normativa y el *status* de las personas) es sólo convencional, una distinción que nosotros, los juristas italianos, compartimos con los juristas holandeses¹, en un panorama europeo continental en el que el sistema de la doble codificación, civil y comercial, persiste, aunque siempre con mayor fatiga, y en un panorama europeo insular y escandinavo, donde la ausencia de codificación ha permitido

* Discurso de recepción como académico correspondiente en la República de Italia, pronunciado el 25 de marzo de 2008.

¹ HESSELINK, *The New European Legal Culture*, Deventer, 2001.

evitar todos los problemas conectados con la distinción entre las dos materias (que está presente sólo por razones didácticas y científicas) y con la coordinación entre los códigos ².

Si se consideran las iniciativas en otros ambientes culturales, en otras experiencias jurídicas desarrolladas al interior de las fronteras de la Unión, podemos individualizar diferentes enfoques provenientes de diferentes puntos de observación, que no son alternativos sino que complementan el punto de vista formal.

Me refiero, por ejemplo, al enfoque de *política del derecho*, del cual emergen los aspectos sociales de las reglas que actualmente gobiernan y, en una dimensión probable, podrían gobernar en un futuro, el derecho privado comunitario. La discusión sobre el “*manifesto*” del derecho contractual europeo está dirigida a entender, críticamente, los efectos de los intentos de codificación y, en primera instancia, de armonización y uniformación de las reglas comunitarias, que inciden en las relaciones entre particulares (profesionales, consumidores, individuos), como también a determinar si las iniciativas comunitarias, las propuestas de la comunidad, las propuestas emanadas por la fantasía y la inteligencia de los centros de estudio académico y profesionales más abiertas a las novedades, siguen una lógica intrínseca, si obedecen a exigencias “técnico-burocráticas”, si se someten a necesidades económicas, si buscan un equilibrio de los intereses en juego o si ocultan, detrás de las propuestas, una defensa a ultranza del *status quo* disfrazado por una ornamentación progresista ³.

A este enfoque, correspondiente a punto de observación diferente, se flanquea el del *análisis económico del derecho*: en este ámbito, entre las diferentes contribuciones, se destaca el grupo de estudio coordinado por Smits ⁴. Pensaba que aquel grupo de investigadores, tan atento a las exigencias del mercado, estaba inclinado hacia la promoción de un respeto estricto, casi sacro, del principio de la autonomía privada, que resaltase

² GOODE, Commercial Law, Lexis-Nexis, 2006.

³ MONATERI, GIARO, SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005; (ed.) SOMMA, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007.

⁴ *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Groeningen-Amsterdam, 2005.

los aspectos paternalistas de la tutela del consumidor, que buscase el exaltamiento de la diferencia entre las culturas, la competencia entre ordenamientos, los aportes de la invención profesional y de la técnica de los empresarios, de los juristas, de los analistas económicos y, en consecuencia, se opusiese a cualquier búsqueda, o cualquier propósito, de uniformación y/o codificación. Con sorpresa, el resultado de su investigación llegó a conclusiones opuestas, con fundamento tanto en los costos de las transacciones que se generarían alrededor de una operación económica expuesta a las incertidumbres de la elección de la ley aplicable y la elección de las cláusulas que componen la base de los modelos contractuales en uso, como en los costos de la asistencia de expertos en la negociación y celebración de un contrato. Además, con fundamento, tanto en la ausencia de un modelo económico comparable con los existentes, puesto que los efectos de la uniformación aún no son claros, como en el hecho que el periodo de tiempo y los sectores en los cuales se manifiestan no permiten elaborar, actualmente, conclusiones seguras, puesto que el fenómeno investigado -la codificación de derecho privado comunitario- no ha concluido en lo absoluto ⁵.

Pero también podemos agregar el enfoque *pragmático*, que toma en cuenta, sobre todo, los resultados concretos que estas iniciativas pueden generar: concretos en el sentido de los cambios positivos para el sistema económico general y para el sistema económico de cada uno de los países miembros, para el desarrollo de los tráficos y del comercio, para la integración del mercado europeo, para la actividad de los profesionales involucrados, etc. Se trata del enfoque, o punto de vista, proveniente de los representantes de los *stakeholders*, del cual, los encuentros organizados en Bruselas por D. G. Sanco sobre el derecho contractual europeo son sólo la punta del iceberg de un trabajo preparatorio que permite a los representantes de los profesionales de los diferentes países miembros encontrarse, estudiar, discutir y deliberar los argumentos puestos en el orden del día por el programa CFR-net, así como presentar propuestas alternativas ⁶.

⁵ ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007, pág. 8 ss.

⁶ Sobre el punto ver ALPA, *Introduzione*, cit., págs. 107 ss., 159 ss. También ver la Mesa Redonda de la clausura de los trabajos coordinada por A. Falzea, con la partici-

Parecen ya lejanas las propuestas que aconsejan esperar a que la convergencia natural de los ordenamientos recorra su camino, presentada por B. Markesinis, o las críticas a todo tipo de armonización en virtud del valor de la diversidad (cultural, de léxico, lógica y técnica de las experiencias jurídicas europeas), defendida con vigor por P. Legrand, o las críticas a la “codificación” en sí, del derecho privado europeo ⁷, o de cualquier otra experiencia en la cual se abusaría del término “código” a la luz de la imponente tradición histórica que dicho término evoca ⁸.

Estos puntos de vista, y los demás que se podrían enumerar, no son entre ellos alternativos, como señalé anteriormente, sino simplemente complementarios: no se puede adelantar la crítica político-social a un proyecto, si dicho proyecto no está definido, y no se puede afirmar que las praxis, por sí solas, sean suficientes para obtener los objetivos de uniformación, puesto que las praxis están expuestas a continuos cambios y son volátiles *per se*. Mucho menos podemos confiar sólo en el análisis económico, puesto que éste necesita del soporte jurídico ⁹.

Entonces, regresemos al punto de observación *formal*.

II. ¿Qué rutas?

¿Qué rutas son necesarias para alcanzar la *meta*? y ¿qué elecciones implican? Resalto una *meta*, puesto que las metas se pueden ordenar en fases y etapas, teniendo en mente un objetivo preciso, o se pueden señalar sobre un mapa geográfico hipotético (o tal vez utópico) en el ámbito de

pación de V. Carbone y P. Piccoli, además de la mía, al Congreso por el cincuentenario de la *Rivista di diritto civile*, organizado por G. CIAN sobre *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso, 23-25 marzo 2006, en *Riv.dir.civ.*, 2006, n. 6, pág. 575 ss.

⁷ Para una reseña de las diferentes posiciones contrarias a la codificación y a la uniformación ver ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2006.

⁸ *Codici, Una riflessione di fine millennio*, P. CAPPELLINI e B. SORDI (eds.), Milano, 2002, donde se señalan, en particular, las páginas de Paolo Grossi, Pietro Rescigno, Stefano Rodotà.

⁹ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2000.

una estrategia de largo alcance y de inseguro arribo. Esta segunda alternativa no se puede descartar, puesto que la creación de tantos cenáculos de estudiosos y de prácticos que en los diferentes centros europeos se preguntan sobre estos temas es, por sí solo, un hecho altamente positivo pues estimula la investigación, agudiza la sensibilidad por las nuevas exigencias, refuerza el papel del derecho en la creación del “modelo europeo” de desarrollo ¹⁰. Pero supongamos que los objetivos son más ambiciosos, tomando en cuenta que la Europa que conocemos es, esencialmente, la Europa de los derechos. Acercándonos gradualmente a la respuesta, habiendo ya despejado el campo de las naturales convergencias, de las competencias entre los ordenamientos, del nihilismo escéptico, inmediatamente podemos decir que el problema, desde el punto de observación formal, puede ser examinado sobre diferentes planos, entre los cuales podemos incluir: (i) el plano de la coordinación interna de las intervenciones comunitarias, constituido por el *acquis*; (ii) el plano de los términos y los principios uniformadores, constituido por el *Common Frame of Reference*; (iii) el plano de un código de las obligaciones y de los contratos, constituido por el Código propuesto por la Academia de los privatistas, por los Principios de la Comisión coordinada por Lando y Beale, por los Principios de la Comisión coordinada por Von Bar, por los principios Unidroit, por las iniciativas uniformadoras de la Uncitral; (iv) el plano de las codificaciones nacionales actualizadas con el derecho privado comunitario *interno*; (v) el plano de la uniformación de las cláusulas y de los tipos contractuales, como se desea en algunos ambientes profesionales. Obviamente, se tendrán en cuenta los progresos más recientes de cada ruta, cuyos orígenes son ya tan conocidos que no es necesario siquiera mencionarlos ¹¹.

Cada uno de estos puntos de vista, que corresponden no sólo a acercamientos cognitivos, sino también a iniciativas en curso, requiere de una reflexión sintética, puesto que cada uno de ellos implica elecciones

¹⁰ Para las primeras referencias bibliográficas, en el marco de una gigantesca literatura, ver ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.

¹¹ Para mayores referencias ver GAMBARO, “La riforma del diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del diritto europeo”, en *Riv.dir.civ.*, 2006, n. 6, p. 27 ss.; ALPA, *Il diritto contrattuale europeo*, cit., caps. I e II; *Lezioni di diritto privato europeo*, G. Alpa y G. Capilli (eds.), Padova, 2007.

determinadas que pueden orientar, acelerar, desacelerar o, incluso, obstaculizar el proceso de uniformación y/o codificación europea.

III. ¿Qué elecciones y qué rutas?

(i) *El mejoramiento del *acquis**

En febrero pasado la Comisión europea publicó un Libro verde sobre la “revisión del *acquis* relativo a los consumidores”¹².

El Libro verde se ocupa de la disciplina comunitaria referida a las relaciones con los consumidores: se trata, entonces, de un segmento del derecho civil que, sin embargo, se suma a secciones del derecho comercial y del derecho administrativo. En particular están en curso las revisiones de algunas directivas relativas a los contratos celebrados fuera del ejercicio profesional (85/577/CEE), los contratos de viaje y vacaciones todo incluido (90/314/CEE), las cláusulas abusivas (93/13/CEE), la multipropiedad (94/47/CE), los contratos a distancia (97/7/CE), las indicaciones de los precios (98/6/CE), las acciones inhibitorias (98/27/CE), las garantías en la compraventa (1999/44/CE). El Libro verde discute sobre las técnicas normativas, tanto bajo el perfil de la integración vertical, disciplinando por sectores las diferentes operaciones económicas en las que está involucrado el consumidor, como bajo el perfil de la integración horizontal, coordinando las reglas por principios¹³. Este enfoque se siguió tanto en la confección del *Code de la consommation* francés, como en la redacción del *Codice del consumo* italiano. Sin embargo, son muchas las preguntas que formula el Libro verde, desde la noción de consumidor hasta la posibilidad de extender a los profesionales las reglas previstas para los consumidores. La revisión del *acquis* no es sólo un trabajo de sistematización normativa relativa al derecho comunitario: precisamente, la mayor parte de estas reglas tocan los contratos y, entonces,

¹² COM (2006) 744 def, Bruxelles, 8. 2. 2007.

¹³ Para un examen más profundo, ver ALPA Y CONTE, “Dal progetto generale di Common Frame alla revisione dell’*acquis* nel Libro verde”, conferencia presentada en el Congreso sobre “Il diritto privato europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore”, Pisa, 25-26 mayo 2007.

el derecho civil y cuando los contratos, de forma general o en tipos específicos, están disciplinados por códigos, toca también los códigos (civiles y de sector). De esta forma, se abre el delicado problema de decidir si incluir las reglas sobre las relaciones de los consumidores en la parte general del Código Civil y, entonces, en los respectivos códigos civiles, o, en cambio, agruparlas todas en un código individual conectado con los respectivos códigos civiles.

El legislador francés, al parecer, confirma no sólo la distinción entre los códigos (Civil y Comercial), sino también entre el derecho civil y el derecho del consumidor y, entonces, entre el *Code Civil* del *Code de la Consommation* ¹⁴. Pero está claro que los dos sectores, si bien formalmente regulados por cuerpos de normas diferentes, deben estar entre ellos coordinados (teniendo en cuenta además, la influencia del derecho de los consumos en la evolución del derecho contractual *tout court* ¹⁵. El legislador alemán optó por la solución opuesta, incluyendo las reglas provenientes del *acquis* en el B.G.B. reformado ¹⁶. El legislador italiano que, en un principio optó por la solución anticipadora alemana, terminó por adherirse a la solución francesa ¹⁷. Finalmente, también en los casos en los cuales no se conocen códigos ni se desea su introducción, como en Inglaterra, el tema ha sido objeto de una discusión amplia y atenta, incluso en la *House of Lords* ¹⁸.

¹⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, en www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_; del Avant-projet está en proceso de publicación la traducción al italiano con comentario de G.B. Ferri y P. Spada (eds.), en la colección del Consiglio Nazionale Forense, en la editorial Giuffrè.

¹⁵ Ver la discusión en el libro de POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Parigi, 2006.

¹⁶ En particular, ver PATTI, “Il progetto di riforma del codice civile tedesco”, en *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001 del Consiglio Nazionale Forense, Milano, Giuffrè, 2002, pág. 235 ss.; Id., *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, en *Europa e dir. priv.*, 2003, págs. 503-524; CIAN, “Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco”, en *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2003.

¹⁷ ALPA, “I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio”, en *Riv. dir. civ.*, 2006, n.6, p. 351 ss.; también ver Rossi Carleo, en AA.VV., *Commento al Codice del consumo*, Napoli, 2005, Introducción.

¹⁸ House of Lords, European Union Committee, 12th Report of Session 2004-05, *European Contract Law-the way forward? Report with Evidence*, London, 2005.

El problema no se refiere únicamente a los códigos nacionales, sino también a los proyectos de codificación europea. Obviamente, de las relaciones con el consumidor no se ocupan Unidroit, los *Principles* se refieren a los contratos de comercio internacional¹⁹; tampoco se ocupan de éstas la Comisión Lando-Beale, si bien los PECL se refieren a todas las relaciones contractuales en general, sin distinción en relación con el *status* de los contratantes²⁰. Sin embargo, la cuestión ha ocupado directamente el proyecto de código civil europeo propuesto por el *Study Group* coordinado por Christian von Bar y se reflejó en el ámbito del seminario organizado por el proyecto CFR-Net, constituyéndose en el objeto de una amplia discusión sobre la “estructura” del código civil europeo²¹.

En este mismo marco, en abril pasado fue publicada la monumental investigación coordinada por Hans Schulte-Noelke, con Cristian Twigg-Flesner y Martín Ebers dedicada a la comparación de las reglas de implementación de las directivas comunitarias sobre las relaciones con los consumidores en los Países Miembros de la Unión²², que resalta la situación disfuncional existente entre los diferentes modelos nacionales y, entonces, la urgencia de una intervención correctiva por parte del legislador comunitario. Exigencia que constituye objeto, junto con el examen de los resultados de los seminarios del proyecto CFR-Net, de la Segunda relación de la Comisión sobre el avance del marco común de referencia²³.

(ii) *Desarrollos y progresos del Common Frame of Reference*

Precisamente la Segunda relación fija el último objetivo de este proceso de uniformación, que se inició con metas ambiciosas dirigidas a la redacción de un código en sentido estricto y que posteriormente fue mermada debido a las oposiciones internas de los juristas que veían en los códigos, no sólo el signo de una inapropiada intervención legislativa de los

¹⁹V. BONELL, *Un “Codice” internazionale del Diritto dei Contratti*, 2ª ed., Milano, 2006.

²⁰V. Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, partes I e II, C. Castronovo (ed.), Milano, 2001 y parte III, Milano 2005.

²¹Ver el texto en Study Group on a European Civil Code, http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm

²²*EC Consumer Law Compendium- Comparative Analyses*, Bielefeld, 2007.

²³COM (2007) 447 def., Bruxelles, 25/7/2007.

órganos comunitarios, sino un estancamiento de la evolución progresiva y gradual del derecho comunitario. A esto se debe su encauzamiento en el programa CFR-Net, del que, sin embargo, emergieron las “prioridades en el derecho contractual desde el punto de vista de los consumidores”²⁴.

Principalmente, se discute sobre si es o no conveniente mantener la noción de consumidor en los términos de la persona física que opera fuera de una actividad económica; en realidad, también en el seno del Grupo de trabajo del CCBE se formuló la hipótesis de extender la noción a los organismos sin ánimo de lucro e, incluso, la *Law Commission* inglés había planteado, en materia de las cláusulas abusivas, la uniformación de la disciplina de los contratos de los consumidores con la disciplina de los contratos entre los profesionales. Se discute, en materia de cláusulas abusivas, si se debe seguir excluyendo a las cláusulas negociadas de la disciplina favorable al consumidor y si se debe incluir en el texto normativo un apéndice con el elenco de las cláusulas presuntamente abusivas²⁵. Se abren problemas sobre la información precontractual, tanto en relación con los consumidores desaventajados, como -diría yo, sobre todo- en relación con las consecuencias por el incumplimiento del profesional que, en nuestra experiencia, aún es objeto de remedios diferenciados²⁶. Por cierto, son notorias las intersecciones entre el derecho de los consumidores y el derecho de la compraventa²⁷, entre el comercio electrónico y el derecho de los seguros; sin contar, además, la reforma de la disciplina de la responsabilidad del productor. Tema, este último, que retomaré al final de esta reflexión en el tema de la cuestión sobre la elección de la ley aplicable en el texto del reglamento específico (Roma II).

(iii) *Proyectos de Códigos*

De estos argumentos, entrelazados como los precedentes, ya he mencionado algunos aspectos. Quisiera, sin embargo, señalar que tam-

²⁴ V. la relación cit., nota 12.

²⁵ El tema fue objeto de una imponente literatura, especialmente en la experiencia italiana: ver la bibliografía en ALPA y PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, voll. I y II, Milano, 2005.

²⁶ Sobre este punto últimamente ver DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, 2007.

²⁷ Sobre el argumento ver actualmente CAPILLI, *La vendita di beni di consumo e i rimedi*, Milano, 2007.

bién el Uncitral, la Comisión que opera en el seno de las Naciones Unidas, se ocupa actualmente de las mismas cuestiones, como se pudo confirmar durante el congreso organizado hace pocos meses en Viena sobre la *Modern Law for Global Commerce* ²⁸. A partir de algunas de las intervenciones se puede colegir que la incertidumbre legislativa genera costos y que la incertidumbre es máxima cuando las reglas no son suficientemente uniformes en los países que sostienen mutuos intercambios ²⁹; que es deseable, a favor también de la eficiencia del comercio internacional, arribar a un “código opcional”, un código del derecho contractual, no impuesto, sino elegido por los operadores económicos ³⁰, no necesariamente construido sobre las reglas del derecho internacional privado ³¹, un modelo que podrían seguir los legisladores nacionales ³². Sin embargo, está claro que mientras el modelo de código europeo de los contratos debería ser opcional para las partes, como si se tratase del enésimo ordenamiento nacional, las partes no deberían, una vez elegido, poder derogar las normas en él previstas. Obviamente, no es fácil alcanzar un equilibrio “mix” entre las normas derogables y las normas no derogables cuando se trata de la autonomía contractual ³³.

Sobre los aspectos relativos al derecho interno (iv) ya mencioné algunas cosas. Por el momento no existen nuevos desarrollos en el proyecto -no necesariamente alternativo, sino complementario a la redacción de un código de derecho contractual- de uniformar las reglas de la disciplina *pattizia*, es decir, crear modelos contractuales uniformes. Del mismo modo, no es objeto de investigación, al menos por el momento, la introducción de un principio general que sancione el abuso contractual, tampoco en los contratos entre profesionales que, por el contrario, en nuestra experiencia, con la extensión de las reglas del subministro, de los pagos, del

²⁸ Vienna, 9-12 julio 2007.

²⁹ WAGNER (H.), *Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?*, datt.

³⁰ SMITS, *The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law*, datt.

³¹ WAGNER (G.), *Transaction Costs, Choice of Law and Uniform Contract Law*, datt.

³² BONELL, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?* Datt.

³³ Sobre el argumento ver actualmente DE NOVA, “I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del

franchising, de los contratos del mercado financiero, etc., esta en vía de construcción. Así como tampoco es definitivo el proyecto de uniformación de los remedios, tema que ha ocupado, sobre todo, la disciplina de la competencia ³⁴.

IV. ¿Qué papel debe asignarse a las reglas del derecho internacional privado?

Como se ve, este mundo en fermentación todavía no ha encontrado su salida, se presenta como un cráter que explotó, muchos son los ríos de lava que descienden por las pendientes del volcán, cada uno de ellos está cavando su rastro, pero aún no se han unificado los aportes. Todas las soluciones se pueden poner en práctica, cada una de ellas presenta ventajas y desventajas. La única que no creo pueda dar buenos frutos por el momento -si bien sigue siendo apoyada por la Comisión Europea, en particular por la DG Mercado interno y por la DG Justicia y negocios internos- es la que recurre a la elección de la ley aplicable a la relación, contractual o extracontractual, instaurada por las partes.

En cuanto a las relaciones contractuales, es claro que no se cumplirían todos estos esfuerzos si se considerase que el derecho internacional privado está en capacidad de resolver adecuadamente las cuestiones que fueron fijadas.

Y en relación con el ilícito extracontractual, no me parece que ésta sea la mejor idea. De esto es una prueba el Reglamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo del 11.7.2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (<Roma II>) ³⁵.

Sin afrontar el reglamento en todo su contexto, que incluso presenta aspectos ventajosos respecto a la situación anterior, sea por el uso del

diritto europeo dei contratti”, conferencia presentada el 26/5/2006 en Pisa, durante el Congreso “Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore”, coordinado por F. Busnelli, U. Breccia, E. Navarretta, *datt.*

³⁴ Ultimamente ver BASEDOW (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan der Rijn, 2007.

³⁵ En G.U.C.E., L 199/40 del 31/7/2007.

instrumento, sea por los principios generales que introduce, se debe considerar la suerte de las reglas en materia de responsabilidad del fabricante.

El artículo 5 del Reglamento citado presenta esencialmente tres problemas de interpretación: los dos primeros relativos al sistema de derecho internacional privado, en particular (i) la definición exacta del contenido de la disposición y (ii) su relación con la disciplina hoy vigente en nuestro ordenamiento (es decir, el art. 63 de la ley 218 del 31/5/1995); y el tercero, relacionado con las grandes diferencias en la adopción de la directiva 85/374 sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que conduce a una discriminación de los perjudicados, dependiendo de la interpretación de la directiva (iii).

(i) La disposición en examen tuvo un camino accidentado, puesto que el Parlamento europeo había propuesto su supresión, considerando suficiente la aplicación de la regla general en materia de ilícitos contractuales [v. COM (2006) 0083, def. del 21.2.2006, §3.4]. La comisión prefirió conservarla por razones de certeza del derecho. El texto aprobado modifica las elaboraciones precedentes, agregando a los tres criterios de conexión ya previstos (la ley del país de residencia común al presunto responsable y del perjudicado, art. 4º inciso 2, la residencia del perjudicado y el lugar de adquisición del producto defectuoso) un cuarto criterio de conexión constituido por el lugar en el que se verificó el daño.

Este último criterio (*lex loci damni*) es el criterio general en materia de ilícito y sustituye el criterio general universalmente aplicado que había abierto muchos problemas interpretativos (*lex loci commissi delicti*): esto porque en algunos ordenamientos la responsabilidad objetiva es considerada como una responsabilidad *ex lege*, que no requiere la verificación de la culpa del afectado y, entonces, había dudas sobre la misma aplicabilidad del Convenio (ahora reglamento) y, en otros ordenamientos, la distinción entre el daño-evento (lesión del derecho) y daño-consecuencia (efectos perjudiciales de la lesión) generaba dudas sobre la elección del lugar en el cual el daño se había generado y, entonces, sobre el criterio de conexión de la ley aplicable. La elección del nuevo criterio general es ciertamente afortunada, porque ya, aunque el Reglamento no ofrece una lista de definiciones terminológicas de las palabras usadas, el *daño* en el derecho comunitario se entiende no tanto como el evento lesionador, sino como el hecho que perjudica la salud, la propiedad o los intereses de la víctima como consecuencia del comportamiento ilícito del causante del daño.

Se presenta una excepción al principio general en el caso del daño causado por un producto defectuoso. En este caso, la Comisión privilegió el lugar en el que el afectado tiene la residencia, tal vez para uniformar esta disciplina con la de las obligaciones contractuales del consumidor.

La excepción al principio de la *lex loci damni*, establecida por la responsabilidad por producto, se justifica con el objetivo de repartir en forma ecuánime los riesgos inherentes a una sociedad moderna altamente tecnológica, de tutelar la salud de los consumidores, de incentivar la innovación, de aligerar los intercambios comerciales (considerando n. 20). Todos estos argumentos son apreciables, pero no dan en el clavo; sirven para justificar la responsabilidad objetiva del fabricante, pero no para justificar la elección del lugar de residencia del afectado como el criterio prioritario. Mejor habría sido si la elección de uno, entre los criterios de conexión, hubiese sido entregada, precisamente, al afectado, quien habría podido escoger la ley más favorable.

(ii) El reglamento prevalece sobre la disciplina interna y, entonces, modifica el art. 63 de la ley 218 del 35/5/1995 que, más acertadamente, daba al afectado la elección entre la ley del Estado en el cual se encontraba el domicilio o la administración del productor o la del Estado en el que el producto había sido adquirido.

(iii) Como mencioné anteriormente, la diferencia no es marginal porque todavía es notoria la diversidad de la disciplina del resarcimiento del daño por productos en los diferentes ordenamientos de los países miembros: una relación de la Comisión, aún sin actualizar (ni siquiera después de la entrada de los diez nuevos países miembros), había puesto al descubierto como estas diferencias todavía se refieren a elementos esenciales de la responsabilidad por producto defectuoso como el nexo causal, la prueba del defecto del producto, el riesgo de desarrollo (que incluso esta en el área del resarcimiento en Finlandia, Luxemburgo, España, Francia y Alemania), el término de la prescripción, la franquicia y las voces del daño cubierto por la directiva [COM (2000)83 def. del 31/1/2001]. El problema debe ser resuelto con carácter prioritario como, en efecto, fue señalado por la misma Comisión en la segunda relación sobre el estado de evolución relativo al cuadro común de referencia [COM (2007) 447 def. del 25/7/2007], proyecto que busca coordinar de forma sistemática el *acquis communautaire*, además de las reglas de implementación vigentes en los ordenamientos nacionales.

La moraleja que se obtiene del nuevo reglamento en materia de ley aplicable al daño por productos defectuosos es, entonces, que todo perjudicado (no sólo el “consumidor” en sentido estricto, sino también el *bystander*) puede refugiarse sólo en la ley de su propio país, esperando que sea la mejor; en alternativa, deberá demostrar la prevalencia de un criterio más estricto, constituido por una relación preexistente con el productor, como un contrato (art. 5º c.2.), en el caso en el que el afectado afirme que la ley del productor es más favorable para él. En este caso, la discriminación se presentaría entre los afectados que hayan celebrado un contrato directamente con el productor (pero no con el importador, el distribuidor o el vendedor final) y son, por lo tanto, *adquirentes* del producto, y los otros afectados que no pueden hacer uso de este criterio de conexión porque no celebraron el contrato, sino son simplemente consumidores o simples *bystanders* (*terceros damnificados*). Como resultado, los productores estarán interesados en exportar a los países de la Unión en los que las reglas son más favorables.

V. ¿Qué conclusión?

El título original de esta intervención fue formulado también en forma interrogativa, pero de una forma levemente diferente, es decir, “¿Hacia un código europeo de los contratos?”.

La forma interrogativa permaneció, y se repitió en los títulos de los párrafos, para significar el alto nivel problemático del argumento, la jungla de dudas que poco a poco se hizo más espesa, casi como una manta densa de nubes por donde, sin embargo, también los destellos de luz se pueden vislumbrar algunas veces.

Pero, iniciado el proceso, es necesario encontrar una salida.

El dilema es el típico del conquistador en dificultad: en su última obra François Furet describe el malestar en el cual se encontraba Napoleón en la mitad de la campaña Rusa³⁶: conquistada una Moscú incendiada, sitiado por los rusos animados por la *révanche*, podría decidir si avanzar (pero

³⁶FURET, *La Révolution*, t. I, Paris, 1988, pág. 476.

era bajo la mira enemiga), o bien, regresar a la base. Decidió regresar a la Patria: fue su derrota total. Las salidas de nuestra empresa pueden ser muchas: se puede cerrar con el mejoramiento del *acquis*, y sería de por sí un buen resultado, si bien ya existen comentarios críticos al respecto, en razón de la lentitud del proceso y los horizontes limitados descritos en la segunda parte de la relación sobre el CFR-Net ³⁷; se puede cerrar con un cuadro de principios, resultado que constituiría un paso hacia la uniformación y/o codificación; pero no se debería tratar de una simple operación de alta cirugía, puesto que se deberían incluir en el texto los valores -o, al menos, una coordinación con la Carta de valores- expresados por el proceso constitucional europeo ³⁸: toda intervención de naturaleza formal debería tener en cuenta las exigencias sociales ³⁹, de lo contrario sería acusada de favorecer únicamente a la integración económica del mercado interno, con ventajas inmediatas para los profesionales, pero sólo mediatas para los consumidores; se puede cerrar, finalmente, con un código modelo o, incluso, con una directiva vinculante para los Estados miembros.

El panorama es variado, como se sabe, porque en el ámbito comunitario no hay una uniformidad de perspectivas, ni entre el Parlamento europeo y la Comisión, ni al interior de la Comisión entre las diferentes direcciones generales interesadas; la influencia de algunos gobiernos nacionales es muy fuerte y es difícil comprobar la influencia de los enfoques de las categorías de los *stakeholders*.

El entusiasmo por un “código civil” ha disminuido un poco, como lo muestran los mismos títulos de los seminarios organizados por el *Consiglio nazionale Forense*: de los seminarios de los años 1998-2000, durante los

³⁷ TWIGG-FLESNER, *No sense of purpose or direction? - The modernisation of European Consumer Law*, in ERCL, 2007, pág. 198 ss.

³⁸ Sobre el punto ver, particularmente, VETTORI, *Diritto dei contratti e “costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005; existe, además, la problemática de la sustitución de las categorías que se centran en el “consumidor” con las que dan ingreso al “ciudadano europeo”: sobre el punto ver MOCCIA, Conferencia presentada en el Congreso de Macerata, 2005; RODOTÀ, *La costituzione europea*, Bologna, 2005.

³⁹ COLLINS, *European Social Policy and Contract Law*, en ERCL, 2007, p. 78 ss.; SOMMA, *Giustizia sociale*, cit., passim.

cuales se hablaba de *El código civil europeo*⁴⁰; se pasó, en los seminarios del 2001, al estudio de *La reforma de los códigos en Europa y el proyecto de código civil europeo*⁴¹; en el seminario del 2002 se estudió la relación entre las reglas generales sobre el contrato y las reglas especiales, en las conferencias sobre el *Derecho contractual europeo y derecho de los consumidores. La integración europea y el proceso civil*⁴²; también en el año 2002 se incluyó el proyecto de código civil en el complejo de la formación de un ordenamiento sistemático, *Derecho privado europeo. Fuentes y efectos*⁴³; posteriormente se amplió el horizonte hasta incluir también el derecho público, con el seminario del 2004, *Derecho público y derecho privado en la formación del mercado único*⁴⁴; en el 2005 se habló de la *lex mercatoria* y de las “nuevas fronteras del derecho privado europeo”⁴⁵.

El entusiasmo ha disminuido, pero la esperanza permanece viva.

El proceso de formación del derecho privado europeo está avanzando, los actores son muchos, están ubicados en diferentes niveles y no todos buscan el mismo objetivo⁴⁶. Los juristas italianos podrán jugar un papel protagónico pero, si no fuese así, por medio de los estudios, los congresos y las publicaciones no tendrán una función de simples extras, o simples espectadores inertes. Podrán ejercer un papel activo, basado en la cooperación, en la reflexión crítica, en la promoción de rutas y modelos de uniformación e, incluso, de codificación. Como es justo que sea, considerando el refinamiento de la cultura jurídica del País, la atención prestada a las experiencias extranjeras, y la inspiración europeísta que connota las categorías, no sólo de los académicos, sino también de los profesiona-

⁴⁰ Milán, 2001; las publicaciones se encuentran en la colección de los Quaderni de la *Rassegna forense* con Giuffrè.

⁴¹ Milán, 2002.

⁴² Milán, 2003.

⁴³ Milán, 2004.

⁴⁴ Milán, 2005.

⁴⁵ Seminari di aggiornamento professionale (2005), Milán, 2006.

⁴⁶ La variedad de enfoques y de posiciones surge también en los círculos académicos: son ejemplo los congresos de *Secola*, la asociación dirigida por Stefan Grundmann, y los congresos del *Common Core* de Trento, dirigidos por Ugo Mattei y Mauro Bussani, los congresos de Oxford, dirigidos por Stefan Vogenauer y Stephen Weatherill.

les. Tres connotados fuertes que es difícil encontrar, juntos, en las otras experiencias nacionales. Esto justifica que a los juristas les sea asignado, al menos, el papel de coprotagonistas.

RECEPCIÓN DE LA ACADÉMICA
CORRESPONDIENTE EN CHACO,
DRA. MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER

Palabras de presentación a cargo del Sr. presidente de la Academia, Dr. Luis Moisset de Espanés

Señores académicos, señoras, señores:

Es muy grato para nuestra institución recibir hoy a dos destacadas docentes y juristas de la región nordeste del país. Forma parte de una política de la Academia que ha tratado siempre de proyectar su acción a todos los ámbitos de la Argentina; forma parte también del naciente Instituto de la Academia en la región nordeste. Las dos personas que hoy llegan como académicas correspondientes son las secretarias en las respectivas sedes de Resistencia y Corrientes.

En la presentación de la Dra. María Laura Estigarribia no voy a leer su currículum; prácticamente todos los presentes en esta sala conocen lo que ha hecho a los largos de los años; saben de su esfuerzo y dedicación a la Universidad, a la docencia. ¿Qué podría agregar? Conocida no sólo en el país, sino en países limítrofes como Brasil y Paraguay donde es invitada con frecuencia a dar conferencias, y también que en otros países de América, como Perú y Colombia, en los que ha participado en jornadas y congresos y profesado en sus universidades.

Ha obtenido sus lauros doctorales; ha ejercido la docencia durante largos años en la Universidad del Nordeste. Recuerdo que la conocí hace ya más de veinte años, casi un cuarto de siglo, cuando se realizaban en San Juan unas Jornadas de Derecho Civil y ella entusiasta, con entusiasmo y empuje juvenil movilizó un grupo de estudiantes de la Universidad del Nordeste para que asistieran a esas Jornadas y tomaran contacto con los maestros del derecho que participaban como expositores y miembros de las Jornadas, integrando comisiones de estudio que produjeron valio-

sas recomendaciones. Sólo me detendré en una que otra reflexión que me despertaba en estos días un pedido que me formularon y que me hizo recordar lo que en su estudio de la historia enseñaba Dn. Arnold J. Toynbee: el motor del progreso humano, es la dupla de la excitación o estímulo y de la respuesta. Los estímulos aplastantes ahogan toda respuesta creadora y limitan los esfuerzos del hombre a encontrar caminos para sobrevivir; estímulos muy débiles no motivan lo suficiente ya que la ausencia de dificultades nos lleva a aceptar las formas de vida que no nos exigen esfuerzo. La mayor parte de las personas, cuando viven en ambientes pequeños, alejados de los centros de la cultura -como es la región del nordeste- se encuentran en un medio en que falta el estímulo de una cultura jurídica, que los impulse a realizar un esfuerzo para destacarse; pero, sin embargo, hay espíritus selectos que superando la falta de un estímulo externo suficiente, encuentra en su ser íntimo motivaciones y se encargan de llevar adelante, como motores de cambio, el progreso de esas sociedades en el ámbito en que les toca actuar.

Las zonas de fronteras son duras y significan un reto que impulsa a quienes viven en ellas a desarrollar esfuerzos adicionales; no todos lo hacen y muchos, por comodidad, permanecen en un quieto silencio; otros, con esfuerzo, llevan adelante el progreso en esas sociedades.

Esta actitud es una de las cosas más rescatables tanto de María Laura Estigarribia como de Mirta Sotelo, en un ambiente que no es el más propicio para el cultivo de las vocaciones jurídicas; ellas han sabido encontrar en ese bajo nivel de estímulo la respuesta interior para dar de sí lo mejor posible y llevar adelante el perfeccionamiento de la sociedades en que viven.

Insisto, son pocos los espíritus que logran seguir ese camino aunque a veces encontramos nombres muy ilustrativos. En la zona nordeste los civilistas no podemos olvidar a Lisandro Segovia que en ese lejano rincón del país marcó un camino a fines del siglo XIX, que fue realmente ejemplar.

Hoy vemos otras que a pesar de encontrarse en medios poco propicios, están dispuestas a contribuir al progreso de la patria. Nuestra Academia desea cultivar esas vocaciones; por eso las recibimos hoy como miembros correspondientes tanto a María Laura como a Mirta Sotelo. Me complace mucho saludarlas y dejo en primer lugar el uso de la palabra a la Dra. María Laura Estigarribia.

IDEAS PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES *

por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER

Los negocios jurídicos cumplen una función de relacionamiento social y económico y deben desenvolverse en un clima de lealtad y mutua cooperación, con un especial matiz cuando se trata de contratación de consumo -celebrada mediante adhesión a condiciones generales-, en los cuales existen notables asimetrías en el poder de negociación ¹ que posibilitan, mediante la incorporación de cláusulas abusivas, el aprovechamiento por parte del predisponente en perjuicio del consumidor, lo que claramente altera la relación sinalagmática.

Ello atenta contra un paradigma esencial, la confianza, que *“es un elemento central de la vida en sociedad, en sentido amplio, es la base de la actuación/acción organizada del individuo. Según Niklas Luhman, en una sociedad hipercompleja como la nuestra, cuando los mecanismos de interacción personal o institucional, para asegurar la confianza básica en la actuación, no son más suficientes, puede aparecer una generalizada ‘crisis de confianza’ en la efectividad del propio derecho. En otras palabras, el derecho encuentra legiti-*

* Discurso de recepción como académica correspondiente en Chaco, pronunciado el 15 de abril de 2008.

¹ Tanto en lo que refiere a la disposición de información, que convierte al proveedor en experto y al consumidor en profano en lo atinente al bien o servicio, cuanto en la flagrante superioridad jurídica que significa la posibilidad del primero, de actuar como predisponente de las condiciones contractuales.

*midad justamente en el proteger de las expectativas legítimas y de la confianza de los individuos”*².

Es dentro de este marco conceptual que debemos enfocar las cláusulas vejatorias, entendidas como *“un fenómeno dañino vinculado a la situación de disparidad socio-económica en la cual se encuentran los adherentes, sometidos a los abusos de quien detenta el poder de hecho de predisponer a su arbitrio la disciplina del contrato”*³.

Tomaremos como primera definición legal, la brindada por el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE de la Unión Europea, que establece como principio: *“una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes resultantes del contrato”*. El principal objetivo de esta norma es brindar una definición de cláusula abusiva, *“para prohibirla, haciéndola ineficaz”*⁴.

Por su parte, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España conceptualiza: *“Se entenderán como abusivas las cláusulas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores o usuarios”*⁵.

² Claudia LIMA MARQUES, “Confianza en el comercio electrónico e la protección del consumidor” (la traducción nos pertenece), San Pablo, Brasil, 2004, Editora Revista Dos Tribunais, pág. 32.

³ BIANCA, “Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie”, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, 359. En este mismo sentido, FURGIUELE, cuando expresa que *“el punto de partida no es el de la pretendida igualdad formal, sino de la efectiva desigualdad sustancial que diversifica la posición del sujeto que predispone las cláusulas y que provee el bien o el servicio, respecto de la posición del destinatario de las mismas”* (“Tre osservazioni e due corollari per l’attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive”, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, 478). Citado por Juan ESPINOZA ESPINOZA, “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”, Revista *Thémis*, N° 38, Lima, 1998.

⁴ Manuel GARCÍA AMIGO, “Consideraciones a la buena fe contractual”, *Actualidad Civil* N° 1, Doctrina, Madrid, 2000, pág. 12.

⁵ Art. 10, apartado 1, inciso 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. España.

Ninguna de las legislaciones específicas de los países integrantes del MERCOSUR brinda una definición al respecto, limitándose a describir o enumerar aquellas que consideran que reúnen tal calidad. Así, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil ⁶, la Ley de Defensa del Consumidor de Uruguay ⁷, y la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario, de Paraguay ⁸.

Tampoco la ley argentina ⁹ provee una definición de cláusulas abusivas. Se refiere a ellas en el Capítulo IX “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”.

Concretamente, el art. 37 establece: *“Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa...”*.

Significa que, aun sin nombrarlas éstas son las cláusulas que la ley considera abusivas, poniendo el énfasis en la desnaturalización del lógico equilibrio que debiera existir en toda relación comercial. Sin embargo, el decreto 1798/94, reglamentario de dicha ley, expresa lo siguiente: *“se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten*

⁶ Código de Defensa del Consumidor brasileño, art. 51.

⁷ Ley de Defensa del Consumidor uruguayo, art. 30.

⁸ Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario paraguayo, art. 28.

⁹ Ley de Defensa del Consumidor argentino, 24.240. Recientemente, esta ley ha experimentado una reforma sustancial mediante la ley 26.361 que, sin embargo, no ha incluido el tratamiento del tema en estudio, manteniendo inalterados sus artículos 37 y 38. Sin embargo, el art. 6° de dicha ley, incorpora como art. 8° bis de la ley 24.240, uno que se titula: “Trato digno” y cuyo primer párrafo alude a las *Prácticas abusivas*, prohibiéndolas y considerando una serie de situaciones particulares. El contenido de este artículo habla a las claras de la preocupación del legislador por los posibles abusos cometidos por los proveedores, a pesar de lo cual ha considerado correctas y suficientes las previsiones contenidas en los arts. 37 y 38 de la ley 24.240.

inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones entre ambas partes". Vale decir que, observando sistemáticamente nuestra legislación, podemos contar con una definición, de carácter amplio y general, coincidente con las previsiones volcadas en el art. 37 de la ley, ya citado.

Acreditada doctrina peruana las ha considerado como "*las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes*" ¹⁰.

Asimismo, se ha expresado que es "*aquella cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o la establecida en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometa el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contenga la renuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen*" ¹¹.

Es dable poner de resalto que serán consideradas nulas las cláusulas que en forma injustificada impongan mayores cargas a la parte contractualmente más débil o eximan de responsabilidades a la parte más fuerte.

En otro orden, cabe recordar que "[U]na cláusula puede ser abusiva en sí, o en combinación con otras. El contrato que la contiene es también referido como de mordaza, de sujeción, o de agarrotamiento. Se utiliza asimismo la expresión de contratos leoninos (la palabra leonina se halla consagrada incluso por el propio Código Civil -paraguayo-), así llamados en evocación de una vieja fábula sobre la sociedad de caza que el león-rey había formado con otros animales haciendo valer su superioridad" ¹².

A este tipo de cláusulas se las ha denominado, también, vejatorias, lesivas, excesivamente onerosas; todos adjetivos que hablan de su carácter dañino para una de las partes y, a la vez, ponen de manifiesto el *aprovechamiento*, el abuso de la posición de superioridad de la otra, cuestión

¹⁰ Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". *Biblioteca para leer el Código Civil*, 3ª ed., Lima, Fondo Editorial, 1996, vol. XI, Primera Parte, t. III, pág. 202.

¹¹ Augusto MORELLO y Rubén STIGLITZ, ponencia presentada en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Revista de Derecho del Consumidor N° 8, Rosario, Juris, 1981 pág. 8.

que resulta de particular relevancia en los contratos de consumo, teniendo presente la peculiar relación de desigualdad estructural de fuerzas e información, en la negociación que les da origen.

Por nuestra parte, podríamos definir a las cláusulas abusivas como aquellas insertas en un contrato predeterminado -generalmente de adhesión a condiciones generales-, mediante las cuales, contrariando el principio de la buena fe, se genere un notorio desequilibrio en las prestaciones debidas por cada parte, en perjuicio del adherente; sea por ampliación de los derechos o restricción de las obligaciones por parte del predisponente; por ampliación de las obligaciones o restricción de los derechos, o de su modo de hacerlos valer, por parte del adherente -que en el caso que nos ocupa revestiría, además, el carácter de consumidor y, como tal, sería acreedor a la especial tutela del orden público económico-jurídico-¹³.

Se han señalado como requisitos para determinar el carácter abusivo en una cláusula predispuesta a los siguientes¹⁴: a) ser contraria a las exigencias de la buena fe; b) la existencia de importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; y 3) perjuicio del no profesional - adherente-¹⁵.

La buena fe resulta un parámetro de conducta aplicable en las relaciones contractuales, y aun más estrictamente en el caso de los contratos de consumo. En cuanto al desequilibrio, la definición de su carácter de “impor-

¹² José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en los contratos*, Asunción, Paraguay, Intercontinental, 1999, pág. 50, nota 43.

¹³ Se ha referido que “el “orden público jurídico” haría mención a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad; en tanto que el orden público económico quedaría integrado por las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la administración (María Paz SÁNCHEZ GONZÁLES, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8ª*, Madrid, Trivium, 1992, pág. 62.).

¹⁴ Benjamín MOISÁ, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pág. 236.

¹⁵ En sentido acorde, se ha expedido la jurisprudencia española, al expresar: “Los requisitos que han de concurrir para la declaración de abusividad de una cláusula contractual son: que sea contraria a la exigencia de buena fe, que cause desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, y que se trate de una estipulación no negociada individualmente”. Audiencia Provincial, de Madrid, 8/9/2005, “Ministerio de Sanidad y Consumo c/ Parking Campilli y otros”, La Ley Online.

tante” quedará librada al arbitrio judicial y, en lo que hace al requisito del perjuicio del adherente, ello deviene del hecho de que, en el ámbito de derecho privado, debe existir un daño, que justifique la posibilidad de reclamos.

Atento la intrínseca calidad de *ilícitas*¹⁶ que revisten las cláusulas abusivas, deberán ser sancionadas con la nulidad¹⁷, considerándose las “*como si nunca hubieren existido*”, “*no escritas*”, “*no convenidas*”¹⁸, “*ineficaces*” o “*nulas de pleno derecho*”¹⁹.

Según la gravedad de la afección a inalienables derechos individuales, podrán clasificarse en aquellas nulas, *in absolutum* -o de pleno derecho-, que establecen que el juez “debe” declarar su nulidad; y las anulables, en las que se indica que el juez “puede” declarar su nulidad, previa valoración propia de las circunstancias y particularidades del contrato y los sujetos en él intervinientes.

Lógicamente, estimamos que la nulidad deberá ser parcial -sólo de la o las cláusulas lesivas-, sin afectar la validez del contrato, cuya frustración es vista con disvalor, especialmente en las relaciones de consumo. Para permitir la funcionalidad de éste, su contenido deberá ser integrado por el juez teniendo en cuenta, principalmente, el objetivo que tuvieron en miras las partes al celebrarlo; los elementos del tipo contractual -derecho supletorio-; los principios de interpretación de las condiciones generales, de los contratos de consumo; de los contratos, en general; y del derecho -en ese orden-, con el objeto de realizar una integración dentro de los *valores esenciales* determinados como *orden público jurídico*.

Recordemos que en Argentina, la existencia de principios generales, como marco normativo, ha permitido a los operadores del derecho camppear varios vendavales económicos, sociales y jurídicos, que anhelamos no vuelvan a repetirse, sirviendo de límite axiológico ante el caos muchas veces provocado por el mismo “acto del Príncipe”²⁰.

¹⁶ Ilícitas en cuanto contraríen el sistema jurídico en sentido amplio, los principios generales del derecho y hasta la moral y las buenas costumbres.

¹⁷ Ley de Defensa del Consumidor y Usuario paraguaya, arts. 28 y 31.

¹⁸ Ley de Defensa del Consumidor argentina, art. 37.

¹⁹ Código de Defensa del Consumidor brasileño, art. 51.

²⁰ Simplemente puede recordarse la nefasta “pesificación” de los depósitos bancarios, establecidas poco tiempo después de haber determinado, por ley, su intangibilidad.

Como corolario de este ítem, resulta interesante transcribir lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas, cuando se expresara: “*Quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur*”²¹.

Considerando las particulares características que ya señaláramos, acerca de las condiciones generales de la contratación, especialmente cuando son utilizadas en relaciones negociales de consumo, surge con claridad meridiana la necesidad de establecer su control, desde diferentes ángulos y niveles, con el único objetivo de hacer efectiva la protección del *débil jurídico*, para restablecer el equilibrio del sinalagma.

Dichas medidas se encuentran implementadas en la casi totalidad de legislaciones conocidas, que contemplan la posibilidad de realización de contratos con esta modalidad. Es decir que ante la inevitabilidad de su uso, corresponde proveer a la correspondiente tutela.

Cabe traer a colación en este tema, la inexistencia del *mercado perfecto*, que con su sola *mano invisible* regula las relaciones económicas y las jurídicas derivadas de aquellas²². Ante sus *fallas*, es que resulta necesario el establecimiento de controles. Más aún, recordemos que el consumidor habitualmente no elige entre dos contratos por la inclusión en uno de cláusulas abusivas, a diferencia del otro; simplemente escoge por mejores condiciones de precio, plazo de financiación, calidad del producto, sin siquiera leer cuáles son las condiciones a que se somete.

Ante la ligereza de esta percepción del consumidor, el bombardeo de la publicidad, las prisas de la vida actual, este sujeto se convierte en una hoja llevada por el viento, víctima de sus necesidades, la presión social, la moda, y el deseo de consumir, azuzado desde todos los ángulos. Todo este entorno lo convierte verdaderamente en vulnerable y es entonces donde surgen los aprovechamientos por parte de quien ejerce la posición dominante, incluyendo cláusulas que resultan dañosas.

²¹ “Si se hubiere hecho lo que la ley prohíbe, no sólo se lo tendrá por inútil, sino también por no hecho” (Ley de las XII Tablas, Libro I, Título XIV, ley 5ª). Guillermo CABANELLAS, *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4ª ed. ampliada por Ana María Cabanellas, Buenos Aires, Heliasta, 2003.

²² Posición sostenida por los economistas pertenecientes a escuelas liberales o neo liberales.

Es bueno recordar que “[P]ocas cosas hieren tanto el sentido de justicia, como el desequilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes, desigualdad que puede ser el fruto del aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra el otro sujeto, o que puede aparecer con posterioridad a la celebración del contrato, por una alteración de circunstancias que torna sumamente gravosa la situación para una de las partes. El que pretende aprovechar ese desequilibrio, sea originario o sobrevenido, atenta contra la buena fe que debe inspirar toda relación negocial, lo que exige al jurista aguzar su ingenio en la búsqueda de un remedio que haga reinar en su plenitud la justicia contractual”²³.

El control de las condiciones generales se encuentra incorporado en la legislación positiva de muchos países, y puede llevarse a cabo de las siguientes maneras:

“1^a) Legislativamente, mediante el fomento de una regulación especial, protectora de la parte contractual más débil, lo que se consigue incrementando las normas imperativas, prohibiendo determinados pactos o cláusulas o mediante la inclusión de normas semi-imperativas...2^a) Por la Administración,... pero limitado a las condiciones generales que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio. 3^a) Judicialmente, a través de los medios que el legislador pone en manos de los jueces, como las reglas de interpretación o de declaración de invalidez de las cláusulas predisuestas que no se ajusten a ciertos parámetros. En primer lugar, el llamado control de inclusión, que tiene por objeto determinar qué condiciones se han incorporado, efectivamente al contrato; en segundo lugar, el llamado control de interpretación, a efectos de determinar el alcance y sentido de las condiciones efectivamente incorporadas, cuando sean oscuras; y en tercer lugar el control de contenido, que pretende depurar el contrato de aquellas cláusulas que habiendo sido efectivamente incorporadas y no sien-

²³ Luis MOISSET DE ESPANÉS, ponencia presentada a Congreso realizado en Lima, Perú, publicada en el *Libro del Congreso*, de cuya versión disponemos por gentileza de su autor, 1989, pág. 2.

do -ab initio o merced a su correcta interpretación- oscuras, resulten abusivas” ²⁴.

Los principios de interpretación de las condiciones generales de la contratación resultan específicos, atendiendo a las particularidades de esta modalidad; más allá de los límites impuestos por el orden público y la moral; rigen aquí con particular rigor, en tal carácter, la buena fe y la búsqueda de un equilibrio en las prestaciones.

Evidentemente, el nivel de control legislativo, en el caso que nos ocupa, particularmente en Argentina, deberá ser realizado a través del mejoramiento de las normas protectorias. Se ha perdido, tal vez una oportunidad histórica, al no haberse reformado los artículos atinentes al sub estudio, en ocasión de la discusión, sanción y promulgación de la ley 26.361, que modifica la ley 24.240 en aspectos esenciales, comenzando por la definición de los sujetos involucrados ²⁵; realizando avances cualitativos importantes tales como la incorporación de la prohibición de utilización de prácticas abusivas, por parte de los proveedores ²⁶; de una detallada reglamentación de los servicios públicos domiciliarios -con fuertes imposiciones a las empresas prestadoras- ²⁷; la indemnización por daño directo ²⁸; la posibilidad de aplicación del daño punitivo ²⁹ y el acceso gratuito a la justicia ³⁰, entre otros.

En Argentina existen dos ámbitos de control de este flagelo, a los que nos referiremos a continuación.

El ámbito de control administrativo, se encuentra previsto en la ley 24.240, que establece como autoridad de aplicación nacional a la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Pro-

²⁴ Mario CLEMENTE MEORO, *El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*”. En: *Contratación y consumo*, director: Francisco Javier Orduña Moreno, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 297.

²⁵ Ver arts. 1º y 2º de la ley 24.240, luego de la reforma introducida por ley 26.361.

²⁶ Ver art. 8º bis de la ley 24.240, incorporado por ley 26.361.

²⁷ Ver arts. 10 ter, 25, 31 de la ley 24.240, con las modificaciones incorporadas por Ley 26.361.

²⁸ Ver art. 40 bis de la ley 24.240, incorporado por ley 26.361.

²⁹ Ver art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por ley 26.361.

³⁰ Ver art. 53 y 55 de la ley 24.240, reformados por ley 26.361.

ducción de la Nación³¹. Otorga, además, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias la calidad de autoridades locales de aplicación, “*ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de la ley y sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones*”³².

A esta autoridad de aplicación se refiere la ley cuando pone a su cargo la vigilancia de los contratos de adhesión o similares, a efectos de que no contengan cláusulas abusivas³³, aunque requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial³⁴. Es decir que, más allá de los controles específicos en la materia, que pueden realizar las respectivas autoridades, la designada por ley 24.240 deberá realizar un nuevo análisis de legitimidad de las cláusulas, desde la particular perspectiva del derecho tuitivo del consumidor.

Las actuaciones administrativas que puede iniciar este ente se promoverán, en caso de presuntas infracciones a la normativa, de oficio, o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores -asociaciones de consumidores o defensor del pueblo-³⁵.

Este procedimiento administrativo puede acarrear como sanción -en caso de detectarse la existencia de cláusulas abusivas- la aplicación de *apercibimiento, multas, decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción, clausura del establecimiento, suspensión en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado,*

³¹ Ver art. 41 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

³² Ver art. 41 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

³³ Ley 24.240, art. 38: “*Contrato de adhesión. Contratos de formularios.* La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión y similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

³⁴ Ley 24.240, art. 39: “*Modificación contratos tipo.* Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación”.

³⁵ Ver art. 45 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales, además de la publicación -en todos los casos- de la resolución condenatoria, a costa del infractor en un diario de gran circulación en el lugar donde aquella se cometió y que la autoridad de aplicación indique ³⁶.

Como es fácil advertir, las sanciones que pueden imponerse significarán un castigo para el empresario transgresor; sin embargo, no redundarán *per se* en ninguna compensación para el consumidor afectado, salvo la determinación de la existencia de daño directo, por parte de la misma autoridad de aplicación ³⁷, o de una posterior demanda, en sede judicial ³⁸.

Ello significa que realmente puede funcionar como una medida disuasoria para la inclusión de condiciones lesivas, y en tal sentido resulta una previsión valiosa y, por tanto, consideramos que debe mantenerse y profundizarse su aplicación a la miríada de relaciones que se celebran mediante estas nuevas modalidades negociales.

En este orden resultan de aplicación también las resoluciones 26/2003 y 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, que determinan listas de cláusulas consideradas abusivas, establecidas en atención a la necesidad de reafirmar la tutela inhibitoria sustancial que veda su inclusión en los contratos de consumo.

Pasando, ahora, al control de carácter jurisdiccional que se llevará a cabo al promoverse una demanda judicial, podemos mencionar que tiene

³⁶ Ver art. 47 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361. En este orden, cabe poner de resalto el *endurecimiento* de las sanciones impuestas a los proveedores, baste mencionar el monto de las multas, que pueden ser de cien (\$100) a cinco millones de pesos (\$5.000.000), ante la detección de infracciones a la normativa específica.

³⁷ Ver art. 40 bis de la ley 24.240, incorporado por ley 26.361, que lo define: “*Daño directo*. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”, autorizando a la autoridad de aplicación, a obligar al infractor a resarcir al consumidor hasta un valor máximo de cinco (5) canastas básicas totales para el Hogar 3, que publica en Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

³⁸ Ver art. 52 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

tres niveles, en cada uno de los cuales el magistrado revisará un aspecto diferente de la posibilidad de existencia de condiciones abusivas.

El objetivo del primer nivel de control -el de inclusión- es determinar la existencia de cláusulas que resulten incomprensibles, ilegibles, incompletas, o que reenvíen a textos o documentos que no se hayan entregado previa o simultáneamente al momento de concreción del negocio; todas ellas referidas en forma específica a los aspectos esenciales del documento de venta, tales como: *a) la descripción y especificación del bien, b) el nombre y domicilio del vendedor; c) el nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador, cuando correspondiere, d) la mención de las características de la garantía, e) los plazos y condiciones de entrega, f) el precio y las condiciones de pago y g) los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente* ³⁹.

Es decir que el juez directamente deberá desechar dichas cláusulas, decretando su nulidad, en virtud de contrariar en forma específica la normativa ⁴⁰.

El segundo paso de este sistema consiste en realizar el control de interpretación, que tiene como objetivo determinar el alcance y sentido de cláusulas *oscuras* o ambiguas. Evidentemente, este control puede realizarlo el juez ante cualquier tipo de contrato que se ponga a su consideración, aplicando, para ello, los principios generales de interpretación, aun con la especificidad de aquellos que sean de consumo.

Sin embargo, cuando el contrato haya sido celebrado mediante adhesión a condiciones generales, deberán tenerse presente las particularidades de este instituto, poniendo en acción algunos principios de interpretación que le son propios.

Es que, si bien se ha sostenido que “[L]a labor del intérprete debe dirigirse pues a la búsqueda del sentido que las partes quisieron dar a sus respectivas voluntades plasmada en las distintas cláusulas o condiciones generales, y en este sentido, su actividad no difiere de

³⁹ Ver art. 10 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

⁴⁰ Ver art. 37, *in fine* de la ley 24.240.

la que corresponde en la interpretación del contrato en general"⁴¹, hemos adelantado posición acerca de considerar que el adherente realmente encuentra muy limitado su ámbito de autonomía de la voluntad, por lo que resultará bastante difícil establecer el sentido que quiso dar a cada cláusula predispuesta, cuando no tuvo ninguna posibilidad de modificarlas.

En virtud de ello, se aplicarán los principios para la interpretación de los contratos en general, principalmente el de buena fe. Destacamos el carácter vertebral de éste, como informante de todo el derecho privado argentino.

Como paso siguiente, deberán observarse las cláusulas contractuales bajo la óptica de aquellos principios atinentes a los contratos de consumo, principalmente la *interpretación "típica", contra proferentem* y el *favor debilis*. "*Aquí, en el campo de la contratación con condiciones generales es la interpretación objetiva la que ha de primar, puesto que en estos casos la interpretación buscará siempre el equilibrio de las posiciones contractuales*"⁴².

Los cambios operados en la noción del contrato y la inevitabilidad de las nuevas modalidades de su instrumentación, se han visto acompañados, con toda lógica, por la evolución de sus principios de interpretación, y ello corresponde al inevitable devenir de la modernidad.

A éstos deberían sumarse los principios de interpretación de aplicación específica a las condiciones generales de la contratación, tales como *la regla de la prevalencia de la cláusula particular*⁴³, *la de la condición más beneficiosa*⁴⁴ y en forma mucho más estricta el *contra*

⁴¹ Lucio MARTÍNEZ DE SALAZAR, "Notas sobre la interpretación de las Condiciones Generales de la Contratación", Revista La Ley, año XX, 4791, Madrid, 1999, pág. 2.

⁴² Silvia DÍAZ ALABART, "Reglas de Interpretación". En: Bercovitz Rodríguez - Cano (Director), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Navarra, Elcano, Aranzadi, 1999, pág. 199.

⁴³ Se trata de la determinación de una escala jerárquica de preeminencia, a aplicar en este tipo de negocios.

⁴⁴ La Ley de Defensa del Consumidor Argentina, no posee una definición referida a la colisión entre cláusulas, sin embargo establece el principio general de aplicación de la interpretación más beneficiosa para el consumidor en sus arts. 3º y 37. Este último, reflejo del *favor debilis* constituye el fundamento de la regla de la condición más beneficiosa.

proferentem ⁴⁵, teniendo especialmente en cuenta que en estos casos el predisponente es quien ha decidido la totalidad del contenido, de derechos, obligaciones y sus condiciones de cumplimiento y que por tal motivo, tiene el deber de *hablar claro* y respetar su obligación de comportarse de acuerdo a la buena fe, con mayor rigor por la responsabilidad que le cabe por la extensión social de su conducta.

Federico de Castro y Bravo sostiene al respecto: “*El fundamento de la regla contra proferentem es sobradamente conocido. Se basa en el principio de la buena fe concretado en el sentido de exigencia de autorresponsabilidad al sujeto que realiza una declaración de voluntad. Al realizarla, el sujeto tiene el deber de expresarse claramente (clare loqui), por lo que si no lo hace debe pechar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. La regla establece, por lo tanto, una distribución equitativa del riesgo contractual: en concreto el adherente, que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa formulación*” ⁴⁶.

Aplicando este último criterio, la interpretación deberá ser restrictiva para el caso que las dudas planteadas por cláusulas oscuras o ambiguas impongan obligaciones al adherente, y expansiva, cuando establezcan derechos a su favor ⁴⁷.

Dejamos en claro, sin embargo que, como contrapartida, el adherente debe conducirse diligentemente, obrando con cuidado y previsión, en

⁴⁵ El Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, argentino, de 1998, en sus arts. 1032 y 1033 prescribe esta solución. Idéntico criterio adoptan los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, en su artículo 4.6, con una redacción que trasluce un ánimo sancionatorio para el predisponente, al decir: “*la interpretación que perjudique a dicha parte*”, como haciendo surgir la responsabilidad del hecho de haber tenido la posibilidad de predeterminar el contenido.

⁴⁶ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 88.

⁴⁷ Sobre tal tema se ha expedido la jurisprudencia argentina, en CNCom., Sala B, 23/11/1995, “Giacchino, Jorge c/ Machine & Man” (L.L. 1997-D, pág. 859); C1^aC. y C. Mar del Plata, Sala II, 16/11/1995, “Siciliano, Miriam E. c/ El Monolito Coop. de Vivienda Ltda.” (L.L.BA, 1996, pág. 385); C1^a C. y C. Mar del Plata, Sala II, 29/11/1997, “Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre” (L.L.BA, 1998, pág. 511); C.S.J.N., “P. de M. I., J. M. c/ Asociación Civil Hospital Alemán”, 16/4/2002 (RCyS, 2003-I, 36), entre otros.

los racionales límites que le permitan su condición de profano y las demás circunstancias que eventualmente pueden condicionar su consentimiento, tales como la necesidad o la posición de monopolio del productor.

El tercer nivel ha dado en llamarse control de contenido. Se realiza en dos ámbitos diferentes; en el administrativo, mediante el control previo, que ya mencionáramos -realiza un *control ex ante*-, y en sede judicial -*control ex post*-.

Tiene por objeto determinar la legalidad del contenido de las cláusulas incorporadas. Es un tema íntimamente relacionado a nuestro objeto de estudio: las cláusulas abusivas. La existencia de éstas es lo que, tanto la autoridad administrativa de aplicación como el juez intentarán detectar y, de hacerlo, declarar su nulidad e ineficacia, teniendo en miras la protección del *débil jurídico*.

En lo que a éste se refiere, recordemos que el juez ha realizado, en primer término, el control de inclusión, a fin de desechar aquellas cláusulas que resulten incomprensibles, ilegibles, incompletas; en segundo lugar, procederá al control de interpretación, a efectos de determinar lo más certeramente posible, cuál ha sido la verdadera intención de las partes y, por último, el control de contenido resulta de carácter valorativo, y en él deberán aplicarse los criterios establecidos en la normativa, a efectos de determinar la posible lesividad contenida en las cláusulas en análisis.

Resulta interesante traer a colación que los elementos sustanciales para tal determinación van a ser: la actuación de buena fe -en sentido objetivo, con las obligaciones accesorias que ello conlleva- y el justo equilibrio en las prestaciones recíprocas, teniendo particularmente en cuenta la situación de debilidad estructural del consumidor.

Merece especial mención la posibilidad de convalidación de estas cláusulas mediante su aprobación por parte del adherente-consumidor. En el caso de que la pretendida aprobación se encuentre incluida dentro del clausulado general, obviamente resultará de ningún valor, atento que adolece de las mismas falencias a combatirse con estos controles. En los demás casos, deberá realizarse un análisis muy cuidadoso y estricto acerca de la posibilidad de que la aprobación haya sido obtenida de manera subrepticia, o utilizando medios de presión, que hayan afectado seriamente la manifestación de la voluntad en tal sentido, nuevamente teniendo como marco de análisis la relación en que una de las partes goza de una posición privilegiada.

Ahora bien, respecto de la utilidad de la realización de este análisis se ha expresado que *“Esta investigación es provechosa en la medida en que, patrocinada por la autoridad administrativa de aplicación de las normas de tutela del consumidor, conduce a confeccionar “listas negras” o “listas grises” acerca de prohibiciones o alertas. De nada sirven -o de muy poco- cuando, pese a ser detectadas y denunciadas, permanecen en el tráfico y son de aplicación cotidiana”* ⁴⁸.

Esto significa que para que el control de contenido realmente resulte eficiente, deberá ser aplicado atenta y estrictamente, declarando la nulidad de las cláusulas que resulten abusivas -como política correctiva de su existencia- y, consecuentemente, integrando el contrato a efectos que no se produzca la frustración de sus efectos.

Por otra parte, debe bregarse por la seguridad jurídica, encarnada en la perdurabilidad del contrato celebrado, en aquella parte que respeta el equilibrio de las prestaciones. Es decir que le corresponde al Estado, a través de sus funcionarios, velar por el mantenimiento o restablecimiento del carácter conmutativo de dichos negocios.

Un elemento de vital importancia, a tal efecto, será la interpretación jurídica, dado que ésta podrá moderar los principios meramente económicos tenidos en vista por el productor al establecer las condiciones contractuales, morigerándolos con criterio axiológico. En este orden, deberán aplicarse principios éticos, a efectos de limitar los esquemas económicos, partiendo de valores fundamentales de respeto de los derechos esenciales, a partir de criterios de justicia y equidad, en la búsqueda de lograr la seguridad jurídica.

Es por ello que quien deba interpretar el contrato -sean las partes o el juez- deberá remitirse, primariamente a la buena fe en el contexto de los usos y costumbres del tráfico negocial, teniendo como parámetro comparativo la conducta de un *individuo tipo* ante la posibilidad de formalizar el contrato en estudio -interpretación objetiva-.

La revisión del contrato, cuyos pasos expusiéramos, constituye una instancia reservada al juez ante quien se invoque alguna irregularidad o

⁴⁸ Jorge MOSSET ITURRASPE, “Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)”. Revista de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1999, t. 1, pág. 41.

contravención con la normativa, quien deberá realizarla, poniendo en acción los principios generales de interpretación, que mencionamos. Es en manos de este “tercero”, en las que el ordenamiento pone la posibilidad de realizar un examen del ajuste que tiene el instrumento jurídico a los parámetros establecidos por la normativa vigente.

La Ley de Defensa del Consumidor argentina posee una norma clara y precisa en el sentido de la sanción que corresponde aplicar en el caso de detectarse la existencia de una cláusula abusiva; es su nulidad⁴⁹, esto significa que no son pasibles de convalidación, son definitivamente nulas y, por tanto, se las tendrá *por no convenidas*⁵⁰, es decir, como si nunca hubieron existido.

Ahora bien, del mismo art. 37 de la ley surge claramente que la nulidad deberá ser, en todos los casos en que esto fuere posible, de carácter parcial -cuando expresa *a pesar de la validez del contrato*-, en aplicación del principio de conservación. Ello importa que: *“la nulidad sólo afecta a la concreta cláusula abusiva, pero radical, absoluta o de pleno derecho, es decir, una ineficacia imprescriptible, irrenunciable, no convalidable, declarable tanto de oficio como a instancia de cualquier interesado, y que se puede hacer valer tanto por vía de acción como por vía de excepción. ... Se trata de un supuesto de nulidad parcial que opera ex lege, sin tener en cuenta la voluntad de las partes. ... Porque la nulidad total, es decir, del contrato en su integridad, obliga a las partes a la restitución de las prestaciones y a dejar las cosas como si ninguna relación hubiera existido entre ellas, y ello determina que el contrato no surta su función económica. Dicho de otra manera: en lugar de obtener la prestación por la que contrató y evitar las condiciones que le perjudiquen, se quedaría sin la prestación, o teniendo que restituir; lo cual, se supone, no le interesa”*⁵¹.

⁴⁹ Recordemos lo dispuesto por el art. 37 *in fine* de la ley 24.240, cuando dice: “el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”.

⁵⁰ El párrafo inicial del art. 37 de la ley 24.240 expresa: “sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...”.

⁵¹ Mario CLEMENTE MEORO, ob. cit., pág. 313.

De ello surgirá la posibilidad de que una vez declarada la nulidad de la o las cláusulas, el juez decida dejar el contrato vigente, sin ella -en los casos que esto sea posible- o deba integrar el contrato, con el objeto de devolverle su funcionalidad.

Lógicamente, el fundamento de que se las considere como “*no convenidas*” está en la posición de superioridad del productor, que le permite -abusando de ella- incluir cláusulas vejatorias o abusivas, en los contratos con consumidores. Son prácticamente inagotables los ejemplos que podrían brindarse al respecto, tomados de los *contratos en formulario* disponibles en cualquier empresa.

“En todo caso, en esa decisión de política legislativa, está pesando la consideración de que el consumidor -en sus contratos con el profesional- tiene y ejerce su libertad contractual en tanto que libertad de conclusión; no tiene, en cambio, libertad contractual -o la tiene disminuida- en tanto que libertad normativa; la norma contractual, el contenido material de la “lex contractus”, concretado en las cláusulas del contrato a que se adhiere el consumidor es obra sólo de profesional, que impone sus condiciones al consumidor” ⁵².

Resulta categórica la sanción que establece la ley argentina, ante la detección de una cláusula abusiva; el consumidor puede pedir la declaración de su nulidad -sin posibilidad de ninguna valoración por parte del juez-, quedando subsistente el contrato sin ella -de resultar posible- o integrándolo, a efectos de devolverle su operatividad, pero en condiciones de equidad. Idéntico abordaje concede a este tema el derecho paraguayo ⁵³, *“... la nulidad de pleno derecho implica que el acto será inválido, sin que la parte afectada pueda optar; si así le conviene, por mantener la eficacia del acto con modificaciones o reajustes”* ⁵⁴. “[e]llo significa que el juzgador se limita a “declarar” su ineficacia, que se

⁵² Manuel GARCÍA AMIGO, ob. cit., pág. 15.

⁵³ En este sentido, se ha dicho: *“Por regla general, en el derecho paraguayo cuando un acto contraviene la ley -y lo hace también, está visto, cuando resulta inhumano se impone la nulidad, que como tal debe ser declarada de oficio por el magistrado, es imprescriptible y no admite confirmación”* (José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 75).

⁵⁴ Idem, pág. 75.

daba ab origine; y si esa nulidad afectaba a un elemento esencial del contrato, también éste, consecuentemente, era nulo ab origine” ⁵⁵.

Tal vez podría plantearse -por diferencias terminológicas- que, entonces, la cláusula resulta ineficaz. Respecto de ello, caben algunas aclaraciones. En primer lugar, diremos que el contrato, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos, el de validez, en el cual se estudia su estructura ⁵⁶ y el de eficacia. En tal sentido, la validez responde al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley; sin embargo, la eficacia, se refiere a la posibilidad de producir efectos que tiene el contrato en cuestión.

La característica que presenta la legislación argentina, en cuanto a la sanción que pregona es la nulidad absoluta parcial -de la cláusula-, aunque deba recurrirse a la posterior integración a los efectos de restablecer el equilibrio del sinalagma y otorgarle funcionalidad.

Parte de la doctrina estima que esta solución -la nulidad de pleno derecho- resulta contradictoria a los intereses del consumidor, puesto que quizás resultaría más acorde establecer una posibilidad alternativa de ofrecimiento por parte del proveedor, de un ajuste de las prestaciones, a fin de alcanzar el equilibrio contractual -tal lo previsto en el derecho argentino para la excesiva onerosidad sobreviniente, en el art. 1198 del Código Civil-, puesto que se sostiene que lo contrario llevaría al consumidor a no reclamar, con el objeto de no ver frustradas sus expectativas.

Consideramos que, teniendo presente que la nulidad que establece la ley es de carácter parcial, así como las facultades morigeradoras que se otorgan al juez, y la posibilidad que éste dispone de integrar el contrato, resulta adecuada la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, tenien-

⁵⁵ Mario CLEMENTE MEORO, ob. cit., pág. 324.

⁵⁶ Así se sostiene que *“la estructura negocial está conformada por el complejo de las relaciones entre los elementos y los requisitos, la cual está conceptualizada en una situación estática. Por lo demás, este aspecto negocial es parte de un proceso jurídico unitario en donde existe una estrecha relación y unión sucesiva”* (Rómulo MORALES HERVIAS, “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”, Revista del Foro, año LXXXVI, N° 1, 1998, pág. 43. Citado por Espinoza Espinoza, Juan (Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2005, pág. 281, cita 155).

do presente que forma parte de la función moralizadora del derecho, que debe poner de manifiesto el repudio y sanción a las actitudes claramente ilícitas y contrarias a la buena fe y las buenas costumbres ⁵⁷.

Obviamente que en caso de que el contrato no pueda subsistir sin las cláusulas que han sido declaradas como abusivas, corresponderá decretar su nulidad total. Ahora bien, destacamos -una vez más- que esta deberá ser la última solución deseable, puesto que es opuesta los intereses del consumidor. Lo contrario llevaría al proveedor a establecer cláusulas que traigan consigo el decaimiento de todo el contrato, para suprimir los reclamos, so color de su permanencia.

“Se ha señalado incluso la posibilidad de que el empresario predisponga el clausulado contractual de modo que, suprimidas las cláusulas abusivas, las que queden determinen la situación no equitativa de que habla el precepto, de manera que se provoque necesariamente la nulidad total y el adherente se vea obligado a elegir entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación o su invocación, o bien soportar la ineficacia total del contrato, con la secuela de la pérdida del bien o servicio que necesitaba (Clavería)” ⁵⁸.

Ahora bien, dada la trascendencia de la consecuencia que se deriva del control de contenido, lo más aconsejable es establecer un procedi-

⁵⁷ Resultan fallos de este tenor, el dictado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, el 14/12/07, en autos: “Tommasi Automotores S.A. c/ Ciadea S.A. y otro”, al decir: “Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se halla constituido por pautas jurígenas, distintas de la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual (IMP2008-7 (Abril), 650)”. Así también, el dispuesto por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, 9/5/2006, “Roca, Silvia B. y otro c/ Club Vacacional S.A.”, que expresa: “Es contraria a la moral y buenas costumbres, la cláusula inserta en un contrato de comercialización, venta y administración de complejos turísticos de tiempo compartido que frente al incumplimiento del deudor concede al otorgante la facultad de rescindir el acuerdo y quedarse con las sumas abonadas por el primero en concepto de indemnización, ya que de dicho pacto surge la notable inequivalencia entre la sanción -pérdida de la totalidad de las sumas abonadas- y el perjuicio que eventualmente puede experimentar el vendedor por la rescisión, quien por la extinción de la operación adquiere la posibilidad de negociar nuevamente las acciones enajenadas” (La Ley on line).

⁵⁸ Mario CLEMENTE MEORO, ob. cit., pág. 319.

miento abreviado de acceso a la justicia que preserve una eficaz protección del consumidor que se ve perjudicado por la inclusión de contenido abusivo en el contrato que celebró de buena fe. Así lo prevé la ley 24.240, al establecer en su art. 53: “*se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente*”.

A su vez, la norma otorga una legitimación amplia para accionar al respecto, no sólo al particular afectado sino también a las asociaciones de consumidores o usuarios, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal, tornando la tutela de naturaleza colectiva ⁵⁹.

Pasando directamente al contenido del art. 37 de la ley, que regula las atribuciones del juez, como asimismo la configuración de las situaciones que traducen abusividad, diremos que ha encontrado aplicación en la jurisprudencia argentina -aunque es de destacar que no toda la que creemos recomendable-, ejemplificado a través de distintos fallos que dejan en claro el diverso tenor de las situaciones que se presentan en la práctica, y su manera de resolverlas.

“En los contratos de formulario, las cláusulas que prorrogan la jurisdicción pueden ser consideradas como restrictivas o de renuncia de los derechos del consumidor, razón por la cual, en virtud del art. 37, inciso 2 de la ley 24.240 (Adla, L-III-D, 4125), deben tenerse por no escritas” ⁶⁰.

“La cláusula de prórroga de jurisdicción inserta en los contratos de adhesión en virtud de la cual el consumidor o usuario se somete a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente renunciando al propio fuero viola la defensa en juicio, toda vez que es sabido lo costoso que resulta litigar fuera del lugar de su propio domicilio, y convierte en abusiva la cláusula predispuesta, la que debe declararse nula” ⁶¹.

“Por lo tanto, en los contratos de formulario, las cláusulas que prorrogan la jurisdicción pueden ser consideradas, dadas ciertas circunstan-

⁵⁹ Art. 52 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

⁶⁰ C1ªC. y C. Mar del Plata, Sala I, 1/4/97, “González, María E. c/ Persa S.A.”, L.L. 1998-B, 170.

⁶¹ Cám. C. y C. Mar del Plata, Sala II, 20/11/97, “Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre”, L.L.B.A., 1998-511.

cias, como restrictivas o de renuncia a los derechos del consumidor, ya que importan una renuncia de derechos por parte de éste y por lo tanto deben tenerse por no escritas. (...), con lo cual, esas cláusulas se convierten en una renuncia anticipada al derecho a la jurisdicción que la ley no está dispuesta a tolerar”⁶².

Asimismo, en otros supuestos se ha admitido la nulidad de las cláusulas expresamente consagradas con carácter específico, tales como las que postulan la irresponsabilidad del predisponente, por ejemplo, de los bancos en los contratos de cajas de seguridad⁶³.

Para avanzar en el tratamiento del tema que nos ocupa, analizaremos en detalle las previsiones del art. 37 de la ley 24.240, de cuya lectura se desprende que, adoptando un criterio amplio, incluye sólo tres incisos, descriptivos de las cláusulas que considera abusivas; así:

“... II. las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

III. las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

IV. las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

Estos supuestos contemplados en la ley resultan generales en su redacción, a diferencia del criterio sustentado por otros cuerpos legislativos, tales como el Código del Consumidor brasileño⁶⁴, la Ley de Protección

⁶² Fallo del 26/10/99, Juzgado Civil y Comercial N° 3 de Resistencia, Chaco, en autos “Amado, Carlos José y Gómez, Nancy Edhit c/ Icaturo S.A. Comp. Esturión de Montoya s/ Nulidad de acto jurídico”. Confirmado en alzada por sentencia del 5/7/00 de la Cámara Civil y Comercial, Sala 2ª, de Resistencia, Chaco, Argentina.

⁶³ No resulta ocioso recordar que en el régimen actual, el derecho de los clientes del banco en situaciones similares, que se rige por la ley 24.240, se encuentra claramente tutelado (arts. 1º inc. b, 2º, 3º, 37 y 38), siendo inaceptable la aplicación de cláusulas que “desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños” (art. 37, inc. a). CN Fed. Civ y Com., Sala I, 13/4/99, “F. c/ Banco Galicia”.

⁶⁴ Código de Defensa del Consumidor brasileño, arts. 51 y 53.

⁶⁵ Ley de Protección del Consumidor y del Usuario paraguayos, art. 28.

del Consumidor y el Usuario paraguaya ⁶⁵, la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo ⁶⁶, o la Directiva de la Comunidad Económica Europea 13/93, que prefieren una mayor precisión al enumerarlos.

Podría destacarse que el artículo en comentario contiene, en rigor de verdad, sólo parte del inciso a): “*las cláusulas que desnaturalicen obligaciones*”; y el inciso b) “*las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte*” que responden a la tipología del sistema de cláusulas abiertas, que importa la ventaja representada por el hecho de que en ellas puede subsumirse casi cualquier situación que se considere lesiva para el consumidor. Ahora bien, como contrapartida, toda la actividad tendiente a su caracterización, inclusión y posterior aplicación de la sanción correspondiente queda exclusivamente librada a la actividad y arbitrio jurisdiccional, con el consecuente riesgo de la aplicación de diversos criterios al respecto.

Tanto la segunda parte de su inciso a) “*las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños*”, cuanto el inciso c) “*las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor*”, establecen supuestos especiales de cláusulas abusivas.

Evidentemente, nos encontramos ante un caso de deficiente técnica legislativa, que incluye cláusulas amplias, sin agregar lista *negra* ni *gris*, salvo que se considere que tuvo la intención de establecer una limitada a los dos supuestos ya anotados -intención que consideramos como poco probable-.

Corresponde, ahora, estudiar la conveniencia de establecer un catálogo de cláusulas abusivas, volcado en *listas negras* o *grises*. En tal sentido, diremos que existen los sistemas más diversos, en la legislación comparada. En la mayoría de los casos existen *listas negras*, que implican la nulidad de cualquier cláusula allí mencionada -sin posibilidad de valoración por parte del juez-, cuando fuera reproducida en un contrato; y, en algunos, también *listas grises*, que implican la anulabilidad -previa revisión y a criterio del juez- de las cláusulas que se incluyen en éstas. En general, se considera a las listas como de carácter enunciativo,

⁶⁶ Ley de Protección del Consumidor uruguayo, art. 31.

ejemplificativo, a fin de no impedir la subsunción de otros casos no previstos en forma expresa.

Estimamos que el sistema mixto, que combina las previsiones generales, abiertas -que constituyen standards o principios- enunciadas en un artículo, con la existencia de listas -sólo *negras* o *negras y grises*- resulta el método más apropiado, en el entendimiento de que a través del antedicho mecanismo se asegura un mayor nivel de protección para los consumidores, minimizando la posibilidad de errores en la aplicación de sanciones, basados en disparidad de criterios de apreciación de las cláusulas sometidas a estudio.

Creemos que en todos los casos en que se incluyan, las listas deben ser de carácter enunciativo -*numerus apertus*-, cada cual con el tipo de sanción que se prevea, permitiendo, de ese modo, la aplicación a otras situaciones no contempladas, cuando a criterio del juez resulte conveniente. A efectos de que este carácter no se torne en un beneplácito para la incorporación de cualquier supuesto, opera como un límite ético, filosófico, axiológico y jurídico el establecimiento de las cláusulas abiertas, generales, de claro carácter principista.

Consideramos más ajustada y operativa esta última opción, atento la precisión en la descripción casuística y la mayor facilidad para su aplicación por el juez, en caso de resultar necesario. Referimos a la alternativa que estimamos más apropiada para la República Argentina, y para este momento particular del desarrollo y expansión de esta disciplina en nuestro país.

Fundamentamos esta posición en la escasa difusión y aplicación que tiene aún el derecho del consumidor en nuestro medio y la renuencia de los operadores jurídicos en su utilización. Resulta fácil detectar -de la simple lectura de jurisprudencia que resuelve casos de consumo- que no todos los planteos se realizan desde el enfoque de la normativa de la ley 24.240 y sus complementarias; así como las sentencias que fundamentan el fallo en otras normas.

Aún podemos observar muchos casos resueltos a través de las disposiciones del Código Civil⁶⁷; de los antiguos -y no por ello fuera de uso-

⁶⁷ A modo de ejemplo, podemos mencionar: Cámara Nacional Civil, Sala K, 9/5/06, "Roca, Silvia B. y otro c/ Club Vacacional S.A.", La Ley Online.

principios generales del derecho, tales como la buena fe, la doctrina de los propios actos; de figuras de corte moralizador como el abuso del derecho o la lesión; en lugar de aplicar el texto legal específico, tuitivo, o los principios propios de esta modalidad contractual, como el *in dubio pro consumatore*, o *contra proferentem*, de especial pertinencia en este tema.

Otras sentencias se dictan apelando a disposiciones de raigambre constitucional -como el caso de la prórroga de jurisdicción que se consideró que afectaba el derecho de defensa en juicio (que lógicamente, siempre constituye la última *ratio*)- en lugar de establecer que estaba encuadrada en las disposiciones del art. 37, inc. b, de la ley 24.240, ya citado ⁶⁸.

En idéntica directriz que la posición que sustentamos, se ha dicho: *“No dudamos en adherir a un ‘sistema mixto’, construido sobre la base de standards o principios y de prohibiciones concretas. Descreemos de la sola vigencia de ‘listas negras’, abiertas o cerradas, en la medida en que la destreza para burlarlas es conocida, aunque pueda luego hablarse de un ‘fraude a la ley’. ... Cerrar el listado nos parece absurdo, y meramente abrirlo, sin la complementación de pautas generales o principios, no nos parece eficaz. ... Confiamos en el rol del juez, en su sagacidad para descubrir las cláusulas abusivas -exageradas, leoninas, aprovechadoras, espinosas, excesivamente onerosas, sorpresivas o subrepticias- pero creemos que no podrá cumplir esa importante tarea si no se le otorgan ejemplos claros -prohibiciones específicas- y herramientas idóneas, como son las ‘cláusulas abiertas’ o los ‘principios generales’”* ⁶⁹.

Cabe citar en aval a nuestra postura, un antecedente relativamente cercano, la Resolución N° 26, del 13 de agosto de 2003, de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, a través de la cual se especifica un conjunto de cláusulas que son consideradas abusivas. Esto pone de manifiesto que se ha considerado conveniente establecer una lista de cláusulas, a manera ejemplificativa,

⁶⁸ En tal sentido se ha expedido por la Sala 3ª de la Cámara Civil y Comercial de Resistencia: “Ledesma, Roberto Antonio y Del Oste Alicia L. c/ Icatu S.A. Complejo Esturión de Montoya S.A. s/ Nulidad de Acto Jurídico”, Expte. N° 6605/ 2000, también su Sala 2ª, “Amado, Jorge Carlos José, Gómez, Nancy Edith c/ Icatu S.A. Complejo Esturión de Montoya S.A. s/ Nulidad de acto jurídico”, Expte. N° 5458/2000.

⁶⁹ Jorge MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág. 29.

como medio de facilitación de la tarea del intérprete, en sede de la autoridad administrativa de aplicación.

Todo lo expuesto avala la convicción acerca de la conveniencia de la incorporación de un catálogo de cláusulas que sean consideradas abusivas por la ley. Proponemos que revista el carácter de *lista negra* -de nulidad absoluta, sin valoración-; que la declaración de nulidad sea parcial -referida sólo a la o las cláusulas lesivas-, y que para el caso de ser necesario, el juez integre el contrato, siempre dentro del marco axiológico de los principios generales del derecho.

Para que esto sea posible, resultará necesario, también, reformar el texto del art. 37 ley 24.240 que, como ya manifestáramos, adolece de alguna *desprolijidad legislativa*, que proponemos enmendar mediante una reforma a su texto, en lo que refiere a los incisos que definen la calidad de abusivas de las cláusulas, con el objeto de determinar, real y únicamente, supuestos de carácter general, enviando los particulares al catálogo antes mencionado, en caso de corresponder, estableciéndose con mayor amplitud, pero a la vez precisión, los distintos “continentes” en que podrán subsumirse los supuestos concretos que se presenten, y excedan el catálogo de cláusulas, que se propone incluir, con carácter de *lista negra*.

En virtud de ello, y a efectos de dejar debidamente delimitada la normativa compuesta por una cláusula general, abierta, y una *lista negra* de cláusulas que deberán considerarse abusivas, estimamos conveniente proceder a la reforma de la primera parte del art. 37 de la ley 24.240, proponiendo el siguiente texto:

“*Interpretación:* Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que:

1. Amplíen los derechos del productor o limiten los que correspondan al consumidor.
2. Restrinjan obligaciones del productor.
3. Impidan o limiten el derecho de defensa del consumidor.
4. Contradigan el plexo normativo vigente en la materia”.

Creemos que en estos enunciados se encuentra previsto un amplio espectro de situaciones que tornan abusiva una cláusula contractual y que puede ser utilizado como parámetro para la estimación de tal carácter, ante cada caso particular.

En lo referente a la *lista negra*, su contenido merece un estudio detallado y pormenorizado, que excede los límites del presente trabajo, dado que resulta necesario determinar adecuadamente criterios de política legislativa al respecto y un análisis de la casuística, a fin de permitir la inclusión de la mayor cantidad de supuestos que merezcan la sanción de la nulidad absoluta, sin valoración por parte del juzgador. Sugerimos que se la incluya como art. 37 bis de la ley 24.240.

Otro factor que puede contribuir a esta defensa es el fortalecimiento de medios alternativos de resolución de conflicto que resulta de vital importancia para la efectiva vigencia de estos derechos, atento su fácil acceso, la prontitud de sus soluciones, y la posible gratuidad de las actuaciones ante dicho ámbito; así como el desarrollo efectivo de un sistema nacional arbitral de consumo, que consideramos sería positivo.

De este modo, hemos pretendido presentar someramente ideas que estimamos pueden resultar de utilidad para la optimización del control de esta *anomalía* contractual, que atenta contra la existencia de un mercado transparente, basado en la conducta leal de sus actores, buscando que cada uno obtenga los mayores beneficios y mejores prestaciones en cada relación de consumo.

Hemos puesto el mayor énfasis en el análisis del *control de contenido*, de carácter jurisdiccional, estimando que constituye la instancia más calificada y definitiva en estas medidas que proponemos para el mejoramiento de este control. Ahora bien, como parte de estas providencias a adoptar y a modo de *racconto*, podemos mencionar algunas que, en el ámbito de la República Argentina, están previstas en el texto de su actual normativa y tal vez sólo sea conveniente recordarlas, con el fin de llamar la atención acerca de su implementación o la mejora de la que ya existe y otras que proponemos como futuras medidas a incorporar.

Así, podemos referirnos:

a. Al control administrativo de carácter previo, que ya desarrolláramos, y que estimamos puede ser profundizado y perfeccionado en su aplicación. Obviamente, resulta una cuestión de política económica y jurídica la decisión de fortalecer estos ámbitos de contralor, atento las derivaciones que ello puede traer consigo. El ejercicio real y efectivo de esta supervisión podría generar malestar en aquellos empresarios que calculan sus costos y beneficios descontando la aplicación de cláusulas inequitativas. Ahora bien, estos empresarios perjudican, más allá del

consumidor, a sus colegas, respecto de quienes ejercen una competencia desleal. Es decir que la conducta resulta disvaliosa desde distintos puntos de vista -tal vez hasta del fiscal-, razón por la cual la decisión de combatirla podría formar parte perfectamente de casi cualquier “plan político”. Resulta parte de la necesidad acuciante de moralización de las instituciones y actividades que vive nuestro país y la mayoría de los de América Latina.

A esto deberá sumarse una política de firme control por parte de la autoridad de aplicación, ex post, con carácter sancionatorio, al aplicarse ejemplificadoras medidas a aquellos empresarios que, abusando de su posición dominante, incluyan cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, perjudicando seriamente al orden jurídico-económico preestablecido ⁷⁰.

b. Otra de las acciones propuestas está relacionada con la intensa difusión de los derechos del consumidor, puesto que ello podrá permitir su conocimiento y posterior reclamo y aplicación, generando un respeto impuesto desde el mismo destinatario de aquellos. En tal sentido, proponemos la necesidad de planificación y organización de amplias campañas de difusión, mediante las más diversas herramientas, sumando a los medios de comunicación masiva, con tanta llegada al *hombre común*.

Creemos necesaria la ejecución de campañas de concientización acerca de los derechos del consumidor, a través de la implementación de lo expresamente indicado en el art. 42 de la Constitución Nacional, 60 y 61 de la ley 24.240, puesto que ello permitiría al sujeto pasivo la detección de dichas condiciones lesivas y su consecuente reclamo.

c. Dentro de la misma línea, se encuadra la implementación del mandato constitucional -repetido en la ley 24.240-, de brindar educación al consumidor, a cargo -principalmente- del Estado Nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de las provincias y los municipios.

Este aspecto va más allá de la simple información, importa *formación*, capacitación, para constituir ciudadanos-consumidores que actúen con responsabilidad como tales -desechando la postura de considerarlo

⁷⁰ Aquí destacamos, nuevamente, el contenido del art. 47 de la ley 24.240, que la reforma introducida por ley 26.361 agrava las sanciones aplicables los infractores a las normativas, estimamos que respondiendo a una política de protección al consumidor.

un *cuasi-incapaz*-. Ello no obviará su debilidad, pero la atenuará, de modo de permitir el real ejercicio de sus derechos y obligaciones.

Asimismo, vemos conveniente perseguir la consecución de los fines propuestos en el art. 61 de la Ley de Defensa del Consumidor ⁷¹, en la educación que se brinde al consumidor por parte del Estado. Consideramos que instituciones de carácter público, como las escuelas en todos los niveles, las universidades; así como organizaciones no gubernamentales, más allá de lo expresamente dispuesto por el Estado Nacional, Provincial o Municipal, deben contribuir en esta difusión y en la formación del ciudadano en un tema tan sensible como el de la defensa de estos derechos que consideramos fundamentales.

Estimamos beneficioso promover, también, desde los ámbitos de educación formal y no formal, la responsabilidad de los ciudadanos-consumidores, a efectos que el aspecto protectorio de éste no mute en una desprotección o discriminación negativa en perjuicio de los productores, respetando el equilibrio en los negocios.

d. Resulta imprescindible la agilización y fortalecimiento de la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos que tengan su origen en relaciones de consumo, a efectos de posibilitar la generalización de los reclamos y su pronta solución. En este ámbito, resultaría interesante la efectivización del funcionamiento de un sistema nacional de arbitraje de consumo ⁷², con extensión a todo el país y, aún, por delegación a las Municipalidades, como un medio de acercar el acceso a la solución de disputas al consumidor, en una aplicación del principio de “igualdad ante la ley”, que realmente importa una igualdad en el acceso a su posibilidad de aplicación.

e. El fomento a la creación de asociaciones de consumidores, legalmente constituidas, constituye una deuda pendiente para el Estado y para la población misma. Mediante la educación que se brinde al consumidor, éste tomará conciencia de la importancia de asociarse, para defender sus

⁷¹ Que establece los contenidos esenciales que debe incluir la formación del consumidor.

⁷² Aunque no con el carácter de “Sistema Nacional”, la posibilidad de constitución de estos tribunales arbitrales, tanto en el ámbito nacional, cuanto provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y hasta de las municipalidades, se encuentra previsto en el art. 59 de la ley 24.240, reformado por ley 26.361.

derechos, y del poder tremendo que le otorga actuar *en bloque*, permitiéndole *torcer* las voluntades lesivas de los empresarios inescrupulosos.

La autogestión de sus reclamos y la posibilidad de negociación y composición que otorga la institucionalidad de una asociación de consumidores trae, como beneficio agregado, la posibilidad de iniciación de *acciones en defensa de intereses de incidencia colectiva* ⁷³, que produce una notoria economía procesal y material.

f. Otro aspecto a tener en cuenta es el de los gastos que implica cualquier reclamo que pretende realizar el consumidor; es por ello que el establecimiento de la gratuidad inicial de las actuaciones ante la justicia, en esta materia, resultaría un elemento más para permitir el definitivo arraigo de este particular Estatuto y de sus principios tuitivos. Evidentemente, esta gratuidad se convertirá en definitiva, en caso de prosperar el reclamo del consumidor. Ahora bien, para el caso de reclamos infundados, éste deberá ser condenado por su actuar malicioso.

La ley 24.240, con la reforma incorporada por la ley 26.361, recientemente promulgada ⁷⁴, ha incluido este ítem en dos de sus artículos, en el 53 ⁷⁵, referido a las acciones de tipo individual y en el 55 ⁷⁶, con respecto a las acciones de carácter colectivas.

Respecto de la primera de estas disposiciones, en su segunda parte incluye una excepción a la regla, al establecer: “*La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio*”. Creemos que el legislador ha incurrido en un error de concepto al mencionar tal singularidad, puesto que el *beneficio de gratuidad* en este caso se otorga en virtud de una calidad objetiva del sujeto, cual es su condición de consumidor; no resulta procedente equipararlo a un beneficio de litigar sin gastos, relacionado con la

⁷³ Ver art. 55 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina.

⁷⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 7 de abril de 2008.

⁷⁵ Art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina: “*Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de la justicia gratuita...*”.

⁷⁶ Art. 55 de la Ley de Defensa del Consumidor argentina: “*...Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita*”.

falta de medios del demandante, atento que su adjudicación debe obedecer a su situación de *debilidad estructural* en el mercado.

Consideramos que la imposición de esta medida puede resultar coadyuvante para la efectiva vigencia de estos derechos.

g. También sugerimos la profundización de las investigaciones sobre el tema, en distintos espacios -educativos, legislativos, judiciales, del sistema de ciencia y técnica nacional, empresarios, de las asociaciones de consumidores-, con el objeto de esclarecer la problemática con más precisión y proponer soluciones viables.

En este sentido, quizá resulte conveniente la particularización por sectores o actividades, priorizándose aquellas en que se vislumbren más inconvenientes. “La doctrina argentina ha comprendido, luego de unos años de exposición generalizada sobre “cláusulas abusivas”, que el análisis adquiere particular importancia y utilidad si se lo concretiza a través de áreas de la contratación. Y es así como, en los últimos años, han aparecido investigaciones sobre “cláusulas abusivas” en el ámbito de los negocios bancarios, de la medicina prepaga, de los contratos de ahorro con fines determinados, de las vacaciones combinadas, de las tarjetas de crédito, del tiempo compartido, del transporte multimodal y otros. Ocurre que cada negocio tiene sus especificidades y sus posibilidades de abuso o aprovechamiento”⁷⁷.

h. Como corolario de las previsiones vigentes en nuestra legislación, nos referimos al control judicial de contenido de las cláusulas contractuales. En tal sentido, proponemos la profundización de la aplicación de las disposiciones de la ley, que determinan la nulidad para las cláusulas abusivas. Cabe destacar, una vez más, que esta nulidad es de pleno derecho y, por tanto, trae consigo la posibilidad de su declaración aun de oficio, sin sustanciación alguna -al menos en aquellos casos de transgresión flagrante- actuando el juez como custodio del *orden público jurídico-económico*.

Resulta indispensable el compromiso de los jueces en esta defensa, como un engranaje de lo que consideramos un sistema más justo y equitativo para toda la comunidad. Recordemos que las mayores inequidades,

⁷⁷ Jorge MOSSET ITURRASPE, “Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del derecho argentino)”, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, 1999, t. 1, pág. 19.

en la aplicación de cláusulas abusivas, se presentan en los casos en que el consumidor resulta más vulnerable, más necesitado y, por tanto, más débil. Es misión del Poder Judicial contribuir, con el rigor en la aplicación de las leyes, en el logro de la justicia y la equidad.

Como medidas innovadoras en pos de la optimización de estos controles, se propone:

1. La creación, en el ámbito de la autoridad de aplicación, de un “Registro de proveedores sancionados por la inclusión de cláusulas abusivas en sus condiciones generales de la contratación”, tanto en el ámbito administrativo como judicial, debiendo implementarse reglamentariamente: a) en qué supuestos corresponderá la inscripción y en cuáles la inclusión en la lista de publicación masiva; b) las normas para su funcionamiento y c) establecer los mecanismos de comunicación con los Poderes Judiciales con competencia en el ámbito del consumo, en todo el territorio de la Nación. Este registro será de consulta pública y gratuita para los consumidores, los proveedores y las asociaciones que los agrupen. Será función de este organismo, más allá de la simple inscripción de los sancionados, y conforme la reglamentación que oportunamente se dicte, la publicación periódica de una nómina de los proveedores que hayan sido objeto de dicha sanción.

2. La reforma del art. 37 de la ley 24.240, en los aspectos antes expuestos.

En modo alguno ponemos en tela de juicio la idoneidad de los magistrados para la realización de este objetivo, la que surge claramente de la lectura de los casos de jurisprudencia que hemos revisado a fin de establecer el estado de situación de esta cuestión ⁷⁸, sino que teniendo pre-

⁷⁸ Así, Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala III, 2/5/06, “Caturelli, Jorge Fabián G. c/ Sind. de Trabaj. Munic. Ros. y/o DPV Y U”, L.L. Litoral 2007 (febrero), 99; Cámara Federal de Mar del Plata, 10/4/06, “Marceillac, Juan I. c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”, L.L. BA 2006, 1218; Cámara Nacional Comercial, Sala B, 22/6/05, “V., M. C. c/ UBS AG (ex Unión de Bancos Suizos), L.L. 2005-D, 836, J.A. 2005-IV, 784; Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 14/6/05, “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires”, L.L. 20/9/05, 3, con nota de Nicolás Malumíán, L.L. 2005-E, 436, con nota de Nicolás Malumíán, J.A. 2006-II, 342; Cámara Nacional Comercial, Sala C, 8/3/05, “Revello Llerena, Ricardo E. c/ Qualitas Médica S.A.”, L.L. 19/10/05, 9, L.L. 2005-E, 872, E.D. 213, 43, J.A. 2005-II, 301; Cámara Nacional Civil,

sente el grado de desarrollo y utilización de este derecho por parte de sus operadores, estimamos que la incorporación de una lista que determine con carácter absoluto la nulidad de ciertas cláusulas, facilitará tanto la tarea de los órganos judiciales cuanto la de los abogados encargados de realizar planteos y defensas y aun de los proveedores, consumidores y asociaciones respectivas, contribuyendo a la unificación de criterios de aplicación y, mediante ello, a la seguridad jurídica, valor indispensable para la existencia de la tan anhelada paz social.

Como es fácil observar, algunos medios están previstos y dispuestos y otros resultan de relativamente fácil ejecución; sólo falta la decisión de *tomar el toro por las astas*, de definir en el Estado verdaderas *políticas de defensa del consumidor y el usuario*, con la inclusión de todos los actores de las relaciones de consumo, y sumar las voluntades de estos, en *hacerse cargo* de la porción que les compete, como ciudadanos responsables, solidarios y participativos.

El consumo es un fenómeno complejo, que puede ser abordado desde distintos puntos de vista o disciplinas, tales como la psicología, el marketing, la sociología; pero en ningún caso puede negarse que integre el

Sala C, 16/4/2004, “Hanlin, David J. c/ Sodiro, José M. y otro”, D.J. 2004-3, 167; Cámara Nacional Civil, Sala E, 14/4/04, “M., C. T. c/ Círculo Mutual Subof. Ret. de la Policía Federal y otros”, D.J. 2004-2, 1053; Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 13/4/04, “Asociación Civil Hospital Alemán c/ Ciudad de Buenos Aires”, L.L. 2004-C, 809, D.J. 2004-2, 66, RCyS2004-V, 86; Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 3/3/04, “Asociación Civil Hospital Alemán c/ Ciudad de Buenos Aires”, D.J. 2004-2, 1228, L.L.19/8/04, 7, E.D. 211, 453; Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 5/11/03, “Deautos S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, L.L. 2004-B, 653, E.D. 207, 65; Cámara Nacional Comercial, Sala B, 25/10/06, “American Express Argentina S.A. c/ Chueke, Alberto R.”, La Ley Online; Cámara Nacional Civil, Sala C, 2/5/06, “Barral de Keller Sarmiento, Graciela c/ G., J. A. y otros”, RCyS2006-VII, 59, L.L. 16/8/06, 8, con nota de Domingo M. López Saavedra; Roberto A. Vázquez Ferreyra, L.L. 2006-E, 2; Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 20/4/06, “Laub, Carlos A. c/ Sindic. de Trabaj. Munic. de Rosario y/o D.P.V. y U.”, L.L. Litoral 2006-1456; Cámara Federal de Mar del Plata, 10/4/06, “Marceillac, Juan I. c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”, L.L.BA 2006-1218; Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Asociación Civil Hospital Alemán c/ Ciudad de Buenos Aires”, 3/3/04, D.J. 18/8/04, 1228, L.L. 19/8/04, 7, entre otros.

proceso económico y, como tal, está sujeto a las reglas del mercado. El rol del derecho, en esta intrincada interrelación de factores, es aportar el marco ético-axiológico que imponga los límites al lucro y a la eficiencia, como únicos parámetros para evaluar acciones, permitiendo la efectiva realización de los derechos fundamentales de la persona.

En la actualidad, las normas tuitivas del consumidor constituyen el axial del derecho privado, el marco jurídico de referencia del individuo, en cuanto a sus derechos de carácter patrimonial; estatuyen principios inderogables tales como la protección del *débil jurídico*, la *buena fe*, entendida en su aspecto objetivo, y la *conservación del contrato*, como valor esencial en las relaciones negociales.

Dentro de ese espectro, las *cláusulas abusivas* insertas en los contratos celebrados con consumidores resultan un problema cotidiano, grave y que impone la necesidad de su abordaje, con el objeto de intentar acciones tendientes a lograr su erradicación. En ese marco hemos encuadrado estas reflexiones, pretendiendo presentar un atisbo de solución, mediante las propuestas que hoy ponemos a consideración, como resultado de una profunda preocupación por esta temática de tanta actualidad e importancia.

Resulta bien sabido que existen muchos proveedores que actúan en forma correcta y honesta, poniendo en ejercicio este aspecto esencial de la *responsabilidad social de la empresa*. La previsión de sanción de estas cláusulas no tiene el objetivo de intromisión en su ámbito de libertad, con intención de entorpecer sus negocios. Nada más lejos de la realidad. El afán protectorio del consumidor favorece justamente a quienes actúan de ese modo, diferenciándolos de quienes lo hacen contrariando la normativa y la buena fe. La tutela es a efectos de evitar el abuso de la posición de preeminencia del predisponente, que lamentablemente ocurre con frecuencia. Se trata, pues, de impedir que se le impongan al consumidor condiciones lesivas, que afecten o desequilibren el sinalagma contractual; o renunciadas a legítimos derechos, como condición para lograr el acceso a un bien o servicio determinado.

Estamos en condiciones de sostener que la plataforma estructural del derecho privado actual está constituida por el derecho de consumo; de allí su importancia y la necesidad de su estudio y difusión, así como de la educación al consumidor para que, conociendo sus derechos, pueda ejercerlos adecuada y responsablemente. Así, de la interacción de los

actores de esta peculiar relación, podrá surgir una relación armoniosa y cooperativa entre las partes, con productos más seguros, servicios correctamente prestados y una efectiva y pronta respuesta a los reclamos que se realicen, que redunden en una mejor calidad de vida para toda la comunidad; todo bajo la atenta y vigilante mirada del Estado, que tiene como misión velar por el respeto de los derechos fundamentales del individuo, entre los cuales, sin lugar a dudas, se cuenta el de la protección de los intereses económicos del consumidor, afectado por la inclusión de cláusulas abusivas en la contratación.

RECEPCIÓN DE LA ACADÉMICA CORRESPONDIENTE
EN CORRIENTES,
DRA. MIRTA GLADIS SOTELO DE ANDREAU

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Julio Altamira Gigena

Señor presidente, señores presidentes honorarios, señores académicos, señoras y señores,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba me ha designado para que haga la presentación de la Dra. Mirta Sotelo de Andreau, quien se incorpora como miembro correspondiente en la ciudad de Corrientes.

Hace ya más de una década que conozco a la Dra. Sotelo de Andreau, por quien tengo un gran afecto por sus condiciones humanas, ya que es una persona afable, sencilla, que trasunta en su trato ese particular don de simpatía que es atributo de las almas bondadosas, siempre abiertas a la cordialidad espontánea.

Tengo además un gran respeto intelectual, porque ha demostrado y demuestra ser una investigadora de relieve, por lo que ha recibido numerosos premios nacionales e internacionales.

Es una docente con gran vocación de servicio que ha llegado por concurso a profesora titular de Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Noreste y de la Universidad de la Cuenca del Plata.

Es abogada y doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Santa Fe. Especialista en Derecho Procesal, título expedido por la Universidad Nacional del Noreste.

Experta Categoría II del CONEAU. Investigadora del CESYT en la Universidad Nacional del Noreste y directora de proyectos de investigación.

Ha sido becaria de las universidades de Navarra, Complutense de Madrid, Nanterre X en París, y en la de Tokio, Japón.

Es autora de numerosos trabajos que han sido publicados en nuestro país y en el extranjero, entre los que puedo citar: “El derecho de huelga”, analizándolo desde el Derecho Administrativo; “La prueba en el procedimiento administrativo. El principio de congruencia y la prueba en el proceso contencioso administrativo”; “Las contrataciones reservadas”, entre otros.

Además, cada vez que he estado en la ciudad de Corrientes por razones académicas, los abogados me han manifestado que en el ámbito de la justicia -sea provincial donde ha trabajado durante muchos años o federal, porque ahora es juez de la Cámara Federal de Apelaciones, cargo que ha ganado por concurso- se ha desempeñado y lo hace actualmente con idoneidad, con prudencia y sobre todo con un afinado concepto de rectitud y ecuanimidad, haciendo realidad lo que enseñaba Ulpiano: “*Dar a cada uno lo suyo*”.

Por todas estas razones y otras no menos importantes que no las hago conocer por razones de brevedad, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba la ha designado miembro correspondiente en la provincia de Corrientes.

Estimada Dra. Mirta Sotelo de Andreau desde hoy esta es su casa, y todos los miembros la recibimos con alegría.

Palabras iniciales de la Dra. Mirta G. Sotelo de Andreau

Señor presidente y autoridades de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores académicos, invitados especiales, señoras y señores,

Es para mí un alto honor la distinción que me otorga esta institución, permitiéndome la incorporación a sus filas como académica correspondiente. Mi agradecimiento a esta casa a sus autoridades e integrantes, a lo que considero un inmerecido homenaje, como decía María Laura, el hecho de permitirme ingresar a un espacio que ostenta, en el mundo jurídico, un lugar de aquilatada trayectoria y respeto.

Un espacio científico formado por eximios profesores del derecho público como el maestro Pedro J. Frías, aquí presente, un guía a través de

sus innumerables obras, un avanzado del pensamiento jurídico, en temas tan sentidos a los provincianos como el federalismo o el regionalismo, una verdadera luz que ha iluminado el entramado de la ciencia.

Se encuentra también el doctor Ricardo Haro, que ha construido caminos, desde el derecho constitucional, un verdadero ejemplo.

Dentro del ámbito del derecho administrativo, académicos que hoy me acompañan, como el Dr. Altamira Gigena, a quien realmente no sé cómo agradecerle sus generosas palabras de bienvenida y presentación. Están otros, ausentes físicamente, que me han expresado su adhesión como el Dr. Sesin y el Dr. Pérez Hualde.

Destaco la presencia del profesor Benigno Ildarraz, otro cordobés destacado, administrativista, que con su conocimiento y sencillez, ha obtenido el reconocimiento, como profesor emérito en la ciudad de Mendoza.

Realmente me siento un grano de arena dentro de esta estructura en la cual grandes pensadores han marcado huellas dentro y fuera del conocimiento jurídico argentino, entre los cuales no puedo dejar de nombrar a los grandes civilistas y comercialistas que han sido base del pensamiento científico, como el doctor Moisset de Espanés, también presente y actual presidente de esta institución o el Dr. Efraín Richard, o el filósofo Olsen Ghirardi, entre otros pensadores.

Formar y hacer permanecer en el tiempo una Academia no es una tarea sencilla, es una labor vocacional, compleja, de grandes responsabilidades, en la que la ética el equilibrio, y el raciocinio deben primar transmitiendo los mejores conocimientos. Esta Academia se ha caracterizado por eso, primero por admitir la diversidad en las opiniones, sin discriminaciones u orientaciones, en la que cada uno se expresa libremente. Esto es bueno por la diversidad ideológica y la democracia de la participación.

Así que para mí es -reitero- un honor integrar esta Academia y me comprometo a trabajar en pos de sus ideales

También quiero agradecer profundamente a las instituciones que hoy se han hecho presentes con notas adhiriendo a este acto, como la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, en la que me he recibido y ejerzo actualmente la docencia donde también trabajaba el doctor Gustavo Adolfo Revidatti, quien fuera miembro de esta Academia.

Al Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Corrientes, a la Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes, al Co-

legio de Abogados, al Superior Tribunal de la Provincia del Chaco y a todos quienes se han hecho presentes de una u otra manera.

Por último, quiero agradecer a mí familia, a mis padres, a mi esposo, a mis seis hijos, a mis hermanas, a mis tías, a toda mi familia, acá presente y a mis amigos, a mis colegas que me han acompañado a lo largo de estos años.

A todos los que se encuentran en este acto, y en especial a los jóvenes que para mí son el motor del esfuerzo que hago.

A todos muchísimas gracias, y me enrolo a las filas comprometiendo mis esfuerzos en mantener los ideales que han dado origen a esta Academia.

ENTRE EL AMANECER Y EL OCASO DE PARADIGMAS JURÍDICOS: VISIONES, TENSIONES, TRADICIÓN Y CAMBIO *

por MIRTA G. SOTELO DE ANDREAU

SUMARIO: I. Introducción. II. Los paradigmas, el derecho y los cambios. III. El ciberespacio, la velocidad de las transformaciones. El hombre como centro. IV. Concluyendo

I. Introducción

El nuevo siglo que se inicia nos brinda un momento propicio para reflexionar, para considerar el amanecer y el ocaso de algunos paradigmas jurídicos que afectan diariamente nuestra área de conocimiento, la del derecho en general, y en particular, la del derecho público.

Hay cambios continuos que movilizan los estamentos y columnas en los que nos sostenemos.

Los juristas, frente a esto, no podemos menos que adecuarnos y ajustar nuestra ciencia, los cambios son asombrosos y voltean anaqueles de estudio, se producen sin orden, sorpresivamente y esto nos obliga a estudiar como impactan en el derecho.

El movimiento es continuo, ondulante, estructurante por momentos, desestructurante por otros. Arrastra en su flujo viejos modelos que desaparecen o se reacomodan y trae pensamientos nuevos, ideas, semblan-

* Discurso de recepción como académica correspondiente en Corrientes, pronunciado el 15 de abril de 2008.

zas, visiones, en los cuales las generaciones actuales se ven reflejadas. Aparecen los prototipos nuevos.

El derecho absorbe, rechaza, transmite o rescata los conocimientos que se asientan lenta pero firmemente, ajustándolos y consolidándolos.

Cualquier procedimiento tipológico, es una derivación emergente de la realidad con la cual se intervincula, en términos de retroalimentación, el *feed back* incesante mantiene vivo el sistema.

Todo sistema normativo se asienta sobre campos de visión que se fundan en diversos sistemas, que van desde lo filosófico, lo histórico, lo político, lo social, lo económico, lo educativo y las ciencias naturales entre otras.

Trataremos de sintetizar en grandes pinceladas las ideas que conforman esos modelos, aunque el tiempo es corto y el tema es complejo, procurando sintetizar las grandes líneas y rescatando aquello que nos afecta a lo largo de nuestro estudio de una forma u otra

II. Los paradigmas, el derecho, los cambios

La noción de paradigma sobre la que trabajamos es la elaborada por Thomas Khun ¹, en su segunda acepción, concebido como una serie de valores compartidos, esto es, un conjunto de métodos, reglas y generalizaciones utilizadas conjuntamente por aquellos entrenados para realizar el trabajo científico de investigación, que se modela a través del modelo que aparece como un nuevo logro.

Al regular las conductas en interferencia intersubjetivas, al decir de Cossio ², no podemos desprendernos del impacto de la realidad que nos rodea.

¹ "... en cuanto se ofrecía como un modelo global de conocimiento jurídico integrado por un conjunto de métodos y de premisas generalmente aceptados por la comunidad jurídica y únicamente en el marco de los cuales tenía sentido para el jurista plantear interrogantes y ensayar soluciones..."(Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962),

² Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, FCE, México, 1944.

Así, hoy nos encontramos con nuevos conocimientos, nuevas formas de interrelaciones, cambian los puntos de referencias, el objeto de la ciencia, la ciencia misma de la concepción empirista a la visión mecanicista de la física newtoniana, del pensamiento epistemológico a la relatividad y a la teoría cuántica. El positivismo que es inseparable de la idea de realidades apreciables por nuestro organismo. Vuelca el espíritu a lo útil, es orgánica, porque da unidad a la fenomenología y permite elevarla a sistema.

En lo biológico tenemos avances extraordinarios como los implantes de órganos, la clonación como forma de reproducción asexual, en los animales, las plantas y en los seres humanos. Hoy se pueden reproducir tejidos humanos o generar un ser humano completo mediante el implante de un núcleo de célula en un óvulo. Evolucionado el huevo se reproduce un hombre, algo realmente impensado no hace mucho tiempo atrás, estos ámbitos de descubrimientos representan todo un desafío para la ciencia jurídica. ¿Qué debemos entender por aborto en esta nueva concepción? ¿Es un homicidio desechar los óvulos fertilizados pero no implantados?, ¿Cuáles son las finalidades que pueden perseguirse con esta reproducción? Las soluciones normativas son insuficientes, se debe trabajar sobre ello con base en los principios éticos. Cae así el paradigma de la regulación sobre la persona humana en su concepción.

Si miramos la filosofía científica observamos la aparición de toda una corriente en la que se cuestiona la objetividad. Vuelve el interrogante sobre si el nexo entre sujeto cognoscente y sujeto del conocimiento, es independiente o no, lo cual puede modificar muchas respuestas que las ramas del derecho plantean hoy.

Aparece entre los elementos de tensión, el constructivismo, que se centra en el *constructo* que surge de la elaboración de cerebros preparados bajo la teoría sistémica. Esta meta disciplina elabora modelos explicativos para las distintas áreas del conocimiento jurídico. Se caracteriza por una economía conceptual y métodos propios del procesamiento de la información. Se sostiene, en este contexto que los conceptos de derecho se hallan estrechamente relacionados entre sí por razones de interdefinibilidad como en la nomoestática kelseniana, pero también lo están en forma dinámica en la medida que el derecho contiene mecanismos que lo

³ Peter L. BERGER, y Thomas LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, publicado en 1966.

autorregulan y automodifican, cambiando el proceso de socialización de la comunidad científica. El constructivismo propicia la construcción y desconstrucción en un ir y venir hasta el límite de nuestra creatividad. Esta teoría aporta elementos para la formación de nuevos paradigmas.

En el ámbito de lo institucional, núcleo importante de las ciencias sociales nos encontramos con el constructivismo social de Berger y Luckmann³, quienes sostienen que la interacción de los actores en un sistema social forma representaciones mentales tipificaciones que se convierten en habituales, en roles recíprocos que al hacerse disponibles a los miembros de la comunidad, las interacciones recíprocas son institucionalizadas.

En el derecho, como en cualquier otra área de la ciencia, los paradigmas son las distintas concepciones representadas por las más diversas escuelas del pensamiento a partir de los cuales se determinan procesos cognitivos conductuales de carácter jurídico.

Es destacable la aparición de las nuevas corrientes filosóficas jurídicas que conmueven bases del pensamiento tradicional; sólo por citar algunas, el posmodernismo con Michael Foucault surge toda una nueva concepción del poder y sus mecanismos de dominación. Basado en el pensamiento de Saussure, Michael Foucault plantea otros puntos de vista respecto a la forma en la que vemos el mundo. El mismo Borges lo trata en “El idioma analítico de John Wilkins” o “Funes el memorioso” en el cual plantea las dificultades del lenguaje para percibir la realidad que nos rodea “... *No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)*”, la facticidad con Habermas; el sociologismo jurídico de Bordieu; con Rorty que trabaja la narrativa jurídica y el análisis de los derechos humanos desde la negación de todo esencialismo, con Habermas, el estudio cultural del derecho, con Ferrajoli el Estado constitucional de derecho, el Estado garantista y la construcción y desconstrucción de la democracia.

⁴ Mirta SOTELO DE ANDREAU, “El nuevo paradigma del Estado”, 1^{er} premio al mejor trabajo jurídico -IABA-, Brasil, 1997.

Los cambios pueden provenir de la interpretación conjugada con otras ciencias como la interpretación de dos o más ciencias diferentes sobre un mismo objeto. Un ejemplo de esto último serían las distintas visiones sobre el cielo; la física lo ve como una masa gaseosa, el poeta lo considera la meta de sus amores, o el jurista que lo visualiza como una representación mental del procesamiento de enunciados lingüísticos contenidos en un tratado de uso del espacio. Pero también provenir del accionar interno de una misma ciencia.

Cuando elaboré esta conferencia, estaba inducida por el ocaso de algunas instituciones, que son centrales en el ámbito del derecho público, dentro de un sistema político, occidental, democrático, como es el caso del Estado Nación, la transformación del rol del Estado, tema sobre el que vengo trabajando desde hace mucho tiempo ⁴.

El Estado ha modificado su accionar como Estado Nación, por una parte delegando soberanía a organizaciones supranacionales o asociación de estados.

En los procesos actuales se ha transformado el concepto del Estado benefactor dejando de actuar como representante monopólico comunitario generando un lugar para la participación ciudadana, también el Estado en la noción del neoliberalismo que ya está en crisis.

El territorio elemento esencial en la identificación del Estado también está afectado, hay una pérdida de la referencia geográfica, en materia de regulación de las conductas, la afectación del ordenamiento centralizado en una nación frente al ciberespacio, la incorporación de nuevos actores, entidades regionales supranacionales, la cesión de la soberanía, la modificación de las esferas competenciales en el área pública y política que no responde a los diseños pre-estructurados, la globalización, la falta de ejercicio democrático para la conformación de estos nuevos espacios.

En cuanto a la globalización, es otro paradigma de nuestra época. Algunos autores entienden que es un proceso irreversible ⁵ o *“que se ha vuelto un lugar común en la justificación de cualquier medida en la interpretación del cambio que se produce tanto en la esfera pública como privada”* ⁶.

⁵ Ernesto LÓPEZ, *Globalización y democracia*, Buenos Aires, La Página, pág. 41

⁶ *“Su difusión parece derivar de la propia capacidad de explicar la fuerza operante de un sinnúmero de transformaciones que se producen e impactan en la vida*

Si el rol anterior del Estado fue establecer una alianza con el trabajo para presionar al capital y asegurar la integración y la paz social, en el nuevo rol pareciera que se trata de establecer una alianza con el capital para comprometerlo en la inversión, controlar la inflación, flexibilizar el trabajo e integrarse a la economía globalizada.

Con la globalización, la economía se escinde de la nación, las ganancias de las grandes corporaciones no implican una mejora social de amplios conjuntos o el logro de una progresiva redistribución del ingreso.

Su desarrollo de hecho se ha convertido en un tema de análisis relevante desde la década de los noventa en las ciencias sociales. Así dentro del campo de la política algunos autores incorporan a la democracia global como un capítulo de sus investigaciones, a la par que lo consideran como la razón de adopción de muchas de las políticas públicas. Los economistas por su parte dedican obras enteras a las transformaciones que se producen desde la aparición de éste fenómeno. Los juristas ven alteradas sus bases institucionales y se observa el impacto en el estudio de los sociólogos y los filósofos entre otras áreas de conocimiento.

Sin perjuicio de que algunos remontan sus orígenes a la época de Colón, ya que abre nuevos mercados a la España isabelina.

Estas reflexiones son causas movilizantes en la construcción y desconstrucción de los paradigmas.

Si hacemos el análisis de los elementos naturales con la humanidad, los sujetos particulares y generales, aparecen nuevas formas de relaciones interestadales e interconexiones supranacionales,

Se observan movimientos estratégicos en esta dirección la estructuración de redes globales de decisión que afectan a la producción, al consumo, a la comunicación en el sistema nacional tradicional.

Punto especial merecen los delitos que se generan a partir la globalización, como los referidos a los crímenes sexuales, el tráfico de

cotidiana con singular dureza”... “Esta gravitación se ejerce una situación en la que asistimos a una suerte de cambio incesante: ‘estructural’, ‘de época’, ‘civilizatorio’ o de metamorfosis de la sociedad ‘y cuya velocidad parece superar la capacidad de los científicos sociales para conceptualizarlo’” (Daniel GARCÍA DELGADO, Estado, Nación, Globalización, Buenos Aires, Ariel, 1998).

drogas, los delitos políticos, el lavado de dinero, todo ello con base en la corrupción sobre la que venimos trabajando ⁷.

Esta interdependencia origina efectos indeseados por problemas que surgen en un país y se extienden sobre los otros; así, los movimientos económicos denominados, efecto caipiriña, efecto tequila o efecto jazz que entre muchos otros vienen impactando en los últimos tiempos. ¿Cuáles son las reglas del mercado o las reglas en general en un mundo globalizado?

Además de los efectos económicos y la creación de mercados mundiales hay también transferencias de los sistemas políticos y de valores, acá se apunta a que se sustenten en el principio democrático aunque no siempre se cumplen.

En cuanto al área del derecho que estudia estas heterovinculaciones también aparecen nuevas formas; de aquel derecho internacional hemos pasado a un derecho transnacional o al derecho supranacional, con cuna en la Unión Europea.

Otro tema que amerita integrar la lista de los quiebres paradigmáticos es el del ambiente, del entorno que nos rodea, las respuestas judiciales que generan resoluciones a los conflictos provocados en torno a él son generales y provocan cambios en los estudiosos del derecho. Son fundantes de paradigmas nuevos en cuanto a los conflictos de intereses que generan, a la legitimación, al efecto de las sentencias y a la posibilidad de la acción de clases; el deterioro del planeta en continua y acelerada evolución abarca muchísimos aspectos de nuestra realidad humana y forma parte inescindible del futuro de la sociedad.

Si volvemos nuestra mirada hacia dentro de la sociedad que integra, de los países tenemos la pérdida de la estabilidad social, los cuerpos se presentan como menos organizados, menos definidos los estamentos, hay diversidad en los grupos sociales y los actores. Las fuerzas no se corresponden en todos los casos con los asentamientos.

Otro paradigma es el del trabajo, la construcción de un sistema que hoy se encuentra en crisis. No sólo es la ausencia de la posibilidad de un

⁷ Mirta Gladis SOTELO DE ANDREAU, "La ética, la corrupción, la función pública. Tres elementos claves en los procesos de integración", primer premio al mejor trabajo otorgado por la Interamerican Bar Association, México, 1999, RAP N° 237, Buenos Aires, 1999.

empleo firme y rentado, sino que se observan modificaciones en la relación establecida por el contrato laboral, la aplicación de una flexibilización poco organizada, y la desregulación, la difusión de la precarización del empleo, el autoempleo, el pluriempleo han desestabilizado estos derechos sociales.

Advertimos, además, la pérdida de los puestos de trabajo tradicionales por la incorporación de la tecnología, lo que ha llevado a expresar a Rifkin ⁸, que estamos en la era del fin del trabajo. No creo que el panorama sea tan pesimista pero no hay dudas que han cambiando las modalidades de la prestación, ¿quién hubiere pensado hace algunos años ganar dinero sentado frente a una computadora en su casa?

III. El ciberespacio, la velocidad de las transformaciones. El hombre como centro

Entramos así a la cibernética, ¿quién controla el ciberespacio?, ¿quién regula Internet?, ¿qué pasa con las relaciones jurídicas que surgen en éste espacio? fuera de los países, de los Estados

En el ciberespacio la relación estructural es horizontal, no se reconoce un imperio, no se reconoce un gobierno, quiebra la noción piramidal jerárquica tradicional de las organizaciones. Hay una pérdida de la autoridad por el ejercicio de la función representativa del poder.

Nace un tipo de conocimiento de enseñanza que está fuera de lo tradicional, no hay educadores formales, se navega, se procura. Las instituciones, las personas se ven obligadas a entrar en el movimiento o quedan afuera ⁹, ¿Cómo sostener el estudio integral de la suscripción de un

⁸ Jeremy RIFKIN, en un detallado cuadro de situación explica los dramáticos efectos que el explosivo avance de las tecnologías de las comunicaciones y los ordenadores está provocando a nivel mundial en el ámbito laboral. Su resultado: una desocupación tecnológica creciente y su destino, la pronta y quizás definitiva extinción de millones de puestos de trabajo (*El fin del trabajo, End of Work*, 1995).

⁹ Joan MAYANS I PLANELLS, “El ciberespacio, un nuevo espacio público para el desarrollo de la identidad local”, conferencia inaugural del III Encuentro de Telecentros y

contrato sin considerar la firma digital? ¿Quién controla los arrendamientos veraniegos por internet?

Los reclamos ante los organismos administrativos se encuentran informatizados en la mayoría de los casos.

La vida de una persona se encuentra enlazada por sistemas informáticos.

Los medios tecnológicos aumentan la velocidad de la comunicación permitiendo una rápida aproximación de intereses comunes entre los puntos más distantes.

El acceso inmediato a las informaciones de todo el mundo en el mismo momento que se producen, cambian toda la dimensión de la vida del ciudadano común.

La transmisión más directa de los valores, de las creencias propias de una nación a otra hacen perder la noción de espacio sectorizado.

Aparece la idea de aldea global (Marshall McLuhan¹⁰) sucediéndose una serie de hechos que en épocas anteriores hubiesen sido impensados.

Recordamos aquí ejemplos ilustrativos de Zafra Valverde¹¹ que nos demuestran la evolución en la comunicación, por ejemplo: cuando España triunfó sobre los moros, la forma de hacer conocer las noticias era por medio de los tañidos de campana y los medios para hacer llegar una noticia eran los mensajeros, que debían recorrer los largos caminos a pie o a caballo, hoy con solo apretar el botón del televisor la imagen y el sonido de lo acontecido en el lugar más distante está con nosotros casi en el mismo momento en que se producen no sólo en el planeta tierra sino también en el espacio exterior.

El mundo contemporáneo transita en medio de una evolución acelerada. Lo que era válido ayer, no es válido hoy. Hay como lo sostiene González Casanova¹² *“una nueva experimentación del tiempo... El*

Redes de Telecentros, Peñafiel, Valladolid, octubre de 2003. Disponible en el Archivo del Observatorio para la CiberSociedad en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=158>

¹⁰ McLUHAN, *The Global Village* with Bruce R. Powers, Oxford University Press, 1989.

¹¹ ZAFRA VALVERDE, *Elementos de teoría política*, 2ª ed. reformada, Pamplona, España, 1995.

¹² J.A. GONZÁLEZ CASSANOVA, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Barcelona, Vives, 1980, pág. 170 y ss.

tiempo histórico se contrae, los cambios y transformaciones de la vida social y del pensamiento humano se suceden con mayor rapidez. La sensación de transitoriedad y de provisionalidad es mayor reduciéndose por lo tanto la estabilidad y perennidad. A una 'relacionalita' superior provocada por un espacio mayor se suma la 'relatividad' superior provocada por el tiempo menor".

Hoy, una persona que ha vivido un término medio de cuarenta años o menos es testigo de muchas transformaciones y asiste asombrada a cambios conceptuales o creencias fundadas en verdaderas revoluciones científicas. Lo que a generaciones anteriores tal vez le llevaba el doble, triple o más tiempo, ver y conocer, al hombre de hoy se le presenta en el transcurso de una vida.

Estas ondas modernas de transformación mueven el fondo del mar de los pensamientos actuales en casi todos los órdenes de la vida, tocando su fondo y obligándonos a replantear nuestros esquemas cognoscitivos.

Son fenómenos que ningún estudioso puede ignorar, y a la luz de los cuales deben reanalizarse los hechos y el derecho del mundo contemporáneo.

En estas modificaciones tampoco debemos perder de vista la regulación y comprensión de base de los derechos humanos.

Sin perjuicio de la incorporación del régimen de tratados internacionales de los tratados de derechos humanos a partir de la reforma de la Constitución de 1994, es norma constitucional, el prisma que su aplicación implica modifica la sustancia misma del derecho.

Los derechos humanos nacen de pactos como el Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre aprobado por la O.E.A. en 1948, la Declaración de Bogotá y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en 1969.

Estos derechos se han clasificado de primera, segunda y tercera generación, según afecten a la libertad, a la igualdad, a la dignidad, los primeros; o la los derechos civiles y políticos, los segundos; o los derechos económicos y sociales que están en el campo de los terceros.

Estos derechos tienen especiales características tales como: inalienables, inviolables, obligatorios, indivisibles, obligatorios.

Los derechos humanos, son fuente originaria y justificante del Estado. Por eso la sociedad propicia que se acentúen el respeto y la ga-

rantía de los derechos fundamentales de las personas, tanto físicas como morales.

Lo importante, es recordar que el centro de nuestras preocupaciones es el hombre y tenemos que procurar la posibilidad plena del ejercicio de los derechos de los cuales es titular.

IV. Concluyendo

Hemos planteado una serie de reflexiones que no son afirmaciones, sino interrogantes y que aún permanecen dentro de nosotros, pululando, generando ideas, tensiones, conflictos.

Advertimos la presencia de movimientos endógenos y exógenos que nos llevan a los cambios de paradigmas.

Desde lo exógeno observamos entonces que surgen una serie de ordenamientos ultra estatales, la globalización, el descubrimiento de nuevas formas científicas, biológicas, físicas, químicas y la tentadora autopista informática que crea un ciberespacio fuera del poder de las naciones, en las que los Estados han perdido aquella prerrogativa que les era propia, el de ser el privilegiado centro de decisión y ejercicio del poder público.

Y a partir de lo endógeno hay cambios en el propio concepto de derecho, advertimos que el diseño político tradicional va perdiendo fuerza en el esquema político tradicional y por sobre todo la necesidad de recurrir al hombre como centro de la protección jurídica.

Hay una tensión entre lo tradicional y lo nuevo, abriéndose camino, lentamente o aceleradamente, rompiendo ataduras de los pensamientos.

Hay una ruptura en la forma de percibir el mundo en la cual se integran nuevas conceptualizaciones de la realidad, que aparecen imprevistas y que rápidamente deben ser asociadas y estudiadas por que afectan las bases de las estructuras sociales y culturales.

Hay quiebre de ideas, que se produce una y otra vez, en un proceso que a veces resulta doloroso y otras veces nace en la bohemia de la paz y la armonía, pero en cualquiera de los casos es una modificación que debemos atender, debemos mirar hacia adelante como una oportunidad de mejorar el sistema científico jurídico en el que nos hallamos inmersos.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN TUCUMÁN, DR. IGNACIO COLOMBRES GARMENDIA

Palabras iniciales del Sr. presidente Dr. Luis Moisset de Espanés

Señores académicos, señoras, señores:

Hoy estamos hoy reunidos para recibir como académico correspondiente, a un destacado jurista y civilista tucumano, nuestro amigo Ignacio Colombres Garmendia; el encargado de presentarlo en nombre de la Academia es nuestro vicepresidente el Dr. Juan Carlos Palmero.

Pero me voy a permitir, sin embargo, de manera previa recordar brevemente, con alguna añoranza, los primeros contactos que tuve con el nuevo académico correspondiente.

Conocí a Ignacio Colombres Garmendia en 1967, en Tucumán, cuando se realizaron las Terceras Jornadas de Derecho Civil; era un joven abogado, recibido con honores apenas tres años antes, y ya había iniciado su carrera docente. Formaba parte de un grupo selecto de discípulos de aquel recordado Maestro del Derecho que fue Fernando López de Zavalía, que colaboraron activamente en la organización de esas Jornadas. Se encontraban entre ellos, junto a Ignacio, René Padilla de recordada memoria, Hugo Colombres y Ana María Parache.

Volví a encontrarlo un par años después en Córdoba, en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, que dedicó sus esfuerzos a analizar las reformas introducidas al Código de Vélez por la ley 17.711. Era ya profesor en la Universidad de Tucumán en épocas en que esa condición profesoral era requisito indispensable para participar en las Jornadas de Derecho Civil.

Es necesario destacar que aquellas jornadas y congresos constituyeron foros de debate de elevada jerarquía científica que congregaban a los más ilustres especialistas y sus pronunciamientos contribuyeron en gran medida a la evolución y avance de nuestro derecho civil. Las ponencias

que se presentaban, estudiadas previamente en los institutos que convocaban esas jornadas, contribuían a que quienes concurrían estuviesen debidamente informados y preparados para afrontar las discusiones.

Nuevamente coincidí con Colombres Garmendia en las Quintas Jornadas de Derecho Civil, que se efectuaron en Rosario en 1971; allí pude apreciar su preparación y agudeza, concretadas en una ponencia sobre la distinción que debe trazarse entre el instituto de la lesión que se había concretado en el nuevo art. 954 del Código Civil, y la usura penal prevista en el art. 175 bis del respectivo código, pese a algunas similitudes de redacción existentes entre ambas fórmulas. Brilló luego en el informe que efectuó para sustentar su ponencia y el despacho en disidencia que habíamos firmado conjuntamente tres miembros de las Jornadas, pero la defensa del despacho de minoría que se hizo en el debate logró que las posiciones que habíamos sustentado como minoría fueran recibidas en la recomendación definitiva.

Me permitiré leer un par de palabras de la versión taquigráfica, una versión taquigráfica que no se publicó íntegramente pero que por suerte conservo y que la he revivido en una publicación efectuada en la Revista Zeus que contiene el debate sobre la lesión en las Quintas Jornadas de Derecho Civil.

Decía allí Colombres Garmendia que no toda lesión civil cae en el delito de usura regulado por el art. 175 bis del Código Penal, pues aunque esa norma presente formalmente, de manera exterior, bastante similitudes con la fórmula consagrada en el art. 954 del Código Civil, regla solamente el contrato de mutuo, y nada más. Estas eran las palabras textuales de Colombres Garmendia, que procura poner de relieve algo que muchos en esos instantes no comprendían.

Pero de más interés, a mi criterio, fueron las palabras con que cerró su exposición, recordando que aun antes de que se sancionara el art. 954 incluyendo la figura de la lesión, nuestro Código Civil siempre tuvo una condena muy precisa a los actos reprobados por la buenas costumbres y la moral, que tenían sanción en el art. 953 y, finalizando esta exposición, agregaba: “no quiero entrar a analizar la bondad o no de la lesión, pero quiero dejar bien establecido que en el siempre bien alabado Código de Vélez teníamos los recursos legales para defendernos contra esos actos”.

Ignacio Colombres Garmendia reconocía el valor de nuestro Código, a veces olvidado por algunos y hasta vilipendiado en la propia ciudad del Tucumán por alguien que no hace mucho tiempo afirmó que “era el Código del minué y del miriñaque”, expresiones que se publicaron en un diario tucumano. Pienso que quien dijo esto olvidaba que el minué ya no se bailaba, y que el miriñaque es el frente de la locomotora que abría las pampas, porque el vocablo miriñaque es también el nombre que lleva esa defensa metálica para limpiar las vías y el Código de Vélez, como una locomotora, abrió la conciencia jurídica en el país..., limpiando el camino con su “miriñaque”, para que pudiésemos tener el derecho civil que hoy tenemos.

No puedo olvidar aquellas palabras de elogio al Código de Vélez que tuvo Ignacio Colombres Garmendia.

Pero no debo extenderme más pues, como dije al comenzar, no soy el encargado de presentar al nuevo académico correspondiente y sólo he querido evocar estos recuerdos que afloraron a mi memoria porque en esas actividades juveniles estaba ya claro el valer jurídico de nuestro nuevo académico. Nada más.

Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés; señor presidente honorario, Dr. Pedro J. Frías, Dr. Ignacio Colombres Garmendia, nuestro nuevo académico correspondiente, miembros de número de esta Academia, señoras y señores.

La Academia nos ha encomendado y, en consecuencia, conferido la gran distinción de cumplir con la honrosa tarea de presentar y destacar la trayectoria del jurista que ha sido elegido para incorporarse en calidad de miembro correspondiente y que por esta razón, pasa a formar parte de esta gran familia que constituye nuestra corporación.

Corresponde destacar en primer lugar, la profunda satisfacción personal y además, de todos sus miembros, ya que actos como el de hoy sirven para el afianzamiento genuino de los objetivos institucionales fijados en nuestros estatutos, que consisten en propender y profundizar el

estudio y desarrollo de las ciencias jurídicas del país a través de todas sus manifestaciones.

Estamos absolutamente persuadidos de que con la ampliación de esta red de miembros correspondientes nacionales, se coadyuva al logro de tan loables propósitos y al mismo tiempo, al incrementar el número de protagonistas, se profundiza la tarea colectiva de propender y difundir las ciencias normativas en general.

Por estas razones es que hoy podemos decir que la Academia Nacional de Derecho de Córdoba se viste de gala, al recibir en su seno a un jurista de la talla, calidad y condiciones de nuestro nuevo miembro correspondiente recientemente incorporado, el Prof. Dr. Ignacio Colombres Garmendia, que seguramente con su preparación, experiencia y antecedentes morales e intelectuales, aportará estas cualidades a la tarea colectiva que desarrolla cotidianamente nuestra corporación.

Debemos significar también, que el cumplimiento de nuestras funciones institucionales, excede con creces el ámbito puramente local, donde además de sus reuniones de tablas, funcionan prestigiosos institutos de distintas especialidades del derecho; dispone igualmente de una prestigiosa página web, que resulta consultada diariamente por innumerables investigadores tanto del país como del extranjero, a lo que debe agregarse una proficua producción científica mediante constantes publicaciones y libros que desarrollan, difunden y expanden precisamente, el saber jurídico en todo el ámbito nacional.

Sin embargo, es bueno destacar que concomitantemente con estas actividades de orden local, nuestra Academia también ha adquirido recientemente proyección internacional, porque es bueno recordar que el Dr. Luis Moisset de Espanés, acaba de ser designado presidente de la Comisión Permanente de las Academias de habla hispana, circunstancia que nos brinda una oportunidad cierta de insertarnos en el mundo y tener una visión más amplia de lo que puede ser nuestra tarea genuina, prolongando y excediendo de esta manera los límites actuales de sus funciones culturales.

También merece una mención especial, el hacer presente que esta Academia ha construido una red de institutos a través de la creación de centros de estudio en todo el interior del país, que trabajan y coadyuvan en el intercambiando y profundización de conocimientos e investigaciones, celebrando reuniones científicas y publicaciones, tal como ocurre

con el Instituto de la zona Centro, que comprende Rosario, Santa Fe y Entre Ríos; o el de Cuyo, que abarca San Juan, Mendoza y San Luis y ahora últimamente, se ha organizado el Instituto del Nordeste, el cual abarca Formosa, Chaco y Corrientes.

Todo esto implica una suerte de articulación institucional que va permitiendo a la Academia extender sus brazos, ampliar sus actividades y facilita avanzar respecto del logro de sus objetivos esenciales más allá de su ámbito propio, tanto en el orden nacional como internacional.

Estos ejemplos ponen de manifiesto como una suerte de ley no escrita -pero que se ha mantenido a través de la historia-, que nuestra corporación ha puesto un énfasis particular en la proyección de sus actividades hacia el interior del país. De esta manera, la Academia de Córdoba vuelve sus ojos hacia adentro, para reconocer, alentar y auspiciar a tantos valores y juristas que necesitan una organización, un marco de contención para poder desarrollar sus estudios e investigaciones y en consecuencia, efectuar sus aportes al desarrollo y desenvolvimiento de las ciencias del derecho.

Estas son algunas de las razones por las que nuestra Academia ha fijado su atención en un hijo dilecto de la querida provincia de Tucumán, que además de sus bellezas naturales -que todos admiramos-, luce desde sus mismos comienzos y como blasón indiscutible una importancia histórica trascendental, porque fue cabeza de las colonizaciones que venían del norte -muy diferentes de la que llegaron por el mar- y que la transformara en centro geográfico de una división regional virreinal, a punto tal que nuestra querida Universidad, cuatro veces centenaria, luce en su escudo la referencia directa de pertenencia a este ámbito jurisdiccional; tampoco podemos dejar de recordar que constituyó el espacio natural donde la Patria declaró su independencia, ni es factible olvidar que fue cuna de importantísimos juristas, entre los que cabe mencionar, en primer lugar, al Dr. Juan Bautista Alberdi, que aportara nada más y nada menos, que la teoría política capaz de dar forma y contenido a la organización nacional, a través de la Constitución de 1853.

La pléyade de juristas tucumanos se distinguió siempre de manera realmente relevante en nuestro país y esta circunstancia merece un reconocimiento muy especial por parte de la Academia de Derecho de Córdoba, y tal como lo expresara en su exposición anterior el Dr. Moisset de Espanés, no es extraño ni casual que la distinción más destacada que

tiene nuestra corporación -el Premio “Maestro del Derecho”-, que importa el reconocimiento a la consagración de una vida completa al servicio del derecho, se lo haya discernido a un civilista valioso y destacado -lamentablemente fallecido-, como fuera el Prof. Dr. Fernando López de Zavalía; por ello, tampoco debe resultar incomprensible, a la luz de los antecedentes relatados, que durante el año 2003 se hayan incorporado como miembros correspondientes tres destacados juristas provenientes de esta provincia, nos referimos: a los Dres. Carlos Páez de la Torre, Ernesto Wayar y Juan Carlos Veiga, para completarse hoy la del Dr. Ignacio Colombres Garmendia, como nuevos académicos correspondientes representantes todos de esta querida provincia de Tucumán.

Lo primero que deberemos explicitar para justificar las razones que tuvo la Academia para incorporar al Dr. Colombres Garmendia, es que se trata de un jurista completo y cuando decimos completo, es que aludimos el haber recorrido todos los estamentos de una proficua trayectoria, que lo muestra siempre en posiciones destacadas en los distintos aspectos y manifestaciones que son menester obtener para alcanzar una formación integral. Generalmente -casi en forma inevitable-, los que llegan a las academias son universitarios, que han cumplido los pasos necesarios en orden a la obtención de una currícula agotada, lo que importa ostentar el grado de doctor en derecho y la distinción máxima universitaria, que es la de ser profesor titular por concurso de la asignatura que constituye su dedicación, además de una actividad constante en el plano de la docencia, investigación o divulgador de las ciencias normativas.

En este sentido, basta visualizar los importantes antecedentes del Dr. Colombres Garmendia, para entender -con palmaria evidencia-, la acertada determinación de esta corporación, pudiéndose advertir con facilidad que ya desde los primeros pasos en su profesión, nuestro incorporado se distinguía por su afición al estudio, capacidad que le valió el haber obtenido el Premio Universidad correspondiente al mejor promedio de su promoción y otras distinciones de no menor importancia, circunstancias que constituyen un dato relevante que mostraba como promesa, lo que luego, con el andar de los años, se constituiría en una indubitable realidad.

Poco tiempo después, adquiere el grado de doctor con la máxima de las clasificaciones posibles; mucha gente no repara demasiado en este paso importante que tiene la carrera universitaria, pero los que estamos todos los días en el trabajo de la docencia, sabemos que el tránsito hacia el grado máximo o superior, constituye siempre un esfuerzo mayúsculo y

que marca una especie de límite invisible que habilita y legitima la continuación de las actividades científicas y docentes, requisito que lamentablemente, no siempre es valorado de la manera que lo estamos explicando.

Si seguimos analizando su largo y proficuo curriculum, aparece por cierto la evidencia del transcurso de una carrera universitaria completa, o sea aquella que se va cumpliendo escalón por escalón, a través del desempeño de todos los escaños posibles desde profesor adscripto primero, luego adjunto, hasta terminar con el grado de titular en la materia de obligaciones y contratos, disciplinas del derecho patrimonial que siempre ha cultivado, haciendo una conexión y concordancia integral de estas dos asignaturas que como se sabe, se encuentran la una con la otra estrechamente relacionadas.

No podríamos dejar de señalar -sin ninguna duda- que el haber transitado por todos estos pasos de la vida universitaria, constituye la más evidente garantía de solidez y seriedad en el sagrado ejercicio de la docencia. Es importante en este sentido, traer a colación las enseñanzas del maestro Prof. Dr. Ricardo Núñez, quien afirmaba que el desempeño de profesor, no resulta factible de ser improvisado, porque aun cuando se trate de una persona que hubiese adquirido muchísimos conocimientos, constituirá siempre un obstáculo insalvable el no haber seguido estos pasos inevitables que son los únicos que facilitan tanto el conocimiento profundo de la asignatura que se dicta, como así la práctica de poder difundirla, explicarla y hacerla pedagógicamente accesible para los estudiantes, todo ello, por cierto, a través de la selección insustituible del concurso público de antecedentes y oposición, como ocurre en las universidades del Estado. Habrá mil críticas que pueda hacer a este sistema de designación, pero sigue siendo el único realmente valedero como para poder distinguir a un buen profesor, tal como ha ocurrido en el caso del Dr. Colombes Garmendía, quien ostenta ese calificativo en toda su extensión y calidad.

De este abundante y amplísimo currículum, es factible apreciar la existencia de una vida en constante actividad científica y docente expresada a través de su participación y concurrencia en las más diversas y variadas reuniones académicas y demás eventos de orden técnico, donde se discuten y perfeccionan como tarea colectiva, las instituciones jurídicas de nuestro tiempo, por lo que es factible reconocer su presencia en congresos, jornadas y demás eventos culturales que propenden el progreso de las instituciones del derecho.

Quisiéramos igualmente expresar dos aspectos que nos impresionaron de manera particular, al momento de la consideración de los antecedentes y títulos de nuestro incorporado de hoy y quizás, para una más justa y correcta apreciación de los mismos, habría que invertir el orden en la exposición de los antecedentes del Dr. Colombres. En este sentido, debemos recordar que en Italia, es más importante el título de abogado que el de laureado en derecho, porque siempre ha resultado mucho más difícil ser un buen profesional, que un buen teórico de derecho, en razón de que en un caso, basta con la adquisición de los conocimientos generales siempre factibles de lograrse por la vía del esfuerzo y dedicación, mientras que en el otro supuesto, es necesario el genio, la agudeza y lucidez para transformar en realidad lo que constituye sólo un supuesto general y abstracto de conducta posible, es decir, encuadrar la realidad y hacerla vivir a través de la prestación de un servicio a la comunidad en la obtención de un mejor y más adecuado servicio de justicia.

En este sentido, merece destacarse que el Dr. Colombres Garmendia, además de su capacitación teórica y universitaria, resulta fundador de un estudio jurídico de gran predicamento y prestigio en el medio en que le toca actuar, bufete que tuvimos la oportunidad de conocer personalmente y por ello nos consta de su predicamento y relevancia en la ciudad de Tucumán y en la zona adyacente, que lo hace indudablemente trascender del conocimiento doméstico para obtener su reconocimiento nacional.

Poder unir la teoría con la práctica, es la gran aspiración de todo profesional y se transforma en el único camino que tienen los especialistas en derecho patrimonial, para llegar a ser considerados como juristas completos y corresponde en esta oportunidad subrayarlo, con el mayor de los énfasis posibles, que el doctor Colombres Garmendia indudablemente ha alcanzado esta dimensión con una calidad y solidez sobresaliente.

De todo este acopio significativo de antecedentes de nuestro nuevo miembro correspondiente -sería abrumador hacer una enumeración exhaustiva y prolija de los distintos espacios y estamentos obtenidos a lo largo de su extensa y provechosa carrera académica-, conviene no obstante resaltar ciertos aspectos que llaman particularmente la atención, a saber: uno, de tipo estrictamente técnico y que compartimos por vías diferentes, fue la elaboración de una importante monografía sobre un tema del derecho de obligaciones, que era -a la sazón de la década del setenta-, muy poco tratado por la doctrina nacional y que se refería al estudio de

todos los supuestos de intervención de un tercero en el cumplimiento de la relación obligatoria.

En ese entonces, sólo Héctor Lafaille, en su clásico y conocido *Tratado*, había prestado atención a la figura con particular agudeza, pero el desarrollo completo del instituto no revestía una extensión superior a la media página, todo lo que permitía tomar conciencia de los límites y dificultades de los contenidos a estudiar.

Abordar los supuestos del “cumplimiento por el tercero”, parecía una tarea realmente complicada, no sólo por lo intrincado de la situación en sí misma considerada, sino también en razón de las implicancias que se inferían de su problemática en orden a la construcción de una teoría general de la obligación.

Sin embargo, a medida que se empiece a abreviar en esta temática desde la perspectiva predominantemente científica y se analice la existencia y vicisitudes de esta figura desde una perspectiva moderna y estrictamente patrimonial -tanto en su visión estructural o estática, como en la dinámica o funcional-, indudablemente que este instituto de escasa o poco utilización práctica en la operatividad diaria, adquiere una dimensión insospechada desde el punto de vista de la teoría general de la obligación. La intervención del tercero entonces, pasa a ser dentro de la relación jurídica obligatoria, un instituto que pone en crisis el concepto mismo de la obligación, abriendo campos a la investigación del estudioso como así proyecta también consecuencias o interpretaciones concretas y actuales del derecho aplicado en la realidad. El Dr. Colombres Garmendia con su agudeza de juicio y sensibilidad particular, percibe este conflicto allá por la década del sesenta, y consiguientemente escribe una obra que enriquece a la doctrina nacional, porque sienta conclusiones importantísimas de lo que puede ser una propuesta de reforma, además de los esfuerzos hermenéuticos referidos a la ley positiva, realiza además una serie de recomendaciones de *lege ferenda* para poder cubrir de manera integral este fenómeno de la intervención de los terceros en el cumplimiento de las obligaciones, los que seguramente tendrán que ser tenidos en cuenta al momento que se disponga una reforma en este sentido.

El otro punto que quería rescatar dentro de sus destacados y valiosos antecedentes, es su participación científica y técnica en un tema como el de los warrants, de gran importancia para la provincia de Tucumán, en razón de haberse constituido en el instrumento de crédito fundamental para su financiación económica, y profesionalmente tuvo la posibilidad de

apreciar el conocimiento acabado que tenía sobre el tema, como así de la beneficiosa influencia que tuvieron sus estudios sobre la determinación de las funciones, contenido y alcance de esta figura.

Es aquí donde aparece el abogado y el jurista y así es que lo vemos intervenir en la ley de warrants despejando y perfilando una cantidad de aspectos científicos y prácticos que seguramente han gravitado para el perfeccionamiento de este instituto que en su función de garantía, fue de fundamental importancia para que Tucumán superara una situación por demás difícil, que de no haber sido por esta alternativa que le brindaba el derecho, seguramente sus empresas y la actividad económica en general, hubieran sentido los efectos perversos de una paralización o recesión económica con gravísimas consecuencias para Tucumán.

La ciencia, experiencia y capacidad del Dr. Colombres Garmendia, aportó muchísimo para el perfeccionamiento y el hallazgo de las fórmulas que facilitarían y pusieran alcance práctico de esta solución, que seguramente habrá sido el problema de muchos de sus clientes, pero que solucionadas que fuesen estas cuestiones particulares, redundaría en beneficios del interés general y de toda la comunidad.

Podríamos seguir hablando hasta el cansancio de aspectos importantísimos de este gran jurista que como digo, muestra una vocación integral y completa al servicio del derecho y de la ley, pero ello implicaría restarle un valioso tiempo a su exposición, que estamos todos expectantes de escuchar y que no justificaría de ninguna manera, tales excesos.

Para terminar, queremos solamente decir -en nombre propio e interpretando el sentir de todos sus miembros- que la Academia de Derecho de Córdoba se siente particularmente complacida con la incorporación de un jurista de las calidades personales y científicas del Dr. Ignacio Colombres Garmendia. Nos sentimos además especialmente complacidos y satisfechos porque seguramente hemos extendido nuestra corporación con otro miembro que va a enriquecer nuestra actividad y permitirá profundizar un trabajo colectivo común, por eso es que deseo manifestar que nos sentimos muy honrados y contentos de tenerlo con nosotros.

CONTRATACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO *

por IGNACIO COLOMBRES GARMENDIA

SUMARIO: I. El dinero: importancia. Concepto. Valor nominal. Valor real. II. Las leyes monetarias. III. La moneda extranjera en el Código Civil de Vélez. IV. Pago de las obligaciones en moneda extranjera en el sistema de Vélez. El régimen cambiario y el valor de la moneda extranjera. V. Posición de la doctrina y jurisprudencia sobre el pago de obligaciones en moneda extranjera en los textos de Vélez. Problemas planteados. Soluciones intentadas. VI. Ley de convertibilidad: contenido. Reforma al Código Civil: finalidad. VII. La crisis del 2001-2002. Ley 25.561. Decretos reglamentarios y normas complementarias. VIII. El futuro de la contratación en moneda extranjera. Las normas legales ante la emergencia económica. La opinión legal. IX. El derecho de elección de moneda. X. Opinión legal sobre el tema.

I. El dinero: importancia. Concepto. Valor nominal. Valor real

No hay duda de que las obligaciones de dar sumas de dinero son, desde un punto de vista cuantitativo, las de mayor importancia dentro del ámbito de las relaciones creditorias. La prestación de dar dinero está presente en todos aquellos contratos en los cuales existe un precio, en resarcimientos por daños, salvo en los supuestos de indemnización *in natura*, en dinero se expresan las letras de cambio y los pagarés, los cheques y demás papeles de comercio, los depósitos bancarios y sus cuentas, el monto de los seguros, el capital de las sociedades comerciales y

* Discurso de recepción como académico correspondiente en Tucumán, pronunciado el 17 de junio de 2008.

por ende las acciones y cuotas de capital que la representan, etc., con lo cual se está marcando la importancia de su ámbito de aplicación.

Es muy conocida la evolución de la moneda metálica, pasando por la moneda papel, hasta llegar el papel moneda, es decir el billete que no tiene un respaldo metálico. En adelante, al mencionar el término dinero, estaremos haciendo mención únicamente al papel moneda.

El dinero es un medio de intercambio y pago creado por el hombre y es emitido en un acto de soberanía por los diferentes países que conforman el mundo actual, salvo pequeños países que se manejan con el dinero emitido por otros, o bien aquellos que tienen una moneda común, como la Unión Europea.

La actual característica común del dinero, es que el Estado al emitirlo fija su valor nominal, que se consigna en el billete, expresándose la unidad monetaria del país emisor e indicando la cantidad que representa en dicho signo, por ejemplo 10 dólares estadounidenses, 10 euros, o 10 pesos argentinos.

De acuerdo con lo manifestado, cada país tiene su propia moneda, a la que podríamos llamar la “moneda nacional”, con lo cual tenemos que prácticamente hay tantas monedas como países existen en el mundo. Esto lleva a una diferenciación entre lo que sería la moneda nacional del país emisor, y las monedas emitidas por otros países, que serían las que denominamos “monedas extranjeras”, en relación a ese país.

Desde un punto de vista económico -entre otras cosas- la moneda significa una unidad de valor, por cuanto pueden expresar el valor de cualquier bien. En este sentido correctamente decía Ferrara que el dinero, con relación al valor, es algo así como el metro con relación a las longitudes.

Indudablemente que cada país tiene un régimen propio para las obligaciones de dar sumas de dinero, sean estas monedas de curso legal, o monedas extranjeras.

Dijimos que en la emisión de la moneda, el Estado emisor establece, en cada billete, su valor nominal. Se opone al valor nominal el denominado valor de cambio o valor real, el que está dado por el poder adquisitivo que tiene dicha moneda. No hay duda de que el valor nominal se mantiene invariable, salvo el cambio del signo monetario, con o sin nueva emisión. Por el contrario, el valor real puede variar -en más o en menos- de acuerdo con las circunstancias económicas de cada país, dependiendo -principalmente- de los denominados procesos inflacionarios.

Surge de lo manifestado anteriormente, que los diferentes tipos de moneda tienen un valor entre ellas mismas, así 1 dólar vale **3,10** pesos argentinos, 1 euro vale **1,56** dólares estadounidenses, etc.. Esto que se denomina la cotización de la moneda se maneja en mercados tanto nacionales, como internacionales y se establece en cada día laboral bancario. Claro está que la cotización de cada moneda depende del valor real de cada una de ellas, independientemente de su valor nominal. El valor de la moneda nos dará el precio que se debe abonar por ella para adquirirla.

Dijimos que existe el valor nominal y el valor real o adquisitivo. En la Argentina cuando se contrata en moneda nacional, quien debe cumplir con la obligación dineraria paga entregando la misma cantidad de moneda que la establecida, esto es lo que se llama el principio nominalista, que fue el adoptado por Vélez en el Código Civil. Veremos más adelante cuál ha sido la evolución del principio nominalista en el derecho argentino, desde Vélez hasta la ley de convertibilidad y desde ésta hasta la ley de emergencia económica 25.561. También trataremos de conjeturar sobre el futuro de este principio.

II. Las leyes monetarias

Si bien el Código Civil, el Código de Comercio y otras leyes de fondo que reglan las relaciones creditorias, son las que establecen la normativa aplicable a las obligaciones dinerarias, existen las denominadas leyes monetarias, que tienen una importante y fundamental protagonismo y gravitación sobre las relaciones creditorias, cuya prestación es una suma de dinero y mucho más si es una moneda extranjera.

En este aspecto hay que destacar que las leyes monetarias reflejan lo que se denomina la “política monetaria” que ejerce cada uno de los países en el manejo de su economía. Estas políticas monetarias guardan estrecha relación con la evolución económica de un país y por ende en todas aquellas economías con cambios bruscos en su situación económica, normalmente producen un cambio en la política monetaria, cuya profundidad guardará estrecha relación con la profundidad de la crisis económica.

La gravitación que tienen las leyes monetarias sobre las obligaciones pactadas en moneda extranjera pueden tener un efecto, que va desde

convertirla en una obligación con objeto ilícito, de cumplimiento imposible, hasta la exigibilidad en la moneda pactada.

Entre el contenido de las leyes monetarias podríamos citar la creación de la moneda de curso legal en el país, su emisión, establecer la autoridad de aplicación, fijar el curso legal, establecer o no, el curso forzoso, fijar el régimen aplicable a las monedas extranjeras en cuanto a la posibilidad de su tenencia, compra, venta, depósito, decidir los tipos de cambio, las formas de cotizar, el ingreso y el egreso de las divisas al país, las registraciones por ante el Banco Central. Bien se puede decir que las leyes monetarias son las que van en definitiva a establecer el real régimen de las obligaciones en moneda extranjera.

Desde las primeras leyes monetarias sancionadas en el país, como fue la 32, hasta la sanción de la ley 25.561, hubo diversas disposiciones legales que tuvieron gravitación fundamental en las relaciones creditorias dinerarias, como fue la ley 1130, que estableció el peso oro, y en las últimas décadas podemos citar la ley 18.188 de creación del peso ley, la 22.707 de creación del peso argentino, el decr. 1096/85 de creación del austral y en la década del '90 la importante ley 23.928, denominada ley de convertibilidad, y en los últimos años la ley 25.561, y normas complementarias, que deroga la convertibilidad, devalúa el peso y lleva a cabo la denominada pesificación de las deudas en moneda extranjera.

La ley de convertibilidad y la 25.561, no sólo han sido, en su contenido, leyes de carácter meramente monetarias, sino que incluso han modificado artículos del Código Civil sobre las obligaciones dinerarias y, por ende, han tenido una decidida influencia en las relaciones creditorias de este tipo.

III. La moneda extranjera en el Código Civil de Vélez

El régimen legal de la moneda extranjera en el Código Civil tiene dos etapas totalmente diferenciadas. La primera desde la sanción del Código hasta la vigencia de la ley de convertibilidad, y la segunda etapa a posterioridad a esta última ley.

Veamos la primera etapa:

La primera pregunta que se debe contestar es si la contratación en moneda extranjera, es decir las obligaciones en moneda extranjera, es

válida en el sistema de Vélez. No hay duda de que la respuesta afirmativa es la correcta, y surge claramente del art. 617 del Código en la redacción de Vélez.

Lo que sí necesitamos determinar es si para Vélez las obligaciones en moneda extranjera eran obligaciones dinerarias, es decir obligaciones de dar sumas de dinero. En este sentido existió una división en la doctrina argentina. Algunos autores defendieron la tesis afirmativa. Otros autores se inclinaron por la teoría negativa, sosteniendo algunos que dinero es únicamente el que tiene curso legal.

Desde un punto de vista económico, decir que una obligación pactada en dólares o en euros no es una obligación dineraria, a lo menos impacta. Se podrá decir -tal vez correctamente- que no importa lo que signifique desde el punto de vista económico-financiero, sino desde el punto de vista estrictamente legal. Nuestra posición es que se debe tratar, sobre todo en una cuestión como la que nos ocupa, que los conceptos jurídicos coincidan con los conceptos económicos, para evitar un caos aún mayor, en un tema en el cual ambas ramas del conocimiento tienen la misma importancia.

Personalmente nos inclinamos a sostener que en el texto de Vélez la moneda extranjera es dinero, tanto en la acepción económico-financiera, como en la acepción jurídica, con la aclaración de que Vélez le da a la moneda extranjera un tratamiento legal diferente al considerarlas “como de dar cantidades de cosas”. Creemos que la solución de Vélez fue sabia, por cuanto de esta manera evitaba el conflicto entre el Código Civil y las leyes monetarias.

IV. Pago de las obligaciones en moneda extranjera en el sistema de Vélez. El régimen cambiario y el valor de la moneda extranjera

La cuestión de real importancia a resolver en el sistema de Vélez, era el analizar, en base a los textos de los arts. 617 y 619, cómo se debían cumplir las obligaciones pactadas en monedas extranjeras. Las posibilidades eran o bien que se debían cumplir en la moneda pactada, o bien que se debían cumplir en la moneda nacional de curso legal, lo que se denominó pago por equivalente.

Indudablemente que la respuesta tiene, desde un punto de vista económico, grandes implicancias prácticas.

Se puede dar que entre la moneda extranjera y la moneda nacional de curso legal no exista una diferencia en cuanto a su valor real o adquisitivo. Un claro ejemplo de esto estuvo dado en la época de convertibilidad de la ley 23.928, en la cual un peso equivalía a un dólar. Tampoco plantearía problema en todos aquellos momentos que la Argentina hubo una estabilidad cambiaria entre la moneda nacional y las divisas extranjeras. El problema se plantea cuando la moneda nacional se devalúa respecto a la moneda extranjera, algo que ha ocurrido lamentablemente muy a menudo. También se debe tener en cuenta que puede ocurrir que el pago en moneda nacional le sea indiferente al acreedor, por cuanto, en definitiva, con la cantidad de moneda nacional que reciba, va a poder adquirir en el mercado igual cantidad de la moneda extranjera pactada en la obligación. Pero no siempre se ha dado esta posibilidad, por cuanto para que ello exista es necesario, por lo pronto, que exista una libertad cambiaria que permita la adquisición de moneda extranjera y, por otra parte, que la cotización de la moneda surja de un mercado libre de cambio, en el cual el valor de la moneda sea en base a la libre oferta y demanda.

De lo expresado se interfiere que a los efectos de establecer las consecuencias prácticas de no recibir la moneda extranjera pactada, hay que tener en cuenta dos factores fundamentales en la cuestión: 1) el régimen cambiario; 2) el valor de la moneda.

Veamos primero el tema del régimen cambiario.

Un análisis detallado del régimen cambiario es algo extremadamente extenso y mucho más si tratamos de desarrollarlo a través de la historia de las diferentes crisis económicas, no sólo de la Argentina, sino de diversos países.

Por lo pronto se debe decir de que nadie discute que las leyes monetarias, entre las cuales se encuentran las referidas al sistema cambiario, son actos soberanos de cada país. Esto tiene aval de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y también de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Volviendo al tema del régimen cambiario y para sintetizar la cuestión, podemos decir que en la Argentina tuvimos ambos extremos, una libertad cambiaria absoluta, como fue entre otros casos en la década del '90, en

los cuales la tenencia, la compra, la venta, el depósito y los demás actos jurídicos que tenían como objeto obligaciones en moneda extranjera, estaban totalmente permitidos, como también lo estaba el ingreso y egreso de las divisas extranjeras al territorio nacional. Es más, hasta estaba permitido no ingresar las divisas resultantes de las exportaciones de bienes de origen argentino. En el otro extremo, está un régimen cambiario en el cual la tenencia, compra, venta, depósito, etc. de divisas estaba totalmente prohibido, a tal punto que la contratación en moneda extranjera era un acto ilícito, por cuanto estaba prohibido por la ley y, claro está, la divisa extranjera era algo que no estaba en el comercio. Es más, la simple tenencia de divisas se convertía también en un ilícito penal, al ser violatorio del denominado régimen penal cambiario, establecido en la ley 19.359.

Claro está que entre estos dos extremos han existido sistemas mixtos, en los cuales hubo ciertas libertades y ciertas prohibiciones.

Otro aspecto a tenerse en cuenta es el analizar si aun cuando exista una libertad a los efectos de la tenencia y de la compraventa de divisas, su cotización en relación a la moneda nacional, surgía de un mercado cambiario libre. En este sentido debemos mencionar que los sistemas van de una cotización fija, hasta un mercado en el cual la cotización surge, de la libre oferta y demanda, sin intervención alguna del Estado. En el primer sistema, incluso se ha llegado a establecer cotizaciones fijas para la divisa extranjera, pero creando diferentes tipos de mercados, por ejemplo hubo épocas en que coexistía un dólar “comercial”, un dólar “financiero” y un dólar “libre”, e incluso un dólar “turístico”, por supuesto que con una importante diferencia en la cotización en cada uno de ellos.

En lo que hace a las cotizaciones libres, es decir que el precio se establece por el mercado, también tenemos dos posibilidades. Una primera absolutamente libre en las cuales el Estado no interviene no solamente estableciendo precios, sino tampoco interfiriendo en la oferta y la demanda. La segunda, que es la normal, es cuando el Estado, si bien no establece el precio, interviene en el mercado a los efectos de mantener el valor de la moneda nacional en relación con las divisas. Es lo que se denomina la “fluctuación sucia”. El hecho de que el valor de la moneda extranjera no surja de un mercado totalmente libre, puede no plantear problema, en la medida que haya libertad para acceder a la compra de dicha moneda, ya que en este caso el acreedor que recibe la moneda nacional, puede libremente adquirir la divisa extranjera pactada.

V. Posición de la doctrina y jurisprudencia sobre el pago de obligaciones en moneda extranjera en los textos de Vélez. Problemas planteados. Soluciones intentadas

Ya dijimos que el problema que planteaba el tratamiento de la moneda extranjera en los textos de Vélez, era determinar cómo se procedía al pago de éstas.

Cuando la moneda extranjera era el objeto directo de la prestación, en base al reiterado ejemplo de la moneda que es adquirida por su valor de colección, no hay duda de que la única forma de cumplir era con la entrega de dicha moneda.

El problema se planteaba cuando se contrataba en moneda extranjera como dinero. En estos supuestos, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales, opinó que el deudor cumple entregando ya sea la cantidad de moneda extranjera convenida, o el equivalente de dinero de curso legal, de acuerdo con la cotización vigente. En este sentido se pronunció la doctrina del fallo plenario de la Cámaras Nacionales Comerciales en pleno en 1967.

El real problema en el cumplimiento por equivalente, se plantea cuando al acreedor le resulta imposible adquirir, con el importe de la moneda nacional recibida en pago, la cantidad de moneda extranjera pactada en la obligación. Esta situación ha sido muy común en los diferentes sistemas cambiarios que existieron en la Argentina, lo que indudablemente produjo una gran incertidumbre sobre cuál sería el resultado económico final de una obligación pactada en moneda extranjera.

Otros análisis que hizo la doctrina fueron los que se denominaron casos en que la moneda extranjera ha sido el objeto del contrato. En este sentido se ha dado como ejemplo el mutuo, en el cual el art. 2240 del Código Civil dispone que el deudor debe devolver igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. También se dio como ejemplo el depósito regular y el depósito irregular y por analogía se le aplicó a los depósitos bancarios. Indudablemente que la realidad, después de la sanción de la ley 25.561, ha demostrado que incluso en estos supuestos, fue imposible al acreedor exigir el cumplimiento en la moneda pactada, aun con las reformas introducidas a los arts. 617 y 619 del Código Civil por la ley de convertibilidad.

Claro está que se ha buscado en los contratos enfatizar la obligación ineludible del deudor de cumplir en la moneda extranjera pactada y no recurrir al pago por equivalencia. En este sentido se ha recurrido a lo que se denomina “el pago efectivo en moneda extranjera”, manifestándose en el contrato que las partes consideraban como condición esencial del mismo el pago en la moneda extranjera pactada, o bien la manifestación por parte del deudor que tenía disponible la moneda extranjera o que en su actividad los ingresos eran en moneda extranjera, o eran en relación a su valor. Para evitar el problema de la imposibilidad de comprar la moneda extranjera en el mercado local, se recurrió a la cláusula de que en el supuesto que no se pudiese entregar la moneda extranjera, debía entregarse algún título público, expresado en moneda extranjera, o bien en moneda nacional, pero que permitiese adquirir la moneda extranjera en alguna plaza externa. En este sentido es de mencionar el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala C, que en 1985 resolvió que si la prestación de dar moneda extranjera, se hubiese estipulado como esencial, era exigible el pago en dicha moneda. Este fallo, si bien mereció el apoyo de alguna doctrina, fue criticado duramente por otros, como en el caso del Dr. Jorge Mosset Iturraspe, quien dijo que la doctrina del fallo sentaba un precedente sumamente peligroso y que podía llevar a afectar la soberanía nacional, doctrina ésta que ha sido recepcionada por un despacho en minoría en el III. Encuentro de Abogados Civilistas.

En nuestra opinión, el tema necesariamente pasa por conocer, en cada caso, cuáles fueron las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato, y cuáles las circunstancias existentes al momento del vencimiento de la operación o del pago efectivo.

Cuando hablamos de “circunstancias” nos referimos a la ley monetaria y a las situaciones económicas del país.

No puede haber duda de que si estos dos aspectos no han variado, es decir igual disposición de la ley monetaria e igual situación económica, difícilmente se va a plantear el conflicto, ya que está claro que el deudor entregando la moneda extranjera pactada, o entregando la moneda nacional necesaria para adquirir aquélla, no tendrá diferencia la onerosidad de la prestación a su cargo. A su vez, al acreedor le será indiferente recibir la moneda extranjera o la moneda nacional. Es decir, el resultado de la ecuación económica de la relación creditoria, sería la misma.

Indudablemente que el problema se plantea cuando esa ecuación económica se rompe, ya sea en desmedro de los intereses del acreedor o bien del deudor.

La explicación es muy sencilla. Ocurre lo mismo que en los términos de los contratos. Indudablemente que recién se puede evaluar las bondades de un contrato, aunque parezca paradójico, cuando ese contrato plantea un conflicto de intereses, sea en su interpretación y/o ejecución, ya que cuando el contrato se cumple, sin discrepancias entre las partes, el contrato, como instrumento legal, no tiene realmente trascendencia.

Lo mismo ocurre con la relación creditoria que tiene como prestación obligaciones en moneda extranjera. Realmente vamos a saber sus bondades si varían las circunstancias monetarias y económicas desde la constitución al vencimiento o pago. Este fue el real meollo de la cuestión, tanto en la vigencia de las normas de Velez, como después de la convertibilidad y no tenemos dudas que va a ser una constante en el futuro inmediato de la Argentina.

Se debe destacar que incluso la ley monetaria vigente puede llegar a impedir la contratación en moneda extranjera, ya que ciertas disposiciones pueden constituir la en una cosa fuera del comercio y, por ende, no susceptible de ser objeto de un acto jurídico, tal cual surge de los arts. 953 y 2337 inc. 1 del Código Civil.

En este tema también se debe traer a colación lo dispuesto por el decr. 5965/63, que regula la letra de cambio, en el cual se establece, en el art. 44, la denominada cláusula de “pago efectivo en moneda extranjera”.

Es importante esta mención, por cuanto la doctrina en general consideró que una letra de cambio, o bien un pagaré, al cual también se aplica dicha cláusula, que la contenía, debía pagarse en la moneda extranjera pactada.

Indudablemente que si esto fuese correcto, hubiese bastado que los abogados, con sus características habilidades, en todos los contratos pactados en moneda extranjera, hubiesen procedido a documentar la deuda con un pagaré. Al respecto se debe también recordar que la ley 25.561 y sus decretos reglamentarios, tampoco respetaron este tipo de cláusula, en la letra de cambio o pagarés.

Finalmente, en el análisis de la situación previa a la sanción de la ley de convertibilidad, corresponde también decir que en los contratos pactados en moneda extranjera era habitual que las partes asuman el riesgo

cambiario, es decir la fluctuación que pueda tener la moneda extranjera, en relación a la moneda nacional. Es más, también era habitual mencionar en el contrato que las partes habían hecho un análisis sobre la situación cambiaria y que, debidamente asesoradas, asumían cualquier tipo de diferencia que pudiera haber, que era una forma de asumir la imprevisión. Claro está que, además, se estilaba poner expresamente esta asunción.

VI. Ley de convertibilidad: contenido. Reforma al Código Civil: finalidad

Con la sanción de la ley de convertibilidad pareció que todos los conflictos suscitados con la contratación en moneda extranjera, estaban solucionados.

Es bueno mencionar que el mensaje de elevación de la ley se manifestaba que con su sanción se busca solucionar el tema de la circulación de la moneda extranjera y resolver un viejo problema “al admitir que quienes libremente aceptan una obligación en moneda extranjera, la cumplen dando aquello a lo que se comprometieron”. Esto es, en definitiva, la filosofía de la ley.

La ley de convertibilidad, como ya dijéramos, en lo referente a la moneda extranjera tenía dos facetas muy diferentes. La primera referida a las reformas de los arts. 617 y 619 del Código, tendientes a dar un marco legal diferente al de Vélez y, por otra parte, tenía un gran y profundo contenido monetario, ya que no sólo creaba la convertibilidad del austral, sino que establecía un tipo de cambio fijo respecto de él.

Las circunstancias políticas-económicas imperantes al momento de la sanción de la ley eran muy peculiares. Por una parte había una alta inflación, con una permanente indexación de las relaciones creditorias dinerarias, que no hacían sino alimentar a la inflación, y por otra parte, una nueva política económica que pretendía liberar la economía, abriendo los mercados, y proyectando a la Argentina internacionalmente, pero y sobre todo, aceptando como presupuesto la globalización de la economía.

No hay duda de que un país en el cual existe una restricción al uso de la moneda extranjera, implica, de alguna manera, una traba a dicha globalización.

Pareciera que con la sanción de la ley de convertibilidad, la incertidumbre e inseguridad que pesaba sobre las relaciones creditorias pactadas en moneda extranjera, había desaparecido. Veremos más adelante que no fue así.

Entrando al análisis específico de la ley de convertibilidad, la primera observación que corresponde hacer es que la reforma de los arts. 617 y 619 no implicó conceder el curso legal a la moneda extranjera. El curso legal implica la aceptación obligatoria e irrecusable como medio de pago por parte del acreedor. En otros términos, no es lo mismo decir que quien está obligado en moneda extranjera, debe cumplir en dicha moneda, que expresar que el que está obligado en moneda nacional, puede pretender cumplir con la moneda extranjera, obligándolo al acreedor a recibirla.

En general, hubo conformidad en la doctrina en sostener que con las reformas de los arts. 617 y 619 desaparecía la posibilidad del pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera en la moneda de curso legal. En otros términos, el que estaba obligado con una moneda extranjera, únicamente podía pagar en dicha moneda, salvo, claro está, que el acreedor aceptase lo contrario.

Por otra parte, con la reforma de los arts. 617 y 619, más el carácter de orden público que el legislador le dio a la ley de convertibilidad, mal se podía sostener que la contratación en moneda extranjera, atentaba contra el orden público nacional, o contra la soberanía nacional, o que podía tener algún toque de inmoralidad. Todo lo contrario. El legislador del '91 consideraba que la contratación en moneda extranjera no sólo debía permitirse, como ya lo había hecho Vélez, sino que además se creaba la exigencia de que su pago, es decir el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, únicamente se daba si se entregaba la moneda extranjera pactada.

Desde el punto de vista económico, indudablemente que se quería dar una dinámica diferente a las transacciones acorde con la globalización, sobre todo económica, que se había presentado como una realidad en el mundo.

Los primeros años posteriores a la sanción de la ley de convertibilidad, fueron años de bonanza económica. Se logró parar la inflación y crecer y, sobre todo, hubo estabilidad.

Sancionada que fuere la ley de convertibilidad, dimos una conferencia sobre la misma en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional

de Tucumán, en ese entonces dijimos que la convertibilidad del austral era algo que parecía una buena solución coyuntural, pero no algo que podría mantenerse en el tiempo, ya que el anclaje entre dos monedas era difícil de sostener *sine die*, por cuanto ambas fluctúan independientemente y el valor adquisitivo de cada una de ellas tiene relación directa con la situación económica del país emisor.

No hay duda de que la permanencia en el tiempo de la convertibilidad fue algo malo que descolocó competitivamente a la Argentina, y que después de un tiempo incluso, dio un valor a la moneda nacional, absolutamente ficticio e irreal, con relación a la situación económica del país. Todos sabemos cuáles fueron las consecuencias de este deterioro económico, que en definitiva terminó en una grave crisis.

También es necesario mencionar que en la constitución de las relaciones creditorias, los contratantes analizan la situación imperante en el momento de la contratación, y si hay cumplimientos diferidos, como normalmente ocurre, hacen un análisis del posible desenvolvimiento de las diferentes variables económicas. Por ejemplo, en los tiempos previos a la convertibilidad, y teniendo en cuenta la posibilidad del pago de la deuda en moneda extranjera mediante la entrega de la moneda nacional, la forma de contratar cuando se trataba de obligaciones dinerarias con pagos diferidos, era en moneda nacional estableciendo un sistema de reajuste de la deuda, en base a índices de reajustes.

Por el contrario, al crear la ley de convertibilidad un nominalismo absoluto que prohibía la indexación o reajuste, y jerarquizar normativamente las obligaciones en moneda extranjera, llevaba inexorablemente a que la contratación en dicha moneda iba a ser lo habitual.

Si bien en la Argentina no se dio el fenómeno de usar la moneda extranjera como medio habitual o alternativo de pago en las pequeñas transacciones, como ocurre en otros países, no puede haber duda de que la Argentina sufrió una dolarización de su economía, en lo que hace a la contratación y a los préstamos.

Respecto de los préstamos, hay que comprender que al desaparecer en esa época los famosos “redescuentos” del Banco Central, tanto la banca extranjera, como la banca nacional, privada y oficial, se hacían de fondos a través de líneas tomadas en el exterior, e indudablemente que si los bancos localizados en la Argentina, se fondeaban con moneda extranjera, tenían indefectiblemente que “calzar” el crédito que otorgaban en la misma moneda.

Incluso en la época de la convertibilidad, se dio el fenómeno de que aun cuando había una equivalencia de un peso igual a un dólar, la tasa de interés para los préstamos en pesos, era muy superior de la tasa de interés de los préstamos en dólares. Esto fue a tal punto que las empresas que lograban obtener préstamos en dólares, no dudaban en hacerlo, incluso si era necesario tomarlos en el exterior, como ocurrió con muchas empresas de primera línea y que luego no tuvieron el efecto de la pesificación por tener la obligación domicilio de pago en el exterior.

Nótese que en la época previa a la convertibilidad, teniendo en cuenta la discrepancia doctrinaria sobre cómo se debían pagar los créditos en moneda extranjera, era más seguro contratar en moneda nacional, con la cláusula de reajuste permitida en el Código. Por el contrario, en la época de convertibilidad, al prohibirse la cláusula de reajuste, pero al establecer que la contratación en moneda extranjera, no sólo estaba permitida, sino que se debía pagar en dicha moneda, la contratación se realizaba en moneda extranjera.

Definitivamente, la economía argentina quedó atrapada. Los pasivos estaban en moneda extranjera, mayoritariamente dólares estadounidenses. La convertibilidad había descolocado totalmente a la Argentina en su capacidad competitiva, por la sobrevaluación del peso, sin ningún fundamento económico. Era una bomba de tiempo que en definitiva explotó.

VII. La crisis del 2001-2002. Ley 25.561. Decretos reglamentarios y normas complementarias

Una vez más la Argentina se encontró con el dilema de lo que dice la ley y lo que dice la realidad económica. Una vez más ganó la realidad económica y vinieron las normas de emergencia, basadas en dos pilares: i) salida de la convertibilidad, con una fuerte devaluación y como corrector, ii) la pesificación de las deudas contraídas en moneda extranjera. Dos efectos devastadores en la ecuación económica prevista en la relación creditoria original. Es decir que el deudor no sólo no entregaba la moneda extranjera, sino que entregaba pesos, pero además entregaba pesos devaluados.

Realmente hacer un análisis de la ley 25.561, de sus decretos reglamentarios y demás normas consecuentes, es una labor titánica. A lo dicho

se le debe sumar el tristemente famoso “corralito”, que impidió a los ahorristas retirar sus depósitos, y que luego también sufrieron la pesificación.

En marzo de 2002, por pedido del Colegio de Abogados de Tucumán, dictamos una conferencia para analizar la ley 25.561. Unicamente queremos mencionar de esa conferencia, que dijimos que dejando de lado los problemas técnicos-jurídicos que se planteaban, y las consecuencias para el futuro de las relaciones creditorias, una vez más los poderes políticos del Estado comprometerían seria y gravemente al Poder Judicial, por cuanto era el que en definitiva iba a tener que resolver los innumerables y caóticos conflictos legales que planteaba la pesificación y devaluación, con más el corralito que le había precedido.

Sostuvimos que sea cual fuese la solución que en definitiva le diese la decisión jurisdiccional al conflicto, una de las partes iba a quedar desconforme con la solución. Es imposible que cuando se rompe totalmente *-ministerio legis-* la ecuación económica prevista en una relación jurídica, ambas partes de la relación queden conformes. Alguien, indefectiblemente, pierde y por ende llora.

¿Cuál es la sensación que debiera tener un hombre de derecho en la Argentina ante situaciones como esta?

Por lo pronto corresponde decir que todas estas crisis, no sólo producen un daño en la relación creditoria particular, sino que tienen un efecto inmediato y devastador en los aspectos institucionales del país: seguridad jurídica, credibilidad de la justicia, respeto por los poderes políticos, confiabilidad en el sistema, principio de confianza legítima, etc. Queremos significar de que estas crisis económicas y la legislación de emergencia que se dicta como consecuencia de la misma, no son gratis. Por el contrario, tienen un altísimo precio, ya que dejan resentido todo el sistema legal de un país. Esto no es tomar un posición política, ni mucho menos, es sólo hacer un análisis objetivo de la realidad.

Todos conocemos muy bien el esfuerzo que significó y significa a los jueces el “administrar justicia” en base a la legislación de emergencia del 2001-2002.

Todos sabemos el esfuerzo que conlleva a los jueces llenar las lagunas legales, poner orden en las contradicciones, pero y sobre todo establecer el fino y peligroso límite entre la emergencia y la legalidad.

Se podrá recurrir a la “jurisdicción de equidad” y se podrá sostener que esta es la única vía para poner -de alguna manera- orden en la made-

ja de los conflictos planteados y de esta manera buscar la solución ya sea en el “esfuerzo compartido” o en el “reajuste equitativo” de la prestación pesificada, etc.. Pero lo que no se podrá, es curar la herida de la seguridad jurídica vulnerada. Incluso es necesario mencionar que muchas soluciones de equidad dictadas y que parecieron justas en ese momento, tiempo después se transformaron en totalmente injustas.

Basta ver los diferentes votos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde “Banco Galicia”, pasando por “Provincia de San Luis” y “Smith” hasta “Bustos” y “Massa”, para comprender la magnitud del caos.

El esfuerzo de la justicia fue enorme y meritorio, pero no pudo ni puede sanar las heridas a las relaciones jurídicas dinerarias, en cuyo tema pareciera que la Argentina tuviese más el sistema del *common law* y no el del *civil law*.

VIII. El futuro de la contratación en moneda extranjera. Las normas legales ante la emergencia económica. La opinión legal

Vimos algo del pasado, imaginemos ahora el futuro.

Por lo pronto creemos que el problema, lamentablemente, ya no se limita a la relación creditoria en la cual hay una prestación en moneda extranjera. Repetimos, lamentablemente el análisis se debe hacer sobre todas las relaciones creditorias, en las cuales hay una suma de dinero a entregar.

La doctrina y jurisprudencia argentina habían aceptado que el Código de Vélez en materia de obligaciones de dar sumas de dinero, recepcionó el principio nominalista, pero cuando la inflación deterioró el valor adquisitivo del peso nacional, los hombres de derecho empezaron a percibir que el cumplimiento de una prestación dineraria, en base al principio nominalista, conllevaba una gran injusticia. Se empezaron a buscar fórmulas para eludir el nominalismo.

Recordemos el importante y procedente distingo entre las obligaciones de dinero y las obligaciones de valor. Recordemos con qué prudencia, y hasta con un atisbo de vergüenza se iba agrandando el listado de las obligaciones de valor, para decir al final que en definitiva toda prestación tiene implícito un valor. Recordemos cómo al aplicar los coeficientes co-

rectores, se trataba cuidadosamente de relacionarlos al objeto de la prestación y que el coeficiente guardase relación con ese objeto. Finalmente se perdió totalmente el pudor y se fue lisa y llanamente a una indexación automática, en base a los índices de inflación que surgían del aumento del costo de la vida.

Pasamos desde la situación de que la aplicación del nominalismo generaba un enriquecimiento en favor del deudor, con el consiguiente empobrecimiento del acreedor, a un sistema de indexación sin tener en cuenta el objeto de la prestación, ni la persona del deudor, en la cual la relación era totalmente opuesta, consistente en un enriquecimiento del acreedor, con el consiguiente empobrecimiento del deudor. Ello por cuanto el cumplimiento de una prestación dineraria con indexación, más una tasa de interés pura, implicaba para el acreedor una rentabilidad que ningún negocio le otorgaba, y ello a costa del empobrecimiento del deudor. La sanción de la ley 24.283, denominada de desindexación, es un ejemplo claro de hasta dónde se había llegado.

Cuando se sanciona la ley de convertibilidad, no sólo se ratifica el sistema nominalista de Vélez, sino que se produce un importante cambio en el tipo de nominalismo. Podríamos decir que el nominalismo de Vélez, era un nominalismo relativo, por cuanto permitía que las partes, en su libertad contractual, estableciesen un sistema de valorización o de reajuste de la prestación dineraria. Por el contrario, la ley de convertibilidad, al prohibir las indexaciones y reajustes, establece un nominalismo que llamaríamos absoluto. Recordemos que la ley 25.561, aun cuando modifica la convertibilidad, ratifica no sólo este nominalismo absoluto que había establecido la ley 23.928, sino que lo enfatiza.

La pregunta es: ¿Si se produce un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, el nominalismo absoluto va a impedir el reajuste de una prestación dineraria? No lo impidió el nominalismo relativo de Vélez, y realmente no creemos que lo impida el nominalismo absoluto de la ley de convertibilidad, ratificado por la ley 25.561, por más que se declame el orden público.

Presumimos que volverán los argumentos que se dieron cuando hubo que darle la espalda al nominalismo de Vélez.

Pareciera que las relaciones creditorias dinerarias en la Argentina, independientemente que estén expresadas en moneda nacional o en moneda extranjera, están condicionadas a la situación económica del país. A

lo dicho se debe agregar que a las construcciones jurídicas realizadas por la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales para corregir el nominalismo, ahora se debe sumar lo que denominaríamos la “doctrina de la emergencia”, que podríamos sintetizar diciendo que ante una crisis económica, las relaciones obligatorias emergentes de los contratos son relativas, que significa decir que en las crisis económicas el principio del *pacta sunt servanda* no siempre es aplicable, trayéndose a colación la conocida muletilla, de que no hay derechos adquiridos frente al orden público.

Si lo dicho es aplicable a toda relación creditoria dineraria expresada en la moneda de curso legal, cuánto más en las obligaciones expresadas en moneda extranjera.

Ya vimos que la relación creditoria en moneda extranjera estaba totalmente condicionada con la ley monetaria. También que la ley monetaria en la Argentina “*è mobile qual piuma al vento*”. Esto ya crea una inseguridad sobre la forma en que se va a cumplir.

Ya analizamos que todas las cláusulas que la imaginación y creatividad de los abogados han pergeñado, buscando que se cumpla en la moneda extranjera, inexorablemente han fracasado ante la crisis.

Ante la normativa de emergencia se produce un enfrentamiento entre ésta y la normativa de la relación creditoria establecida en las leyes, con lo cual surge un conflicto que normalmente no es solucionado plenamente por el poder político en la normativa de emergencia, dejando una profunda laguna sin resolver que, en definitiva, debe ser analizada en un proceso judicial, como ocurrió con la normativa de emergencia del 2001-2002.

No hace falta mencionar que nuestros tribunales se encuentran totalmente abarrotados, por lo cual los procesos requieren varios años, durante cuyo transcurso, acreedor y deudor ignoran a ciencia cierta, cuál es el monto del crédito y cuál es el monto de la deuda, lo que indudablemente hace más grave la incertidumbre, ya que ese estado de duda se mantiene a través del tiempo.

IX. El derecho de elección de moneda

Como un tema fundamental en la contratación en moneda extranjera, queremos hacer mención a lo que denominaríamos “derecho a la elección de la moneda”.

Cuando usamos el término “elección de moneda”, nos referimos -como ya lo dijimos- a la posibilidad que tienen los contratantes que van a integrar una relación creditoria, cuya prestación es dineraria, de “elegir” libremente la moneda objeto de la prestación.

Consideramos que esta cuestión es de fundamental importancia, ya que de existir realmente el señalado derecho a la libre elección, no haría falta que la contraprestación a la prestación dineraria sea de un bien “valorable” en moneda extranjera o “relacionable” con dicha moneda. Basta la libre elección que hagan los contratantes respecto al tipo de moneda.

Recuérdese que cuando se interpretaron los textos de Vélez de los arts. 617 y 619, tanto la doctrina como la jurisprudencia hicieron un gran hincapié en el análisis que se debía hacer entre la prestación en moneda extranjera, y la contraprestación que le correspondía a ésta. Había una tibia tendencia a aceptar la obligatoriedad de cumplir en la moneda pactada, pero sólo en los supuestos en que la contraprestación tenía alguna forma de valorización en moneda extranjera. Por el contrario, si no se daba esta circunstancia, exigir el pago efectivo en la moneda extranjera no era razonable, e incluso tenía cierto tapiz de inmoralidad.

Creemos que la ratio de la ley de convertibilidad fue cambiar radicalmente esta situación y que las reformas que se hicieron en los textos de los arts. 617 y 619 del Código Civil concedieron lo que denomináramos el “derecho de elección de la moneda” que, como dijimos, significa otorgarle a las partes la facultad de elegir libremente qué moneda recibirá el acreedor y qué moneda pagará el deudor. En definitiva, era ampliar el espectro de la libertad contractual y que cada parte asuma el riesgo, si así lo consideraba pertinente.

La pregunta es saber si este derecho de elección de la moneda se encuentra convalidado por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. En este sentido nos queremos referir a un importante fallo de la prestigiosa Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, recaído en los autos “Teruel vs. Dalvián”, que fuera dictado el 24 de noviembre de 2003 y que recibiera elogios de destacados juristas.

Uno de los párrafos del fallo sostiene: “Normalmente, y salvo supuesto de excepción, la pérdida que la pesificación ha traído a los acreedores de obligaciones en dólares incumplidas antes de la vigencia del régimen de emergencia es la que resulta de la pérdida de la capacidad de

compra en el mercado nacional. Medir el daño exclusivamente con relación al valor del dólar constituye un grave error, pues el valor de los bienes no siempre acompaña a las variaciones de la moneda extranjera. Reconociendo la indemnización conforme a la pérdida del poder adquisitivo en el mercado interno se brinda una adecuada tutela a la propiedad del acreedor”.

Si bien este fallo fue dictado en una relación creditoria en moneda extranjera, alcanzada por los efectos de la ley 25.561 y sus decretos reglamentarios y normas complementarias, la doctrina del fallo podría ir más allá de los límites o ámbito de la emergencia.

Esta doctrina, de alguna manera, sienta el principio de que aquel que está obligado en moneda extranjera, si paga en pesos entregando el monto que surja de tomar la obligación en su origen en peso nacional, adicionándole únicamente la pérdida del valor adquisitivo en el mercado interno, no estaría ocasionando un daño al acreedor. Sabemos que si no hay daño, no habría un interés legítimo para fundar una acción.

La pregunta que nos hacemos es: ¿Esta doctrina o criterio es aplicable a todas las obligaciones en moneda extranjera, haya o no emergencia económica? Si la respuesta es afirmativa creemos que habríamos borrado los actuales textos de los arts. 617 y 619 y lo que llamamos el derecho de elección de la moneda, habría desaparecido, ya que si al momento del pago el valor de la moneda extranjera excede el valor de la contraprestación o bien la moneda extranjera ha logrado en el mercado un mayor valor adquisitivo que la moneda nacional, podría el deudor pedir un reajuste.

Por otra parte, aceptar este principio sería -de alguna manera- cuestionar la esencia de la contratación en moneda extranjera y estaríamos compartiendo el viejo criterio que ponía en duda las bondades políticas y morales de la contratación en dicha moneda.

X. Opinión legal sobre el tema

Dar una respuesta a todos los interrogantes planteados, respecto del futuro de las obligaciones dinerarias, claro está que no es un mero análisis académico.

En este sentido recordamos que el año pasado se nos requirió una “opinión legal” sobre una contratación en dólares que iba a realizar una

empresa local, subsidiaria de una extranjera, con una firma argentina. Cuando las empresas americanas piden una opinión legal, exigen mucha precisión y, sobre todo, contundencia en cuanto al contenido de la opinión que en definitiva se da.

Pareciera que bastaba decir, que de acuerdo a las reformas introducidas por la ley de convertibilidad, en los arts. 617 y 619 del Código Civil, mantenidos por la legislación de emergencia de la ley 25.561, la contratación en dólares, no sólo está permitida, sino que quien asume una obligación en esta moneda, sólo cumple entregándola.

La pregunta es: ¿puede un abogado, al dar una opinión legal, limitarse a transcribir la norma específica al caso, amparándose en el hecho de que el texto es claro y no puede dejar lugar a duda? Creo que la respuesta negativa sería la correcta. No creemos que un abogado pueda evitar en su opinión legal explicar lo que ha ocurrido con las deudas, no sólo expresadas en moneda extranjera, sino también con las expresadas en moneda nacional.

Claro está que un abogado no puede hacer un análisis sobre la situación económica reinante en el país y sus posibilidades futuras. Este es un análisis y un riesgo que está a cargo de la empresa contratante, no obstante lo cual el abogado sí deberá explicar cuáles son los antecedentes argentinos al producirse una crisis económica, especialmente en lo referido al dictado de lo que se denomina “legislación de emergencia”.

En pocas palabras: ante la pregunta de cuál es la mejor forma de contratar en la Argentina. ¿En moneda nacional o en moneda extranjera? ¿Cuál debe ser la respuesta? La moneda nacional no puede tener cláusula de reajuste, a lo menos así lo indica la ley. También la ley indica que se puede contratar en moneda extranjera, y que el deudor debe pagar en dicha moneda. Pareciera que la respuesta entonces es muy fácil. Ya vimos que, lamentablemente, no lo es.

Hace un tiempo un periodista nos pidió que definiéramos lo que entendíamos por seguridad jurídica. Nuestra respuesta fue que existe seguridad jurídica cuando los ciudadanos de un país conocen con cierto grado de certeza, cuáles son sus derechos y cuáles son sus deberes y obligaciones y que, además, para el supuesto de que no se puedan ejercer esos derechos, o que no se cumpla con las obligaciones y deberes, existan los remedios legales para poder ejercerlos o para poder exigir el cumplimiento. Si trasladamos esta definición a las relaciones creditorias dinerarias en

general, y a las relaciones dinerarias en moneda extranjera en particular, ¿podremos decir que existe seguridad jurídica? Pareciera que la respuesta negativa sería -a lo menos- la prudente. La gravedad de esta afirmación es realmente fuerte y ciertamente asusta.

Hay que remarcar que la seguridad jurídica no es una cuestión que se soluciona únicamente con normas legales, por más claras, categóricas y precisas que éstas sean. Es necesario que además, e indefectiblemente, en la práctica, esas disposiciones legales sean operativas, caso contrario estamos ante leyes, sin efectos en la realidad. También debemos decir que la seguridad jurídica necesita de la convicción y actitud positiva de todos los que actúan en el sistema.

La inseguridad jurídica lamentablemente tiene una gran capacidad de generar metástasis invadiendo todo el sistema. Por otra parte, al Poder Judicial le resulta imposible controlar en forma efectiva los poderes políticos. Hablando en términos bélicos, diríamos que le falta capacidad de fuego. Téngase en cuenta que un decreto de necesidad y urgencia se dicta en horas, una ley -cuando posee las mayorías necesarias- puede llevar días en sancionarse, en cambio para lograr una sentencia firme, se necesitan años.

Con lo dicho queremos señalar que no basta la redacción actual en los arts. 617 y 619 del Código Civil, sino que en la práctica realmente se pueda cumplir con el pago, en la forma y modo indicados en la ley.

Todos sabemos de la importancia económica del contrato, como figura jurídica que lleva al desarrollo de la economía. También todos sabemos que los macro contratos, en su mayoría, son contratos a largo plazo, y con un diferimiento en los pagos. También sabemos que a mayor seguridad en un contrato, mayor posibilidad de inversión y por ende de desarrollo. *Contrario sensu*, si no existe esa seguridad, el panorama es -a lo menos- poco claro.

No hay duda de que se deben buscar los medios para restablecer la confianza en las relaciones creditorias que emergen de los contratos. Creemos que este es el desafío de la Argentina, pero también creemos que el presupuesto básico para poder trabajar en este sentido es reconocer la crisis del contrato, como fuente de obligaciones.

Con lo dicho no queremos ser apocalípticos, tampoco pretendemos sostener que esto significa la paralización de la economía. No es así y la Argentina lo ha demostrado. La economía se puede manejar, pero lo hará

con proyecciones en el corto plazo. Lo hará con inversiones que tengan un alto grado de recupero inmediato. En otras palabras, no habrá inversión que se amortice en el largo plazo y por ende habrá un gran limitante en cuanto a la cantidad y calidad de éstas, lo que acarrea un daño intangible en la economía del país muy difícil de cuantificar y por ende no fácil de percibir por el ciudadano común.

Por otra parte es verdad que todos, algunos más, otros menos, nos acostumbramos a convivir en y con la crisis. Pareciera que supiéramos que las reglas son diferentes, que no son las correctas, pero que en definitiva son las que imperan y que debemos aprender a navegar en esas aguas turbulentas. Esto es una realidad, pero también lo es que es mucho más fácil navegar en aguas calmas y, sobre todo, es mucho más seguro.

Para terminar nada mejor que citar el principio latino escrito en el escudo de esta Academia "*Qui custodit legem sapiens est*".

Nada más y muchas gracias.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO, DR. JUAN M. FARINA

Palabras de presentación del Sr. académico de número, Dr. Efraín H. Richard

Señor presidente, señores presidentes honorarios, colegas académicos, señoras y señores: la incorporación del profesor emérito Dr. Juan María Farina como miembro correspondiente de esta Academia implica un reconocimiento a su trayectoria docente, profesional, en la investigación y en obras. Un reconocimiento a una vida de bien en lo personal y en su vocación jurídica. Su equilibrio, su hombría de bien, se unen a su sapiencia. Ello llevó a su designación como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Córdoba, a cuyo Instituto de la Empresa -que dirigimos- pertenece. Un largo camino ha recorrido Juan María Farina, jurista de fuste, indiscutido pionero en la unificación de las relaciones obligacionales y contractuales civiles y comerciales en nuestro país, agudo crítico del sistema societario y concursal. Hemos tenido el privilegio de gozar de su amistad, permitiéndonos el disenso creativo que genera el progreso de la ciencia de nuestra vocación.

Implica esta incorporación a la vez que ese reconocimiento a sus cualidades personales, a su infatigable vocación por la unidad del derecho privado patrimonial negocial, movimiento que se gesta desde el Primer Congreso de Derecho Civil hasta nuestros días con diversos proyectos legislativos frustrados, y que hemos venido compartiendo, incluso con otros colegas académicos.

No obstante esa frustración, Farina se perfila como uno de sus doctrinarios en el proceso lógico de esa unificación que es la doctrinal, al que luego la organización docente pedagógica y por último el reconocimiento normativo.

Nos encontramos con Farina en 1969 en Rosario, cuando intervino activamente en la organización del Congreso de Derecho Comercial de agosto de ese año, donde se presentaron los proyectos de reformas a la ley de concursos y quiebras, y de sociedades, concepción que generando una plataforma de sugerencias, vieron la luz en las respectivas leyes 19.550 y 19.551 en 1972.

Desde allí, en la distancia mantuvimos un contacto estrecho y nos fuimos cruzando en distintas actividades vinculadas a nuestra vocación común. Nacidos en la misma provincia y ciudad, Santa Fe y Rosario, egresados como abogados de la misma Universidad Nacional del Litoral, aunque él varios años antes, lo que me hizo considerarlo como un maestro y una figura señera.

Así nos acompañó en el Primer Congreso de Derecho Societario del '77, y luego en los sucesivos, varios de los cuales coorganizaron esta Academia y nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, de Profesores de Derecho Comercial, de Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, siempre con protagonismo relevante, tanto en funciones de conducción como en las comunicaciones que invariablemente presentó.

Compañero de ruta, nos entremezclamos en otros numerosísimos congresos, jornadas y paneles de derecho societario, derecho concursal, derecho de los contratos y de seguros, que organizó o en los que nos encontramos, departiendo, compartiendo, discrepando constructivamente.

Profesor con asiento e itinerante, Un docente cabal. Ejerció las cátedras en la facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Rosario de Derecho Comercial I, Derecho Comercial II, de Contratos Civiles y de Sociedades y Asociaciones. En esas y en muchas otras tomó la cátedra en el post grado. Como en Buenos Aires en las universidades Notarial Argentina y de Belgrano. Y las de Derecho Privado Profundizado en la Pontificia Universidad de Rosario y en la Austral.

En su actividad itinerante cumplió un periplo al exterior en 1997 por la Universidad Complutense de Madrid y en la de San José de Costa Rica.

Su producción en libros es importante, ni hablar de la cantidad de artículos. De aquellos nos brindó: "El pacto comisorio" en 1961, "Rescisión y resolución de contratos" en 1965, "Sociedades comerciales" en 1972, "Sociedades anónimas" en 1973; el *Tratado de sociedades co-*

merciales, aparecido en 1978 es una obra clásica para profesionales y estudiosos en 4 tomos, al que luego siguió un *Compendio de sociedades comerciales*, destinado a los estudiantes, con varios tomos. Sigo: *Contratos comerciales modernos* en 1993, que mereció el Premio Accesit en la Academia de Buenos Aires, con 2ª edición y varias reediciones. *Defensa del consumidor y usuario* en 1995 con 2ª edición en 2000; *Comentario a la ley de Pymes* en 1996, *Justicia: ficción y realidad* en 1997. Cierro con *Concurso preventivo y quiebra*, un nuevo libro, y *Sociedades comerciales*, nueva edición, en ediciones contemporáneas.

Al admirar su producción, en algún momento se confidenció conmigo ante el interrogatorio. Me dijo: “Es que me voy de vacaciones casi todos los años durante un mes. Los primeros quince días me relajo, disfruto, pienso, y la segunda quincena construyo un libro”. ¡Fantástica vocación!

Tantos temas ríspidos nos hemos consultado con fraterno reconocimiento, para facilitarnos pensar y argumentar mejor. En tiempos ya lejanos el largo coloquio telefónico, cuando no la larga charla en los esporádicos encuentros en un congreso, en una jornada.

No dejó de donar su tiempo y sus esfuerzos: decano en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Rosario. Asesor jurídico de la Municipalidad de Rosario, y miembro del Consejo Asesor de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, en la que nos acompaña. Integra el Comité de expertos de CONEAU.

Juan María: en esta presentación coloquial quiero señalarte que puede que todavía sea un secreto para vos, pero tus discípulos y amigos están gestando un libro en tu homenaje, para el que en febrero entregué un ensayo.

Dentro de este coloquio, te comento que para ese homenaje elegí un tema polémico en su inicio, que en el tiempo olvidamos pero que nos mantuvo en disenso, creciendo siempre: la autonomía de la voluntad para elegir el tipo de sociedad -civil o comercial- configurando un centro imputativo autogestante para la organización de una actividad, indistintamente civil o comercial cualquiera sea el tipo elegido (o mixta), extendiéndonos en otros aspectos conexos al objeto social.

Señoras y señores: ese libro colectivo es un homenaje que le tributa la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, convocando a numerosos admiradores de la trayectoria de este distinguido pro-

fesor rosarino, maduro por edad y joven por su vehemencia, que hoy recibimos.

El disenso respetuoso como el que practica cotidianamente Farina es el que permite el progreso de la ciencia que nos acerca en nuestra vocación común. Saber escuchar y, al mismo tiempo con claridad exponer su propia posición.

Así dejo cumplido lo que se me encomendara, presentando públicamente al nuevo académico. Bienvenido mi querido profesor a este nuevo ámbito, que ya te era propio como miembro del Instituto de la Empresa de la Academia, que ahora te recibe en su círculo mayor.

**COMERCIALIZACIÓN MEDIANTE REDES DE
DISTRIBUCIÓN Y CONCESIÓN MERCANTIL.
SORPRESAS EN LA SENTENCIA DE LA C.S.J.N. EN
AUTOS “AUTOMOTORES SAAVEDRA S.A. C/ FIAT
ARGENTINA S.A.” Y LA JURISPRUDENCIA
EN GENERAL ***

por JUAN M. FARINA

SUMARIO: I. Contrato de distribución y concesión comercial. A. Caracterización general. B. Cuestiones atinentes al preaviso a que recurre la concedente o distribuida para poner fin a la relación contractual. II. Derecho y moral. Un peligroso argumento expuesto en el fallo “Automóviles Saavedra c/ Fiat Argentina S.A.” (4/8/88).

I. Contrato de distribución y concesión comercial

A. Caracterización general

§ 1. Contrato de distribución. Terminología

El vocablo “distribución” suele emplearse en el mundo de los contratos comerciales en dos sentidos: uno amplio, de carácter genérico, comprensivo de las diversas formas jurídicas mediante las cuales una persona física o sociedad comercial coloca en el mercado bienes o servicios que genera otra empresa; y otro en sentido específico (o restringido), referido a

* Discurso de recepción como académico correspondiente en Rosario (Santa Fe), pronunciado el 26 de agosto de 2008.

un modo particular de vinculación entre la empresa productora y el sujeto que coloca los productos en el mercado (contrato de distribución) ¹.

Como no existe una regulación legal al respecto, señalamos que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en definir a este contrato como un contrato consensual que le otorga al distribuidor el derecho de vender dentro de un sector determinado (o indeterminado) la mercadería que produce o importa la otra parte (a la que se conoce como “distribuida”), a cuyo efecto ésta queda obligada a suministrarla durante la vigencia del contrato, dentro de las condiciones convenidas o que surjan de los usos mercantiles. La distribuida le vende y factura al distribuidor cada partida de mercadería que le envía, por lo que ésta pasa a ser propiedad del último dentro de las condiciones de ese “contrato marco” que es la distribución. El distribuidor, actuando como mayorista, vende luego esa mercadería a los revendedores que, en definitiva, son sus clientes, a fin de que ellos luego la vendan directamente al público consumidor.

La ganancia del distribuidor surge del *margen de reventa*, o de las bonificaciones que le efectúa la distribuida o de ambos factores a la vez. El beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, pues él adquiere la mercadería y debe abonar su precio, sea cual fuere la suerte posterior a su reventa; de modo que su ganancia depende exclusivamente de su éxito en el mercado y de la diferencia que obtenga entre lo que debe pagar al proveedor y lo que cobre a sus clientes.

Generalmente, los artículos objeto de distribución tienen un precio de mercado establecido por el productor (por ejemplo cigarrillos), al cual debe atenerse el distribuidor; pero nada impide que éste haga bonificaciones a sus clientes de acuerdo al modo de pago. Debe tenerse presente que, en caso de no pago por parte del cliente, esto sólo afecta al distribuidor, quien debe soportar todos los riesgos una vez que la mercadería queda a su disposición: deterioro, pérdida, falta de pago de los clientes, etcétera ².

Reconocimiento del contrato de distribución. En el fallo “Herrera c/ Nestlé”, la demandada “Nestlé” -siguiendo la actitud que es común

¹ FARINA, *Contratos comerciales modernos*, pág. 379.

² FARINA, *Contratos comerciales modernos*, pág. 387 y ss.

que adopten las distribuidas, negando la existencia de un contrato de distribución- adujo, con relación a ese particular aspecto de la controversia, que en el caso *sub examine* no hubo contrato de distribución, sino que mediaron “compraventas sucesivas”³.

La sentencia dictada en dichos autos resuelve bien esta cuestión -con respecto al resto de la sentencia tenemos discrepancias en cuanto a señalar la característica básica de este contrato: “En la doctrina judicial argentina -expresa- ha sido interpretado reiteradamente que el vínculo convencional en el cual existe una organización puesta al servicio de la reventa de un determinado producto que es suministrado por el fabricante a otro comerciante para que éste lo comercialice en las bocas de expendio, es denominado usualmente contrato de distribución”⁴.

§ 2. *Contrato de concesión comercial*

Iguales conceptos a los expuestos son aplicables al caso del contrato de concesión, pues además de las condiciones expuestas, la concesionaria debe presentar el local donde funciona, la organización y sistema de atención al público conforme a las exigencias de la concedente, ostentando el nombre comercial de ésta, por lo que para los clientes se identifica públicamente como tal. Pero son aplicables a la concesión los demás conceptos vertidos sobre el carácter funcional del contrato de distribución, dado que en ambos casos existe una organización puesta al servicio de la reventa de determinado producto (o productos).

Advertimos que los términos “concesión”, “concedente” y “concesionario” han adquirido carta de ciudadanía en el derecho privado, con un sentido semejante al que tienen en el derecho público de donde, quizás impensadamente, han sido tomados. Aunque debemos señalar que al carecer de regulación legal en nuestro país, muchas veces estas expresiones se suelen emplear en sentido equívoco.

En nuestros usos comerciales se utiliza el término “concesión” para referirse tanto a la venta cuanto a la prestación de servicio a terceros (dentro del ámbito del derecho privado), como ocurre con la explotación

³ CNCom., Sala D, 20/4/01, L.L. 2001-D-719.

⁴ Ver, entre otros, CNCom., Sala D, 30/5/79, “Larramedy, Domingo, y otro c/ Resero S.A.”, L.L. 1979-D-306

de bares, restaurantes y otros servicios que clubes y otras asociaciones prestan a sus miembros (y también a terceros) mediante concesionarios ⁵. Ambas relaciones contractuales -concesión para la venta y para prestar servicios a terceros- tienen en común el hecho de que el concesionario pone su organización comercial (actuando en las relaciones jurídicas con terceros a nombre, por cuenta y riesgos propios) a disposición del concedente para colocar sus productos en el mercado, en un caso, o para brindar a terceros en el otro, el servicio que la concedente prefiere no explotar a su riesgo. Pero, fuera de este aspecto común, ambas figuras difieren en cuanto a, su organización, funcionalidad y efectos frente a terceros.

El término “concesión” significa, en todos los casos (es decir, tanto en el derecho público como en el derecho privado), un privilegio que una parte le otorga a una empresa para lograr, por su intermedio, una participación más eficaz en las ventas o en la prestación de un servicio de carácter general o colectivo.

La concesión y la duración de la actuación hacen necesario que su actividad sea controlada e impulsada por la concedente, a fin de organizar, racionalizar y coordinar la realización de una tarea permanente confiada a los concesionarios, que se hallan así vinculados para su realización.

En el sector privado, el productor o importador u organizador del servicio le acuerda una concesión comercial a comerciantes elegidos por él, a fin de lograr, mediante su colaboración, una más estrecha y mejor organización para la distribución de sus productos o servicios en el mercado. Es decir que, así como el poder público concedente acude al concesionario para que éste preste en forma adecuada y bajo su propio riesgo un servicio, del mismo modo el concedente en derecho privado, le encomienda al concesionario un servicio de distribución y venta para llegar al mercado del mejor modo en la comercialización de sus productos.

El concedente, al utilizar este servicio de comercialización, integrándolo a su empresa, lo hace por motivos comparables a los que tiene un ente estatal concedente, que renuncia a asumir él mismo la realización de un servicio de interés colectivo, confiriéndolo al concesionario.

El concesionario en la concesión comercial enajena en toda o en parte su independencia económica, pues el concedente domina y controla

⁵ GASTALDI, “La concesión de ‘buffer’ como contrato atípico”, E.D. 26-84.

todos los aspectos de la comercialización, dispone los precios al público, indica cómo debe presentarse el local, exige criterios contables, solicita informes detallados, impone sus propios entes financieros en las operaciones a crédito, se reserva el derecho de intervenir en la contabilidad de la concesionaria, etcétera. El ejemplo más evidente es el de las concesionarias para venta de automóviles. La concesionaria se convierte, así, en una pieza dentro de la vasta y compleja organización de ventas generales dirigidas por el concedente, y al concesionario no le queda otra alternativa -cuando ya el mecanismo está funcionando- que aceptar o sucumbir. Una vez que todo ese complejo está en marcha, el concesionario es parte de una organización cuyo único (o principal) objeto es la comercialización de esos productos o servicios; cualquier intento de oponerse a las directivas y exigencias de la concedente implica el retiro de la concesión, y esto significa tener que paralizar su empresa con todas las consecuencias que ello puede acarrear (interrupción de los negocios, imposibilidad de cumplir con los compromisos y -como corolario- la quiebra).

Los servicios que debe prestar el concesionario para la venta son, en primer lugar, los de venta, mantenimiento y reparación (service) de los bienes de esa marca, aunque no hayan sido vendidos por él. Debe dar explicaciones técnicas a los clientes e informar a la concedente sobre la evolución del mercado y necesidades de la clientela.

§ 3 Aspectos comunes del contrato de distribución y contrato de concesión

El contrato de distribución y el contrato de concesión tienen mucho en común, pues mediante ellos los fabricantes e importadores colocan sus productos (bienes o servicios) en el mercado, y ambos son objeto de igual tratamiento por los jueces -si bien reconocemos excepciones- cuando la parte dominante (concedente o distribuido) resuelve poner fin a la relación contractual de modo unilateral sea como fuere. Por esta razón invocaremos indistintamente fallos judiciales recaídos respecto de contratos de concesión o de contratos de distribución, pues los argumentos desarrollados en tales pronunciamientos son similares. De modo que cuanto aquí digamos referente a uno es válido para el otro, salvo aclaración especial.

§ 4. Agencia comercial

Podemos ubicar, dentro de la temática que aquí nos ocupa, también a los contratos de agencia.

El agente de comercio se obliga a desplegar una actividad adecuada para lograr clientes para su comitente, y remitir a éste los pedidos de mercadería, servicios u otros bienes cuya comercialización le ha sido encomendada. El comitente, al aceptar el pedido, concierta el contrato que lo liga de modo directo con el cliente; el agente de comercio no es parte de dicho contrato, sino un intermediador⁶. Su retribución consiste en un porcentaje sobre el precio de la operación. Con respecto a la caracterización del agente de comercio se dijo en un fallo: “La figura del ‘agente de comercio’, la doctrina ha logrado conceptuar definitivamente, desvinculándola del mandato, del corretaje y de la locación de obra, contratos con los cuales presenta algunas parciales semejanzas, pero no identidad. Es indudable que la doctrina ha evolucionado con respecto a la naturaleza jurídica del ‘contrato de agencia’, y debe reconocerse que inicialmente aquélla se inclinó por colocarlo entre las figuras derivadas del mandato comercial, especialmente teniendo presente la facultad del agente para gestionar y concluir contratos por cuenta de otro; pero sin advertir que frente a los terceros con quienes el agente celebra los negocios jurídicos, su actividad se presenta como un ejercicio autónomo e independiente”⁷.

§ 5. *Franchising*

El *franchising* (franquicia) constituye otro de los medios que utilizan las empresas transnacionales para actuar en los mercados de cada país, en un principio mediante filiales que constituyen en cada uno de ellos para que a su vez actúen como franquiciantes; aunque actualmente, por lo común, se trata de sociedades o comerciantes locales.

Este contrato es el de más reciente aparición, por lo menos en la práctica comercial de nuestro país. También aquí una empresa, que actúa como franquiciada, se inserta en una organización destinada a la

⁶ Se expresa en fallos de nuestros tribunales: “A través del contrato de agencia una de las partes intermedia de manera estable y autónoma, promoviendo o concluyendo contratos en interés de la otra, percibiendo por ello una retribución, la función económica del contrato consiste en crear clientela, aumentar la existente, o por lo menos mantenerla” (CNCom., Sala C, 31/8/81, E.D. 96-641).

⁷ CNCom., Sala B, 4/12/85, R.D.C.O., 1986-602; ver, especialmente, voto del doctor Morandi y autores allí citados.

comercialización de determinados productos o servicios identificados por una marca, por un sistema de comercialización y por un nombre comercial acreditados en el mercado. El franquiciado debe adaptar su establecimiento, desenvolver su actividad y atender al público sujeto a las instrucciones de la franquiciante, a fin de que se ofrezca -por medio de todas las franquiciadas que integran esa organización- productos, servicios y atención a la clientela de la misma calidad, precio y eficiencia. El público identifica a la franquiciada por el nombre comercial de la franquiciante. La identificación entre franquiciante y franquiciada es superior a la que puede darse en el contrato de concesión.

En cuanto a organización, objetivos y sujeción de la franquiciada a la franquiciante, guarda similitud con los contratos de distribución y de concesión.

§ 6. *Características propias de la organización en que se insertan estos contratos.* En autos “Marquínez y Perotto c/ Esso SAPA” se destaca correctamente que, “desde el punto de vista empresarial, el contrato de concesión regula una forma particular de agrupación de empresas mediante una concentración vertical en la que existe subordinación del concesionario al concedente; de modo que, aunque se celebre entre dos empresarios de similar relevancia, siempre existirá preponderancia de quien impone las condiciones. En tal sentido, el contrato de concesión presenta, sin duda, una gran desproporción entre el poder de negociación de la concedente y la concesionaria”⁸.

Conforme con lo precedentemente expuesto, podemos sostener que la “organización puesta al servicio de la reventa”, (según se dijo en “Herrera c/ Nestlé”⁹) presenta las siguientes características que le son propias.

Constituye una forma particular de agrupación de empresas.

Existe una concentración vertical de empresas.

Hay subordinación del concesionario al concedente.

El contrato de concesión (y también el de distribución, así como el franchising) presenta una gran desproporción entre el poder de negociación de la concedente y la concesionaria.

⁸ CNCom., Sala B, 11/4/95, E.D. 164-40.

⁹ CN.Com., Sala D, 20/4/01, LL. 2001-D-719.

Cuando la distribuidora (o concesionaria) es una sociedad (por lo común lo es), las circunstancias apuntadas pueden determinar su encuadramiento como sociedad controlada, por aplicación del art. 33, inc. 2, de la ley de sociedades comerciales

§ 7. *Duración de estos contratos*

La duración del contrato no debe depender de la decisión unilateral y arbitraria de la concedente (o distribuida) o del breve plazo que se le imponga en el contrato valiéndose de su posición dominante y predisponente, sino de la vigencia de esa organización al servicio de la actividad comercial a la cual queda adherida la distribuidora (o concesionaria o franquiciada) por hallarse integrada en ella. Utilizando una metáfora, podemos decir que “la distribuida provee a la distribuidora del oxígeno que ésta necesita a vivir”, lo cual no ocurre necesariamente a la inversa. También es justo reconocer que cuando se trata un distribuidor cuya principal actividad no se refiere exclusivamente a los productos de la distribuida, la justa solución debe adecuarse a las especiales circunstancias que cada caso.

Esto no implica que la distribuida o concedente deba quedar atada indefinidamente a continuar con esta actividad, como se alarma en ciertos fallos. Diversas circunstancias justificadas pueden determinar el cese o reducción de esta organización dentro de parámetros aceptables; pero mientras tal actividad continúa desplegándose en el mercado, mediante la organización creada a este efecto o por asumirla directamente la distribuida o concedente, y mientras la distribuidora o concesionaria cumpla correcta y eficientemente sus funciones, la distribuida, concedente o franquiciante no debe caprichosamente, o porque no le resulte tan conveniente como antes, condenar a la distribuidora o concesionaria a una muerte inevitable. La posibilidad de “reacomodamiento” para seguir adelante, que algunos fallos le atribuyen al distribuidor ¹⁰, suena más bien a ironía o burla, pues no se sabe qué significa “reacomodamiento” en estos supuestos.

¹⁰ Ver, por ejemplo, CNCom., Sala B, 5/4/90, “Cherr Hasso c/ Then Up”, E.D. 138-496.

B. Cuestiones atinentes al preaviso a que recurre la concedente o distribuida para poner fin a la relación contractual

§ 1. *Caracterización.* En todas las sentencias judiciales, en los escritos, en el intercambio epistolar entre los concedentes, las concesionarias, distribuidores, se habla de “preaviso”, y de las consecuencias que puede acarrear para la concedente (o distribuida) que opta por la ruptura del contrato, si ha existido preaviso o no (o ha sido en un plazo insuficiente).

Según la Real Academia, preaviso es el “aviso obligatorio previo a la realización de un acto”.

Este término ha sido introducido y aplicado por la jurisprudencia en estos contratos, tomado del derecho laboral (arts. 231 a 239, ley 20.7441), donde -según la respectiva ley- tiene determinados efectos a favor del trabajador, pues durante ese período cuenta con algunas facilidades para tratar de conseguir nueva ocupación (art. 237, ley 20.744 ¹¹). De allí que la falta de preaviso le impone al empleador la obligación de abonar la pertinente indemnización. Esto, sin perjuicio de la obligación de pagar la indemnización por antigüedad y otros rubros que correspondieren, haya habido o no el preaviso ordenado por la ley.

Adoptada la palabra “preaviso” en el ámbito de los contratos de distribución y concesión, resultan ambiguos y caprichosos los alcances que se le atribuyen. Nada tiene que ver el “preaviso” en los contratos que aquí nos ocupan con el “preaviso” del derecho laboral.

Como observa Lumia ¹², “*la inferencia por analogía adquiere validez lógica (es decir, se convierte en inferencia deductiva) sólo cuando se acepta que existe una ‘relación de similitud’ entre el supuesto de hecho regulado por la norma y aquel otro al que se quiere extender la aplicación de ésta*”; lo que no ocurre en este caso.

Señala Dworkin que “*la finalidad (que se persigue) es considerada en el sistema legal, de modo que cada juicio sea concebido como una manifestación de un punto de vista y coherente penetrante, aun-*

¹¹ Con las modificaciones introducidas a los arts. 231 y 233, en el caso de las mipymes (art. 95, ley 24.467).

¹² LUMIA, *Principios de teoría e ideología del derecho*, pág. 84.

*que complejo. Un juez, en estas decisiones, está obviamente limitado por el requisito de adaptarse al lenguaje del derecho y a las decisiones previas, y tiene que aceptar ciertas incompatibilidades entre estos antecedentes. Pero el problema difícil es decir qué significa seguir adherido al principio cuando la adaptación por sí misma no determina un resultado claro, es decir, cuando puede considerarse como apta a más de una decisión posible, algunas tal vez mejores que otras”*¹³.

§ 2. *Significado de la palabra “preaviso” en los contratos de distribución y concesión. Caso de contrato de plazo no pactado incierto o indeterminado.* Esta palabra está formada por el término básico “avisar” y el prefijo “pre” que denota, según la Real Academia, entre otros significados, “antelación”, con cuyo sentido define -hemos visto- a la palabra: aviso previo a la realización de un acto.

¿Qué acto avisa el emisor al distribuidor con antelación? ¿Con antelación a qué hecho que habrá de ocurrir? Al momento de enviarse el preaviso, ¿a qué hecho futuro puede referirse en un contrato sin plazo cierto de vencimiento? Sin lugar a dudas su objetivo es notificar la decisión de la concedente (o de la distribuida) de haber fijado unilateralmente un plazo de vencimiento a dicho contrato.

Bajo la utilización de la palabra “preaviso”, la notificación le informa al distribuidor o concesionario que el día dispuesto, sea por la distribuida o por la concedente, el contrato queda sometido a esa fecha de vencimiento; pero, a la vez, el contrato continúa vigente hasta ese momento, pues en nada se alteran los derechos y obligaciones de las partes, que continúan rigiéndose conforme lo dispone el art. 218, inc. 4, del Código de Comercio y, por ende, el art. 1197 del Código Civil. El distribuidor o concesionario deberá continuar atendiendo el comercio con toda dedicación y esmero, pues está de por medio su prestigio como hombre de negocios y la consideración de su clientela y del medio donde actúa. Además, debe evitar que la concedente lo acuse de descuido en el manejo del negocio y, por tanto, le impute responsabilidad por posibles daños y perjuicios o invoque la resolución contractual por aplicación del art. 216 del Código de Comercio.

¹³DWORKIN, *Law's empire*, citado por NAGEL, *Otras mentes*, pág. 246.

En verdad, se usa la palabra “preaviso”, en estos casos, como un disfraz de la realidad. No hay necesidad del “pre”; con decirle “aviso” es suficiente: *“Le hago saber que he decidido que el contrato de distribución concluya el día...”*¹⁴.

El llamado “preaviso” en verdad no comunica una rescisión futura sino la fijación, de modo unilateral, de una fecha de vencimiento del contrato, es decir, una modificación por decisión de la parte fuerte.

La rescisión es un acto jurídico que, mediante la declaración de voluntad de quien está facultado a ese efecto (rescisión unilateral), extingue el vínculo contractual con el consiguiente cese de las obligaciones y derecho de ambas partes emergentes de esa relación (nos referimos aquí a la rescisión unilateral, sin olvidar la rescisión bilateral o distracto y el art. 1200 C.C.).

Mientras las partes deban continuar cumpliendo el contrato de duración no hay rescisión a futuro, pues los efectos extintivos deben producirse coetáneamente con esa declaración. Por eso, sostenemos que el llamado “preaviso” en estos contratos no es sino la intención de la parte dominante de poner por su sola voluntad una fecha de vencimiento a un contrato sin plazo cierto de duración, (y también aunque exista el plazo) pues durante ese plazo continúan subsistentes los derechos y obligaciones de ambas partes, continúa vigente el vínculo contractual.

§ 3. *Efecto de “preaviso” según los pronunciamientos judiciales.* Según cierta jurisprudencia -que no compartimos-, este “preaviso” sella la suerte del contrato, cuyo plazo de duración queda fijado irremisiblemente según lo expresado en dicha nota. El distribuidor (o el concesionario) queda inexorablemente “atado” a ese plazo, no siéndole permitido -conforme criterio dominante en los fallos- oponerse o proponer otra fecha, pues ha sido condenado en virtud de ese “preaviso”. Por lo general, nuestros jueces se inclinan por negarle al distribuidor o concesionario todo derecho a cuestionar esa decisión unilateral de la distribuidora o concedente, pues pareciera que la palabra “preaviso” adquiriese un efecto mágico.

¹⁴ DE MIGUEL señala: *“He hablado de la magia del lenguaje y hay que entenderlo en toda su literalidad. Hay ciertas palabras que se ven tocadas especialmente de un hálito misterioso que no acertamos a saber de dónde proviene y que no podemos eliminar” (La perversión del lenguaje, pág. 135).*

El otro efecto que las sentencias judiciales le otorgan al “preaviso” es que, si éste ha sido comunicado con una antelación conveniente, a criterio del juzgador, el distribuidor o concesionario carece de derecho a reclamar indemnización.

Los fallos de nuestros tribunales parten de la base -al resolver en contra del art. 1200 C.C.- de que es indiscutible el derecho de la empresa distribuida o concedente a proceder cuando se le ocurra (*cum voluero*) a la ruptura del contrato de distribución o concesión. Eso sí, a los fines indemnizatorios, hace un distingo entre si la ruptura ha sido intempestiva (sin preaviso o insuficiente) o si ha mediado un preaviso suficiente a criterio del juzgador.

En “Cherr Hasso c/ The Seven Up”, por citar uno de tantos, se insiste en desconocer la vigencia del art. 1200 C.C., pues se da por implícito el derecho de la distribuida a poner fin al contrato cuando lo disponga, y limita el derecho del distribuidor a pedir una indemnización: “Sentado lo expuesto -dice- opino que el recto modo de dirimir el agravio de la accionante [el distribuidor], consiste en interrogarse si en el caso, la rescisión por voluntad unilateral de la concedente origina derecho de indemnización a su cargo; y, si corresponde ampliar o disminuir el plazo de preaviso concedido”¹⁵.

Adviértase que el juzgador parte de la base -para él indiscutible- de que la distribuida o concedente “conceda” el preaviso. Es, para este juzgador, una facultad propia de la parte dominante. “Conceder” -explica la Real Academia- es otorgar cualquier *beneficio gracioso* que se hace a otro. Según el criterio expuesto, el distribuidor, concesionario o franquiciado, debería agradecerle a su contraparte la cortesía de haberle preavisado.

II. Derecho y moral. Un peligroso argumento expuesto en el fallo “Automóviles Saavedra c/ Fiat Argentina S.A.” (4/8/88)

En este fallo¹⁶, la Corte Suprema revocó la sentencia dictada por la Sala B de la Cámara Nacional Comercial¹⁷ en dichos actuados. En aquel

¹⁵ CNCom., Sala B, 5/4/90, E.D. 138-495.

¹⁶ C.S.J.N., 4/8/88, L.L.1989-B-1.

¹⁷ CNCom., Sala B, 8/5/87, L.L. 1987-D-435.

fallo, el vocal doctor Morandi entre los numerosos argumentos desarrollados a favor de la pretensión de la concesionaria, advierte que el contrato de concesión comercial no debe transgredir “las directivas incluidas en los arts. 953, 1071 y 1198 del Código Civil, en cuanto se refiere a la subordinación de la relación jurídica entre concedente y concesionario, en lo referente a la regla moral, a la buena fe y al abuso del derecho”.

Continúa expresando el doctor Morandi: “No voy a internarme aquí a determinar las relaciones entre la moral y el derecho, porque ello nos llevaría a la especulación estrictamente filosófica. Sólo quiero expresar que ambos campos pertenecen a un mismo sistema de valores, porque las normas jurídicas (*lato sensu*), si tienen la finalidad inmediata de encauzar las conductas y lograr la estructuración pacífica de la coexistencia y cooperación social, ***su meta mediata es el ideal moral***, alcanzar la justicia, ya que sin ella no es posible un verdadero orden de la vida en sociedad”.

“Por eso el ***derecho y la moral*** -sostiene correctamente el doctor Morandi- se encuentran en perfecta armonía, porque todo ordenamiento jurídico positivo encuentra sus principios rectores en el derecho natural que tiene valor dogmático e inmutable respecto del orden, la vida, el honor, la libertad, la honradez, etcétera”¹⁸.

La respuesta de la Corte Suprema sobre derecho y moral en el referido fallo

Respecto de la relación entre derecho y moral, la Corte Suprema, al revocar la sentencia de la CNCom. mencionada, entre los varios argumentos expuestos, en el considerando 13, sostiene: “Tampoco puede aceptarse la pretendida armonización propugnada por el *a quo* entre moral y derecho, pues, si bien ambas tienen un fundamento ético común, constituyen dos sistemas diferentes de valoración”¹⁹.

Este fallo rechaza la idea de armonizar moral y derecho y recurre a una opinión de Orgaz, quien considera que, de no separarse derecho y

¹⁸ CNCom., Sala B, 8/5/87, L.L. 1987-D-435.

¹⁹ C.S.J.N., 4/8/88, L.L. 1989-B-1.

moral, “*el juez asumirá el papel de un tribunal de inquisición celoso en la represión de todo ejercicio que no parezca claramente ortodoxo a los ojos de la moral*”²⁰.

La preocupación de Orgaz acerca de que si el juez acude a principios morales, habrá de convertirse en un inquisidor, halla adecuada respuesta en Williams, quien advierte que -si bien existen rasgos inherentes a la moralidad que se aplica solamente a determinado grupo- el elemento de la universalización está presente en toda moralidad y, progresivamente, llega a hacerse extensiva a todos los seres humanos²¹. Dicho de otra manera, es esencial a la moralidad -y a su papel en toda sociedad- que ciertas clases de reacciones y motivaciones queden fuertemente internalizadas y éstas no pueden evaporarse sin más por el hecho de que alguien se vea confrontado con seres humanos de otra sociedad. Así hallamos en los humanos -salvo excepciones- alguna propensión a decir la verdad o a cumplir las promesas, incluso cuando no les viene bien, a estar dispuestos a rechazar formas de acción en razón de que son deshonestas o son egoístas o consisten en una simulación para sacar ventaja o constituyen una traición.

No se trata de que el juez, mediante su sentencia, se embarque en la búsqueda de una regla moral de valor universal y que -frente a lo infructuoso de su búsqueda- termine por considerar que moral y derecho son incompatibles. Lo que se plantea es que el juez debe tener en cuenta -tanto en el comportamiento y pretensiones de las partes como en su sentencia- los valores morales de nuestra comunidad, pues a ella va dirigida la consecuencia ética de su pronunciamiento. No es necesario ser muy suspicaz ni entrar en profundas disquisiciones filosóficas para advertir determinadas conductas que implican una inmoralidad y, por tanto, deben merecer la reprobación del órgano jurisdiccional, aun cuando tal comportamiento no está sancionado explícitamente en normas legales, pero que se hallan ínsitas en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de los principios generales del derecho. Tal el caso de la deslealtad, aprovecharse de un afecto o de una desgracia para obtener de la otra parte una

²⁰ ORGAZ, “Abuso del derecho”, L.L. 143-1220.

²¹ WILLIAMS, *Introducción a la ética*, pág. 36.

²² FARINA, *Justicia, ficción y realidad*, pág. 161.

ventaja que de otro modo no habría logrado, aprovecharse de la ingenuidad o buena fe, aun cuando no se encuadre en la figura de la lesión, observar un comportamiento abusivo, pedir la quiebra del supuesto deudor como modo de forzarlo a pagar sin discutir, ocultar la verdad, aprovechar la firma en blanco para lograr ventajas indebidas, etcétera ²².

En tal sentido, Shklar expresa: *“La justicia reside fundamentalmente en la aplicación equitativa de las normas; es el fin, además, no sólo del derecho sino de toda moral en las relaciones intersubjetivas. Esa finalidad común es lo que hace que el derecho y la moralidad no sean entidades separadas, sino que constituyan un todo. El nombre de ese todo es justicia”* ²³.

En palabras muy claras lo expresa Garibotto: *“Que el derecho es parte integrante del orden moral se advierte examinando los siguientes aspectos: el derecho es el objeto de la justicia y ésta es una virtud moral que debe ordenar y regular una parte del bien moral completo, cual es el bien de la vida social, de la rectitud de los actos debidos a otros: todo orden jurídico, como sus normas, forman, pues, una parte del orden moral completo y representa la aplicación de la ley moral a las relaciones sociales”* ²⁴.

Todo juez debe tener grabada en su conciencia esta frase: *“No hay verdadero progreso humano si éste no se desarrolla con un fondo moral”* ²⁵. Este fondo moral ha de estar presente no sólo en cuanto a su desempeño y personalidad sino, más que nada, en sus resoluciones, por la trascendencia que éstas entrañan.

De nada vale un juez cuya moral queda relegada a la intimidad, sin atreverse a salir y defenderla en público. Un juez así es un ser humano venido a menos, degradado, sin lealtades e ideales dignos, porque así se favorece un tipo de conducta basada en lo menos noble que hay en el hombre ²⁶.

²³ Judih SHKLAR, *Legalismo*, pág. 121.

²⁴ GARIBOTTO, “Moral, derecho y doctrinas generales del derecho civil”, E.D. 101-988.

²⁵ ROJAS, *El hombre “light”*, pág. 12.

²⁶ Ver ROJAS, *El hombre “light”*, pág. 27.

En la búsqueda de los jueces a que aspira toda comunidad civilizada, tomamos esta expresión de Rawls: “*juez moral competente*”²⁷, la cual encierra -en breves palabras- lo mínimo que se puede exigir para ello, pues indica que un juez debe necesariamente ser eficiente (competente para desempeñarse) y debe reunir condiciones éticas necesarias (moral).

La moral en el Código Civil argentino

Partimos de lo dispuesto por el art. 16 del Código Civil, en cuanto nos remite a los principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho son de justicia universal de donde derivan todas las leyes. La moral constituye uno de los fundamentos -el principal- de nuestro derecho y por ello se halla ínsita en sus principios generales. Todo aquello que sea contrario a la moral no puede otorgar derecho alguno.

En todos los casos en que el Código Civil se refiere a las “buenas costumbres” hace alusión a la moral. Ambas expresiones son empleadas como sinónimos: arts. 14 inc. 1 y 1501 (moral y buenas costumbres); hablan de moral en los arts. 584, 1047, 1206, 1626 y 1891; de buenas costumbres, en el sentido de moral en los arts. 21, 530, 792, 795, 953, 1503, 2261 y 3608. La referencia a las buenas costumbres sólo tiene en el art. 21 propósitos aclaratorios. La moral forma parte del orden público, definido como conjunto de principios sociales, económicos, políticos, morales y también religiosos²⁸.

La autonomía de la voluntad privada queda limitada, en virtud de este precepto, por las normas morales. El acto jurídico de contenido inmoral es nulo, por oponerse a su eficacia una norma imperativa, como es el art. 953 del Código Civil.

²⁷ RAWLS, *La justicia como equidad*, p. 2, citado en FARINA, *Justicia, ficción y realidad*, págs. 70 y 71.

²⁸ Ver LAVALLE COBO, en BELLUSCIO (dir.), ZANNONI (coord.), *Código Civil*, t. 1, comentario al art. 21, págs. 111 & 8.

Otro argumento expuesto por la Corte Suprema para fundamentar la revocación del fallo “Automóviles Saavedra c/Fiat Argentina”.

Lo resume en estas palabras al comienzo del consid. 13: “Que podrían resultar altamente peligrosas para la seguridad jurídica, pues la ejecución y el cumplimiento de los contratos se someterían al arbitrio de los jueces, quienes terminarían por convertirse en contratantes, o en sustituir a las partes en el ejercicio de su libertad contractual, garantía que se encuentra firmemente amparada por la Constitución Nacional”²⁹.

Otro argumento falso

Además, la Corte Suprema expresa en la sentencia que nos ocupa: “Similares advertencias habían sido formuladas por Vélez Sársfield en la nota al art. 2513: ‘Si el Gobierno se constituye juez del abuso ha dicho un filósofo [se refiere a Thomas Reynal, citado por Demolombe], no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”.

Esta cita no podía ser más desafortunada. Vélez Sársfield no se remite aquí al poder de los jueces, sino al poder de quienes ejercen el gobierno de un país, es decir, al Poder Ejecutivo, en cuya opinión tal poder no puede limitar los atributos del derecho de propiedad entre los cuales comprendía “el derecho de destruir la cosa”.

Reflexiones dignas de ser tenidas en cuenta.

En este sentido son dignas de meditar las palabras del doctor Craviotto en sentencia dictadas en autos “Patrón, Rubustiano N. c/ Estado Nacional”: “Trataré de ser lo más cuidadoso e incisivo, en un tema delicado por cierto, y que a mi modo de ver, no se resuelve sólo por fórmulas jurídicas, sino humanas. Y antes de entrar en el tema, quiero recordar las palabras

²⁹C.S.J.N., 4/8/88, L.L. 1989-B-1.

de mi prototipo de juez, el recordado Jorge M. F. Fliess, cuando en un plenario en la Cámara Civil sobre un tema de alimentos provisionales con relación a un matrimonio celebrado en el extranjero expresó: Aquí ni citas de Demolombe o Enneccerus, ni de Caravantes o de Carnelutti. **Fundamentalmente, principios morales**, que son los pilares del derecho. Esto que quizás no lo habría dicho a los veinte o treinta años, en que la doctrina todavía deslumbra a los noveles, y siempre a los eruditos -que a veces también tienen sabiduría-, lo digo a los cincuenta y con veinte años de experiencia judicial (que enseña mucho), cuando se sabe aprovechar. Confiesa el doctor Craviotto: “Quizá yo tampoco lo hubiera dicho antes, pero cursando los cincuenta y nueve años y con casi cuarenta años en la justicia, comprendo y valoro a aquel juez de la Cámara Civil, quien en y para ese caso se expresó así”. Y concluye: “A la justicia hay que amarla, y además, dedicarse a ella”³⁰.

³⁰ CNCiv.Com.Fed., Sala I, 28/12/93, L.L. 1994-D-

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN COLOMBIA, DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA

*Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr.
Ernesto Rey Caro*

La incorporación de un nuevo miembro constituye uno de los acontecimientos más relevantes en la vida de la Academia y hoy estamos reunidos, como lo hemos hecho ya en varias oportunidades en el año que transcurre, para recibir a un distinguido colega colombiano que se incorpora como miembro correspondiente de la Corporación, pero con la particularidad de que a la vez ostenta el cargo de presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, institución ésta que como pocas, ha mantenido con nuestra Academia una estrecha y fructífera tarea de cooperación. Varios de los aquí presentes recordamos con gratitud, la generosa y fraternal acogida que nos brindaron su entonces presidente y acreditado jurista Jorge Vélez García y sus calificados integrantes, entre los que se encontraba nuestro huésped, durante la visita efectuada en el año 2000 a la varias veces centenaria ciudad de Santa Fe de Bogotá, y la que más recientemente concretaran los actuales directivos y varios miembros de nuestra corporación en oportunidad del VI Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.

Se nos ha conferido el honor de pronunciar unas breves palabras que sirvan de salutación a nuestro visitante, y para reseñar los antecedentes y efectuar una semblanza profesional y académica de una personalidad tan relevante en el campo del derecho, como lo es el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Reconocemos inicialmente, que no es ésta una empresa fácil cuando su hoja de vida expone un cursus honorum propio de las grandes personalidades de nuestro continente y del mundo jurídico latinoamericano. De allí que seguramente incurriremos en múltiples omisiones que nuestro compañero sabrá disimular.

El Dr. Monroy Cabra egresó de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en 1962 y al año siguiente obtuvo el grado de doctor en Jurisprudencia. Sus estudios de posgrado no reconocieron solución de continuidad y emprendió una fecunda tarea de especialización en varias áreas de las ciencias jurídicas. Diplomado en Derecho Internacional y Diplomacia en el Instituto de Estudios Diplomáticos e Internacionales de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, en Derecho Laboral en la Universidad Javeriana, en Técnica de Casación Civil en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en Derecho de Menores en la Universidad del Sagrado Corazón de San Juan, Puerto Rico.

Es auditor diplomado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. En uno de los cursos de este acreditado centro de estudios, hace ya casi cuarenta años, tuvimos la oportunidad de conocernos y de iniciar una amistad que ha perdurado y que se ha enriquecido con el devenir del tiempo. *Ab initio*, pudimos apreciar su particular vocación por los estudios internacionales, su rigor científico, su integridad moral, que lo mostraban como un hombre derecho y del derecho, cualidades que habrían de ratificar plenamente en las numerosos e importantes obras doctrinarias generadas en una brillante pluma, y en su actuación en las más encumbradas instancias nacionales e internacionales. Hemos tenido la oportunidad de dialogar en muchos encuentros y congresos internacionales con colegas, muchos de ellos antiguos alumnos de nuestro visitante y constatar el cálido recuerdo de su ex maestro.

Su experiencia internacional se fue forjando en importantes funciones, como la de miembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; embajador extraordinario y plenipotenciario a las conferencias sobre Derecho Internacional Privado de Panamá(en 1975) y en Montevideo (en 1979 y 1989); ministro plenipotenciario de la Misión Colombiana ante la OEA (1989-1993); vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA (1992), y delegado de Colombia a varias conferencias internacionales.

No menos vasta es su actuación judicial tanto en órganos internos como internacionales: cuarenta y cinco años en el ejercicio de la magistratura. Hoy reviste como magistrado de la Corte Constitucional, cargo al que accedió en el 2001, habiendo ejercido la presidencia de ésta. Asimismo se desempeñó como presidente y magistrado del Tribunal Disciplinario; vicepresidente del Consejo Superior de la Administración de Justicia;

magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; presidente de la Sala Civil y magistrado del Tribunal Superior de Bogotá; juez civil en diferentes jurisdicciones, etc. También ha sido magistrado del Tribunal Andino de Justicia.

Su vida universitaria y académica no es menos brillante. Profesor emérito y profesor honorario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; profesor titular de las cátedras de Introducción al Derecho, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; ex profesor de las Universidades Externado de Colombia, Los Andes, Javeriana, Libre, Gran Colombia, Santo Tomás, Sergio Arboleda y muchas otras instituciones civiles y militares. Igualmente ha sido profesor invitado por acreditadas altas casas de estudio extranjeras, como la American University (Washington D.C.), Universidad de Lima, Universidad de Naciones Unidas, y otras. Asimismo ha sido profesor en el Curso de Derecho Internacional que anualmente organiza en Río de Janeiro, el Comité Jurídico Interamericano, órgano de la OEA.

En el campo profesional, ha sido abogado del Banco de Comercio de Colombia, y consultor del Banco Interamericano de Programas de Administración de Justicia, habiendo ejercido en forma independiente la abogacía, tanto a nivel nacional como internacional en breves períodos.

Su producción científica es verdaderamente notable. Más de treinta libros, muchos de ellos con múltiples ediciones, en los que ha abordado una amplia gama de temas vinculados a varias ramas de las ciencias jurídicas. Sirva como muestra sus obras sobre La Acción Pauliana, Introducción al Derecho, Tratado de Derecho Internacional Privado, Derecho de los Tratados, Régimen Jurídico de la Extradición, Solución Pacífica de Controversias Internacionales, Introducción al Derecho Internacional Laboral, Derecho de Menores, Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana, Derecho Procesal Civil Especial, Arbitraje Comercial, etc. No es necesario destacar la vasta cultura jurídica que reflejaba la variedad de temas abordados en tales obras. A éstas, se agrega casi un centenar de estudios publicados en revistas nacionales y extranjeras y en libros homenaje a distinguidos juristas americanos. En uno de estos *liber amicorum*, que por una razón especial he leído con sumo interés, se encuentra una contribución sobre “Jurisprudencia Constitucional en materia de Tratados en las Constituciones Colombianas de 1886 y 1991”, valiosa no sólo para los constitucionalistas sino también para los internacionalistas,

entre otras razones, por el meticuloso examen de numerosos fallos y sentencias y su vinculación con las normas de las cartas magnas señaladas.

Es miembro de prestigiosas instituciones científicas, *inter alia*, la Sociedad de Legislación Comparada de París, la American Society of International Law, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la Asociación Argentina de Derecho Internacional, la Federación Iberoamericana de Abogados, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Ha merecido igualmente diversas distinciones honoríficas, como la condecoración San Alberto Magno en el grado de Caballero Comendador decretada por su Santidad Juan Pablo II, en 1986; condecoración José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial en categoría de oro, decretada por los presidentes Virgilio Barco Vargas y Alberto Uribe Vélez; Medalla de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (España); condecoración con Medalla del Fundador por la Consiliatura del Colegio Mayor del Rosario; distinción al Mérito Profesional de la Universidad Santo Tomás, y muchas otras más.

He aquí, con las omisiones que la tiranía del tiempo nos impone, la síntesis, no de la hoja, sino del libro de vida de nuestro huésped, que muestra una personalidad excepcional y multifacética del espacio jurídico latinoamericano.

No puedo sustraerme a la tentación de efectuar un comentario, aunque escueto, de la prolífera literatura jurídica de Monroy Cabra; pero ante la imposibilidad de incursionar en tan vasta producción, y para no traspasar los límites que la prudencia aconseja, he elegido una de sus obras que en mi entender constituye la respuesta a un reto que pocos internacionalistas contemporáneos han intentado afrontar: elaborar una obra general de derecho internacional público.

Quienes por vocación hemos incursionado en esta disciplina conocemos los vertiginosos cambios que ha experimentado el derecho de gentes, acompañando las profundas transformaciones que se han producido en la Comunidad Internacional a partir de la segunda mitad del siglo pasado. La expansión inusitada de los ámbitos de aplicación material, temporal, espacial y personal del derecho internacional, exige a los estudiosos un esfuerzo de actualización casi imposible de lograr. De allí que las obras unipersonales de los siglos XVII, XVIII, XIX y comienzos del XX, han cedido lugar a obras colectivas, y las obras especializadas en la amplia problemática actual han experimentado una inédita proliferación.

Hoy, en el ejercicio de la docencia, debe transmitirse al educando ese nuevo derecho internacional, con claridad conceptual, con lenguaje preciso, con una visión integradora y también con espíritu crítico. Todos estos requerimientos y muchos otros, concurren en la citada obra de Monroy Cabra. De allí, la trascendencia de su trabajo.

Dejamos esta breve reseña de las múltiples facetas de la personalidad de nuestro querido colega y amigo, y le cedemos el protagonismo que en la organización de este acto le ha sido reservado.

Marco Gerardo, nuestra más cordial y fraternal bienvenida a esta Academia.

LOS DERECHOS SOCIALES COMO FUNDAMENTALES *

por MARCO GERARDO MONROY CABRA

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución histórica del reconocimiento de los derechos sociales. III. Los derechos sociales como derechos subjetivos. IV. Doctrina tradicional y nueva concepción respecto a la naturaleza y justiciabilidad de los derechos sociales. V. Fundamento de los derechos sociales. VI. La promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales en las Naciones Unidas y en los tratados internacionales. 1. Declaración Universal de Derechos Humanos. 2. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General en 1976. 3. Convención Americana sobre Derechos Humanos. VII. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. VIII. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. 1. Carta Social Europea. 2. Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. IX. Interpretación internacional del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales. X. Conclusiones.

I. Introducción

Los derechos han pasado, como expresara Bobbio ¹, de una etapa de reconocimiento abstracto a su concreción y positivización nacional e internacional.

Dentro del proceso de internacionalización y constitucionalización de los derechos humanos, se ha producido la clasificación de los derechos en

* Discurso de recepción como académico correspondiente en Colombia, pronunciado el 23 de septiembre de 2008.

¹ Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pág. 78.

dos grupos: derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales conocidos con el nombre de derechos sociales en la doctrina.

Esto ha conducido a establecer diferentes regímenes de protección y garantía tanto a nivel universal como regional. Si bien son diferentes las dos categorías de derechos, el derecho internacional ha propugnado, como lo dice Héctor Gros Espiell ², ha sostenido “*la necesaria integralidad, interdependencia e indivisibilidad en cuanto al concepto y a la realidad del contenido de los derechos humanos*”.

Sin embargo, tradicionalmente se ha dicho que en el caso de los derechos civiles y políticos se verifica si el Estado por acción o por omisión ha violado un derecho internacionalmente protegido con la consecuente responsabilidad internacional de dicho Estado. En cambio, en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene una obligación positiva de hacer o proveer los medios necesarios para satisfacer los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural etc..

La visión tradicional de los derechos sociales los considera como derechos meramente programáticos y, por tanto, no exigibles. Por el contrario, la visión actual de buena parte de la doctrina ha sostenido la exigibilidad por lo menos de gran parte de los derechos sociales incorporados tanto en las constituciones como en los tratados internacionales ³.

Hay dos enfoques en el tratamiento del tema si se considera el problema desde el punto de vista del derecho internacional, o desde la visión del derecho constitucional.

Se trata de exponer las razones que sustentan la doctrina tradicional como las que fundamentan el reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales.

² Héctor GROS ESPIELL, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Costa Rica, Libro Libre, 1986, pág. 17.

³ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004; Óscar RODRÍGUEZ OLVERA, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Comares, 1998; Rodolfo ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005.

II. Evolución histórica del reconocimiento de los derechos sociales

Históricamente se pueden citar como antecedentes de los derechos sociales los arts. 17, 21 y 22 del proyecto de la Constitución Francesa Republicana del 24 de junio de 1793 que hacían referencia al derecho a la instrucción, la asistencia social y el trabajo “*sin que se lograra la consagración como derechos públicos*”⁴.

Igualmente se cita el Preámbulo de la Constitución francesa del 4 de noviembre de 1848 que incorporó algunos derechos sociales.

Pero la Constitución política de los Estados Unidos de México de 1917 reconoció y estableció en los arts. 3º, 5º, 27 y 123, las garantías sociales como el derecho a la educación, la libertad de empleo, el derecho de propiedad incluyendo la propiedad ejidal y comunal y, en materia laboral, una amplia protección de los derechos del trabajador.

Respecto de la Constitución de Weimar de 1919 el profesor Óscar Rodríguez Olvera⁵ dice: “*La transformación del contenido constitucional europeo se inicia con la Constitución de Weimar en 1919; así se amplía éste y surge el denominado derecho constitucional económico como conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico y se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social; es decir, se institucionaliza el Estado social, el cual constituye un nuevo compromiso de los órganos del Estado hacia la extensión del bienestar social*”.

Los derechos sociales fueron invocados en el art. 427 del Tratado de Versalles de 1919, incluido en su Parte XIII que creó la Organización Internacional del Trabajo que ha adoptado numerosas convenciones y recomendaciones en materia de derechos prestacionales.

Luego vino la Carta de Naciones Unidas que reconoció los derechos humanos y libertades fundamentales (arts. 1º, 3º, 13, 1, b; 55, c; 56; 62, 2 y 68).

⁴ A. TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos*, 3ª ed., Madrid, 1982, pág. 371.

⁵ Óscar RODRÍGUEZ OLVERA, ob. cit., pág. 20.

Hay que citar que en abril de 1948, la IX Conferencia Internacional Americana adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que reconoció derechos sociales, económicos y culturales (arts. XI, XII, XIII, XIV y XVI), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y la Carta de Bogotá que fundó la Organización de Estados Americanos.

Asimismo, hay que mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que acogió el concepto integral de derechos humanos (Preámbulo, párrafos 2 y 4 y arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28).

En la evolución de los derechos sociales hay que mencionar la Carta Social Europea de 1961, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Protocolo de Buenos Aires que modificó la Carta de Bogotá de 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 26), los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos (arts. 15, 16, 17 y 18).

Asimismo, hay que hacer referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

Puede decirse que la evolución de los derechos sociales empieza con su reconocimiento a nivel constitucional, prosigue con su adopción a nivel internacional en los tratados públicos, y la evolución tiende a su reconocimiento como derechos fundamentales que todavía ni se ha logrado pero existe ya una tendencia en este sentido que poco a poco va siendo aceptada.

En cuanto al concepto de derechos sociales podemos aceptar la definición dada por el tratadista Óscar Rodríguez Olvera ⁶ quien expresa que: *“Los derechos sociales son aquellos derechos que forman parte de la autoconciencia constitucional que subyacen elementos extra y meta normativos, surgidos del concienial y la exigencia socioeconómica hacia un comportamiento dignificador y solidario del Estado y de los particulares, a través de una justa repartición a las libertades socioeconómicas que garanticen la obtención y per-*

⁶ Óscar RODRÍGUEZ OLVERA, ob. cit., pág. 234.

manencia de un piso social básico fortalecedor de la adhesión moral social, así como del telos, espíritu y ratio constitucional”.

El tratadista Gregorio Peces-Barba Martínez ⁷ expresa: “*Partimos de la idea de que la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre, que le diferencia de los demás seres, como su libertad de elección o libertad psicológica (el hombre es el único animal capaz de decir no (Scheller), el lenguaje, la capacidad de razonar y de construir conceptos, etc. El desarrollo de esta dignidad humana ha puesto de relieve en la historia moderna la existencia de dos grandes valores, la libertad y la igualdad, imprescindibles en la vida social para que el hombre pueda desarrollar su moralidad”.*

En todo caso, los derechos fundamentales son derechos subjetivos creados por la norma constitucional, que se imponen incluso al legislador, y que para su protección tienen una tutela jurisdiccional cualificada (amparo o tutela) ⁸.

Por tanto, el fundamento de los derechos humanos en general es la dignidad humana entendida como principio, como valor y como derecho.

Las constituciones de Italia de 1947 y de Alemania de 1949 consagran los derechos como el fundamento esencial de todo el sistema político, por su vinculación directa con el valor de la dignidad de la persona humana.

El constitucionalismo moderno considera que no es suficiente la consideración del derecho fundamental como interés jurídicamente protegido que es la vieja teoría del derecho subjetivo. Esta teoría, según lo expresan Pablo Pérez Tremps y Miguel Revenga Sánchez ⁹ “*no permite captar la dimensión de los derechos como elementos que cualifican y otorgan*

⁷ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 340.

⁸ Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

⁹ Pablo PÉREZ TREMPs y Miguel REVENGA SÁNCHEZ, “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España” en la obra *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 19.

un determinado sesgo al entero sistema político. Y ese valor de los derechos, al que es común referirse como dimensión objetiva de ellos, resulta decisiva tanto en el plano dogmático, para dar cuenta de los cambios producidos con respecto a una situación en la que aún prevalecían construcciones de impronta iusprivatista, como a efectos prácticos, en el sentido de ofrecer ciertas pautas para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales". Este nuevo sentido se pone de manifiesto en el art. 10.1 de la Constitución española de 1978 que dice: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social".

En materia de derechos constitucionales se acepta la reserva genérica de ley que excluye el desarrollo de éstos mediante normas de origen gubernamental y el que el legislador al desarrollar los derechos debe ser respetuoso de su contenido esencial.

La vinculación a la Constitución y específicamente a los derechos constitucionales y fundamentales se postula frente a todos los poderes públicos y especialmente a los jueces, y están garantizados bajo la tutela efectiva de éstos.

Asimismo, la interpretación constitucional ha aceptado los principios de la "fuerza expansiva" de los derechos fundamentales, el principio *pro libertate*, la interpretación del ordenamiento de acuerdo con los derechos fundamentales, la favorabilidad, la teoría del bloque de constitucionalidad etc..

III. Los derechos sociales como derechos subjetivos

Por derecho subjetivo se entiende el poder reconocido a una persona por una norma jurídica para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de una obligación jurídica.

El tratadista Luigi Ferrajoli ¹⁰ señala a los derechos fundamentales como "*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden uni-*

¹⁰ Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 19.

versalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar". Asimismo, entiende por derecho subjetivo *"cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídico positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/ o autor de los actos que son ejercicio de éstas"*.

El profesor Rodolfo Arango ¹¹ demuestra en un libro reciente que los derechos sociales son fundamentales demostrando que tiene todas las características de los derechos subjetivos.

En cuanto a los titulares dice que son los individuos y no los colectivos por cuanto siempre se ejercen de manera individual. Además, expresa que *"la titularidad colectiva de derechos sociales fundamentales es irreconciliable con los principios de la autonomía y la dignidad humanas"*.

La obligación de los derechos sociales recae sobre el Estado y no en un individuo particular. Dice que *"El motivo principal para esto es que las obligaciones positivas generales, correlativas a los derechos sociales fundamentales, no deben recaer en cabeza de particulares concretos por razones prácticas y morales"*.

Con respecto al objeto de los derechos sociales fundamentales sólo entran en consideración las acciones positivas fácticas del Estado.

La razón según el autor citado *"es que las acciones positivas jurídicas son objeto de los derechos a la protección y la organización, y las acciones negativas son objeto de la libertad general de acción o del derecho a la igualdad y no pueden verse como parte del objeto de los derechos sociales fundamentales"*.

Por tanto, según Rodolfo Arango ¹² los *"derechos sociales fundamentales son derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas"*.

Este autor toma el derecho subjetivo como fundamento de los derechos sociales y resume su tesis en los siguientes términos: *"Una perso-*

¹¹ Rodolfo ARANGO, ob. cit., 1ª ed., pág. 113.

¹² Rodolfo ARANGO, ob. cit., pág. 113.

*na tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona”*¹³.

Si bien esta teoría está bien elaborada, sin embargo no ha sido aceptada por quienes sostienen que se trata de programas o políticas públicas que los Estados atienden según su presupuesto pero que no tienen la calidad de derechos subjetivos exigibles del Estado. Por esta razón, es necesario profundizar en esta polémica.

IV. Doctrina tradicional y nueva concepción respecto a la naturaleza y justiciabilidad de los derechos sociales

Esta nueva concepción de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos se opone al tradicional concepto que los consideraba como aspiraciones políticas que no tenían el carácter de obligaciones jurídicas para el Estado.

La tradicional distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se fundamentaba en que la primera categoría de derechos implican el nacimiento de obligaciones negativas o de abstención, mientras la segunda clase de derechos dan origen a obligaciones positivas que en la mayoría de los casos se solucionan con recursos del erario público. En el primer caso se trata de verdaderos derechos mientras que en el segundo caso se trata de brindar prestaciones positivas como proveer la salud, asegurar la educación, tener derecho a la vivienda, etc..

Estas distinciones, según Víctor Abramovich y Christian Courtis¹⁴ *“están basadas sobre una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”*.

¹³ Rodolfo ARANGO, ob. cit., pág. 346.

¹⁴ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, ob. cit., pág. 23.

Ahora bien estos autores refutan la doctrina tradicional con estos argumentos:

La distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales sobre la base de que existen obligaciones negativas y positivas es relativa por cuanto “existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos”. Explican esta afirmación así: “la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a “naturalizar” esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Agregan que la cara visible de los derechos económicos, sociales y culturales los ve como “derechos-pres-tación”. Sin embargo explican que *“no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente”*¹⁵.

Por tanto, los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser caracterizados como conjunto de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque prevalecen las obligaciones positivas.

En cuanto a la exigibilidad, anotan estos autores que *“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen al menos un aspecto que resulta claramente exigible judicialmente”*.

¹⁵ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, ob. cit., pág. 25.

Esta argumentación está acorde con la interdependencia entre ambas categorías de derechos que ha sido sostenida en el campo del derecho internacional.

Por esta razón y ante las dificultades que trae la tradicional clasificación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, algunos autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide¹⁶ establecen cuatro niveles de obligaciones en relación con los derechos: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho respectivo. Una clasificación similar ha sido realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El problema de la justiciabilidad se entiende como la posibilidad de reclamar ante un juez el cumplimiento de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho. Dicen Abramovich y Courtis¹⁷ que *“Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es éste quizá el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de normas que consagran los derechos, cuanto en la elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”*.

La Constitución de Sudáfrica de 1996 contiene una enumeración amplia de los derechos económicos, sociales y culturales, y una garantía explícita de justiciabilidad de sus violaciones.

El tratadista Luigi Ferrajoli en el Prólogo al libro de Abramovich y Courtis¹⁸ sostiene que los derechos sociales: *“Ciertamente son justiciables, es decir, sancionables o al menos reparables, ante todo, los comportamientos lesivos de tales derechos: por ejemplo, la contaminación atmosférica, que viola el derecho a la salud; o el despido injustificado que viola el derecho al trabajo; o la discriminación por razones de credo o nacionalidad, que viola el derecho a la edu-*

¹⁶ Citados por ABRAMOVICH y COURTIS, ob. cit., págs. 27 y 28.

¹⁷ ABRAMOVICH y COURTIS, ob. cit., pág. 38.

¹⁸ ABRAMOVICH y COURTIS, ob. cit., pág. 10.

cación. Pero también son o pueden tornarse justiciables las violaciones de los mismos derechos consistentes en omisiones, es decir, en falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayor parte de los casos”.

El tratadista Alexy¹⁹ propone un modelo de derechos fundamentales sociales o derecho a prestaciones en sentido estricto, sin pretender señalar cuáles derechos fundamentales tiene el individuo, sino cuáles puede tener y qué es lo que interesa en cuestión de su existencia y su contenido. Expresa que *“Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, el derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y educación se hace permanentemente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”.*

La existencia de derechos fundamentales, según Alexy, se subordina a estas condiciones: *“1. Si lo exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica; 2. Si se contempla el principio de la división de poderes y el de democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) y, 3. Si los principios materiales opuestos son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel standard mínimo de asistencia médica”*²⁰.

Es decir, Alexy sostiene que la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que una persona posee definitivamente es una cuestión de ponderación entre principios. Por un lado está el prin-

¹⁹ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 147.

²⁰ Juan Antonio CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 76

cipio de competencia del legislador en estas materias y el principio de la división de poderes, y por el otro, el principio de la libertad fáctica ²¹.

Alexy clasifica los derechos en tres tipos: derechos a algo, libertades y competencias. Los derechos a algo a los cuales nos limitamos, los divide en: a) derechos a acciones negativas o derechos de defensa, y b) derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones. A su vez, los derechos a prestaciones en sentido amplio los divide Alexy en tres grupos: 1) derechos a protección; 2) derechos a organización y procedimiento, y 3) derechos a prestaciones en sentido estricto.

En cuanto a los derechos a prestaciones en sentido estricto los define como “*derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares. Cuando hablamos de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, el derecho a la previsión, el trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a prestaciones en sentido estricto*” ²².

Esta dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, o sea se trata de un problema de redistribución.

Refiriéndose a la Constitución alemana que bajo el rótulo de “Derechos sociales fundamentales” contempla normas de diverso tipo, propone una distinción usando tres criterios: a) que las normas pueden conferir derechos subjetivos o ser normas que sólo obliguen al Estado objetivamente a través de la imposición de obligaciones; b) que puedan ser normas vinculantes o no vinculantes lo cual indica que se pueden hacer valer ante una autoridad judicial, y c) que las normas puedan fundamentar derechos y deberes definitivos o *prima facie*, esto es, que puedan ser reglas o principios en sentido amplio.

Desde luego, la protección más fuerte reside en las normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos a prestaciones.

Hay que tener en cuenta, como lo advierte Juan Antonio Cruz Parceró, “*el conjunto de obligaciones que involucra un derecho calificado*”

²¹ Robert ALEXY, ob. cit., págs. 494-495.

²² R. ALEXY, op. cit., pág. 482.

como social no consiste sólo en obligaciones positivas, sino también en algunas obligaciones negativas importantes”.

Explica que *“no hay ningún problema de hacer justiciables aquellos aspectos de un derecho social (o de cualquier otro tipo) que esté protegido o reconocido a través de reglas de acción. Cuando una regla de acción ordena realizar una conducta específica, es relativamente sencillo determinar cuándo el destinatario es responsable por incumplimiento. Si una norma ordena pagar impuestos, cualquier conducta culposa o intencional del destinatario que omita pagar impuestos será ya un motivo para imputarle algún grado de responsabilidad (esto sin importar las diversas formas de la acción de pagar impuestos). Si una regla prohíbe expulsar a un niño de una escuela pública, quien lo haga incurrirá en responsabilidad. Tampoco representa mayor problema cuando lo que se vulneran son principios de igualdad ante la ley, procedimientos equitativos y transparentes, etc.”.* El problema consiste en saber si se puede exigir judicialmente el que no se haya cumplido una meta. Existen diversas posibilidades y en cada caso se determinará si el fin determinado puede ser exigible judicialmente. El autor citado expresa ²³ que *“es posible realizar evaluaciones racionales sobre el cumplimiento o no de normas de fin, pero esta evaluación tiene dos pasos, uno respecto a las acciones que se realizan para alcanzar ciertos fines y otro sobre las evaluaciones o ponderación de fines y principios que deben alcanzarse. Respecto al primero no veo razón para que se diga que eso no se puede determinar por un juez; evidentemente, como ocurre en muchos casos jurídicos, se necesitará la consulta a expertos y ello puede ser una razón para dudar de la conveniencia de la intervención judicial, pero si los peritos se usan en otras áreas del derecho, cabe preguntar por qué eso sería inadecuado respecto a los derechos sociales. Otra cuestión que no debe confundirse es la discusión sobre los efectos de una sentencia judicial, si ésta debe ser o no una sentencia aditiva o sólo una sentencia declarativa. En cuanto a las evaluaciones o ponderación de los fines que están en juego, creo*

²³ Juan Antonio CRUZ PARCERO, ob. cit., pág. 99.

que podemos establecer, como hace Alexy, algunas reglas formales, pero ello evidentemente no es suficiente y habrá que aceptar que ese tipo de consideraciones no son fáciles de evaluar y en un sentido importante los principios implicar trasladar el control de esas decisiones a los destinatarios”.

Conforme con lo expuesto, se puede concluir que por lo menos algunos derechos sociales tienen el carácter de justiciables.

V. Fundamento de los derechos sociales

Los derechos sociales tienen por fundamento la dignidad de la persona, el bien común, el logro de la igualdad material, la necesidad de orden económico y social justo, y la justicia social.

El reconocimiento de los derechos sociales es consecuencia de la existencia del Estado social y democrático de derecho ya que su propósito es la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

Se pretende que exista educación, seguridad social, protección a la familia, acceso a la cultura, la ciencia y la técnica, la vivienda digna, la integración de las personas disminuidas físicas, sensoriales y síquicas, la defensa de los consumidores, la protección del medio ambiente, el acceso de los trabajadores a los modos de producción, y una más justa distribución de la renta y la riqueza.

Como lo expresa Enrique Bernalés Ballesteros ²⁴: *“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen por objeto asegurar la protección plena de las personas en tanto que tales, partiendo de la base de que las personas pueden gozar de derechos, libertades y justicia social simultáneamente”.* Luego agrega que: *“A pesar de los importantes progresos realizados desde la creación de las Naciones Unidas en la superación de los problemas de las privaciones que*

²⁴ Enrique BERNALES BALLESTEROS, “Los mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de las Naciones Unidas” en *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Francisco Cortés Rodas y Miguel Giusti, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, pág. 363.

padecen los seres humanos, más de 1.000 millones de personas viven en circunstancias de pobreza extrema, falta de vivienda, hambre y malnutrición, desempleo, analfabetismo y mala salud crónica. Más de 1.500 millones de personas carecen de acceso a agua de beber no contaminada y a instalaciones sanitarias; cerca de 500 millones de niños ni siquiera tienen acceso a la educación primaria; y más de 1.000 millones de adultos no saben leer ni escribir. Esta marginación a escala descomunal, que se produce a pesar del constante crecimiento y desarrollo económico mundial, plantea graves interrogantes no sólo sobre el desarrollo, sino también sobre los derechos humanos básicos”.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recordado que la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana, especialmente en los países en desarrollo, donde tiene manifestaciones graves, tales como el hambre, la enfermedad, la escasez de viviendas, el analfabetismo y la desesperación.

En el 2002, según estudios de la CEPAL, el 44% de la población del continente (aproximadamente 221 millones de personas) vivían en condición de pobreza mientras que el 19,7 % de la población (alrededor de 97 millones) vivían en pobreza extrema.

La pobreza extrema y los altos niveles de desigualdad en la distribución del ingreso, justifican que se otorgue mayor eficacia y aplicación a los derechos económicos, sociales y culturales.

VI. La promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales en las Naciones Unidas y en los tratados internacionales

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 hace especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales. El art. 22 de dicha Declaración dice: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la

organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

La Declaración enuncia el derecho a la seguridad social (art. 22); al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (art. 23.1); a igual salario por trabajo igual (art. 23.2); una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otras medidas de protección social (art. 22.3); a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art. 23.4); al descanso, a disfrutar tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones pagadas (art. 24); a un nivel de vida adecuado (art. 15.1), a que la maternidad y la infancia gocen de cuidados y asistencias especiales, sin que sea posible discriminación entre los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio (art. 25.2); a la educación (art. 26); a tomar parte en la vida cultural de la Comunidad (art. 27.1) y a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden a los autores por sus producciones científicas, literarias o artísticas (art. 27.2). Además, el art. 28 dice que toda persona tiene el “derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivas”²⁵.

2. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General en 1976

El Pacto comienza con la afirmación del derecho a la libre determinación (art. 1º). El párrafo 1 del art. 2º establece las obligaciones de los Estados Partes en esta forma: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que

²⁵ Héctor GROS ESPIELL, ob. cit., págs. 53-54.

disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La Parte III del Pacto (arts. 6-15) enumera los derechos protegidos. Estos derechos son los siguientes: derecho al trabajo (art. 6°); derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7°); derecho a fundar sindicatos, a integrar federaciones o confederaciones sindicales nacionales o internacionales, a que éstas actúen sin obstáculos ni limitaciones, el derecho de huelga (art. 8°); a la seguridad social (art. 9°); derechos de familia (art. 11); al nivel más alto posible de salud física y mental (art. 12); a la educación (arts. 13 y 14); a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y a beneficiarse de los intereses morales y materiales que le corresponda al autor por la producción científica, literaria o artística (art. 15).

El Sistema de protección del Pacto, se concreta en la obligación de remitir informes. Este régimen se basa en la presentación obligatoria de informes al secretario general, que transmitirá copias al Consejo Económico y Social y a los organismos especializados pertinentes (art. 16.2).

El sistema de informes está consagrado en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en la UNESCO.

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La única norma que trae la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el art. 26 que es del siguiente tenor: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Es desafortunado que la Convención no enumeró los derechos económicos, sociales y culturales, ni estableció sistema para su protección.

VII. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”

El Protocolo citado contiene estas disposiciones:

a) La obligación de adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles “a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo” (art. 1°).

b) Obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (art. 2°).

c) Obligación de no discriminación;

d) No admisión de restricciones de derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado (art. 4°). Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo mediante leyes “promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos” (art. 5°).

e) El Protocolo enumera los derechos al trabajo (art. 6°), condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7°), derechos sindicales (art. 8°), derecho a la seguridad social (art. 9°), derecho a la salud (art. 10), derecho a un medio ambiente sano (art. 11), derecho a la alimentación (art. 12), derecho a la educación (art. 13), derecho a los beneficios de la cultura (art. 14), derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15), derechos de la niñez (art. 16), protección de los ancianos (art. 17), y protección de los minusválidos (art. 18).

f) Se establece como medios de protección de los derechos económicos, sociales y culturales el sistema de informes periódicos “respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el Protocolo”. Estos informes se transmiten al secretario general de la Organización de los Estados Americanos quien los transmite al Consejo Interamericano de Desarrollo Integral y copia de los informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los organismos especializados del sistema interamericano. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la si-

tuación de los derechos económicos, sociales y culturales, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un informe especial, según lo considere más apropiado.

VIII. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950

Este Convenio no incluye ningún derecho que pueda estimarse como económico, social o cultural. En cambio, el Protocolo Adicional N° 1 garantiza el derecho de propiedad (art. 1°) y el derecho a la instrucción (art. 2°).

1. Carta Social Europea

La Carta Social Europea es un tratado negociado en el marco del sistema regional del Consejo de Europea, abierto a la firma en Turín el 11 de octubre de 1961. Está en vigor desde 1965. Se ha considerado como el complemento de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Enumera los derechos protegidos (arts. 1° a 19).

Las partes contratantes remitirán al secretario general del Consejo de Europa, en forma que habrá de determinar el Comité de Ministros, un informe bienal sobre la aplicación de las disposiciones de la Parte II de la carta que aquéllas hubieren aceptado (art. 21). Se establecen informes sobre las disposiciones que no hubieren sido aceptadas (art. 22) Estos informes serán examinados por el Comité de Expertos al cual se invitará a las deliberaciones del mismo a la Organización Internacional del Trabajo (arts. 25 y 26).

Los informes de las partes contratantes y las conclusiones del Comité de Expertos se someterán a examen ante el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa (art. 27).

El secretario general del Consejo de Europa remitirá a la Asamblea Consultiva las conclusiones del Comité de Expertos. La Asamblea Consultiva comunicará al Comité de Ministros su opinión sobre dichas conclusiones (art. 28).

Por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en las reuniones, el Comité de Ministros, sobre la base del informe del Subcomité y previa consulta a la Asamblea Consultiva, podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las Partes Contratantes (art. 29).

2. Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y del Gobierno de la Organización de Unidad Africana en junio de 1981.

La Carta garantiza el derecho de propiedad (art. 14); el derecho a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias y a recibir salario por igual trabajo (art. 15); a gozar el mejor estado posible de salud física y mental (art. 16); a la educación, a participar en la cultura de la comunidad, a la promoción y protección de los valores morales y tradicionales de la Comunidad que el Estado debe proteger (art. 17), y a todas las consecuencias que se derivan de la condición de la familia como unidad natural y básica de la sociedad y a la erradicación de toda discriminación contra la mujer (art. 18).

Los arts. 19 a 24 enuncian los derechos de los pueblos y el apartado II (arts. 27-29) enumera los derechos de los individuos.

La Declaración se refiere expresamente a los derechos de la tercera generación como el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

IX. Interpretación internacional del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales

La adopción en el plano internacional de dos pactos refleja la intención de establecer obligaciones de alcance diferente. Mientras el art. 2.2. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra incondicionalmente la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consa-

grados en el Pacto, en el caso del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obligación es de adoptar medidas pero de acuerdo con la disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de la efectividad de los derechos.

Mientras el Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados en el Pacto, este recurso no se establece explícitamente en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La otra diferencia es explicada por Víctor Abramovich y Christian Courtis²⁶, así respecto de los mecanismos de implementación: “El PICDP crea en su parte IV un Comité de Derechos Humanos, que entiende en materia de informes presentados por los Estados (art. 40) y en materia de comunicaciones de Estados parte que aleguen que otro Estado parte no cumple con las obligaciones del Pacto (art. 41 ss). A su vez, el Protocolo Facultativo del PIDCP extiende la legitimación para presentar comunicaciones en las que se aleguen violaciones de derechos enunciados en el Pacto por parte del Estado a los individuos que se hallen bajo la jurisdicción del Estado y que sean víctimas de la violación denunciada (art. 1º del Protocolo). El PIDESC, por su parte, sólo establece, en su parte IV, un sistema de informes, sin prever mecanismos de comunicación de violaciones. Sin embargo, como se verá a continuación, de acuerdo con la opinión de algunos autores la práctica del órgano de aplicación del sistema de informes del PIDESC ha ido eliminando paulatinamente las diferencias entre los mecanismos de ambos instrumentos internacionales”.

A pesar de las diferencias entre ambas clases de derechos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado el sentido de algunos derechos y sus correspondientes obligaciones para los Estados. Esto lo ha realizado mediante la emisión de Observaciones Generales.

Asimismo, hay que mencionar los “Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC”. Este documento fue elaborado por un grupo de expertos reunidos en Maastricht entre el 2 y 6 de junio de 1986 y que fue adoptado por Naciones Unidas (UN Document E/CN.4/1987/17.)

²⁶ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, ob. cit., pág. 66.

Igualmente, entre el 22 y 26 de enero de 1997 otro grupo de expertos elaboró los denominados “Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales”. Estos principios no han sido adoptados por Naciones Unidas pero han sido empleados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al Pacto.

Si bien estos Principios no son obligatorios jurídicamente, sin embargo constituyen interpretaciones de la práctica del órgano de aplicación del Pacto que sirve de guía para los Estados Partes en el mismo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha enumerado como obligaciones genéricas de los Estados en relación con tales derechos las siguientes: a) Obligación de adoptar medidas inmediatas; b) Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; c) Obligación de progresividad, y d) Prohibición de regresividad.

En cuanto a la obligación de adoptar medidas inmediatas hay que considerar que tal garantía se debe ejercer sin discriminación. Un Estado puede violar un derecho por acción y por omisión. El Estado debe adecuar el marco legal para hacerlo compatible con sus obligaciones internacionales. Los Estados deben vigilar el grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, así como brindar recursos judiciales efectivos para la protección de tales derechos.

El Comité ha considerado que existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos los mínimos exigibles de los derechos y en todo caso no retroceder en su protección.

El Comité ha definido el contenido básico de algunos derechos del Pacto como el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación, etc..

El concepto de progresividad abarca dos sentidos complementarios: a) El reconocimiento de que la satisfacción de los derechos supone cierta gradualidad, y b) El sentido de progreso o de mejoría en el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Existe la obligación de no regresividad que impide que el Poder Ejecutivo o el Legislativo adopten normas que deroguen o reduzcan el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población (O. G. N° 3. El Comité ha dicho que demostrada la regresividad por parte del actor, el Estado debe demostrarla estricta necesidad de la medida.

Como lo expresa Enrique Bernal Ballesteros ²⁷: “*Aunque el Comité puede ayudar a aplicar el Pacto desde una perspectiva internacional, en última instancia la eficacia de este instrumento depende de las medidas que adopten los gobiernos para dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones legales internacionales. A este respecto, el Comité ha reconocido la importancia esencial de que los Estados adopten medidas legislativas apropiadas e instituyen recursos legales, lo que implica el verdadero carácter legal de los derechos económicos, sociales y culturales*”.

En cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales el Comité ha afirmado en su Observación General N° 3 (1990: párrafo 5) que: “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”.

A este respecto, el Comité ha expresado que varios artículos del Pacto son de aplicación inmediata; especialmente, el art. 3° (igualdad de aplicación del Pacto a hombres y mujeres), el inc. i del apartado a) del art. 7° (derecho a un salario), el art. 8° (derecho a formar sindicatos), el párrafo 3 del art. 10 (protección del niño y adolescente frente al empleo infantil), el apartado a) del párrafo 2 y los párrafos 3 y 4 del art. 13 (derecho a escoger una educación y la obligatoriedad de la educación primaria) y el párrafo 3 del art. 15 (libertad de investigación científica).

X. Conclusiones

Del anterior trabajo se pueden deducir las siguientes conclusiones:

a) Existe interdependencia e indivisibilidad en el goce de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, esta división de los derechos es relativa y tiende a desaparecer para unificar el concepto de derechos humanos en una sola categoría.

b) No es aceptable la tendencia que considera que los derechos económicos, sociales y culturales no son propiamente derechos. No es acep-

²⁷ Enrique BERNALES BALLESTEROS, ob. cit., pág. 376.

table que a estos derechos les corresponden obligaciones de prestación positiva cuya satisfacción consiste en obligación de hacer cuya violación no es coercible ni justiciable. Sin embargo, en ambas clases de derechos existen obligaciones negativas y positivas y gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales son susceptibles de justiciabilidad especialmente en cuanto en las omisiones.

c) Las Observaciones del Comité de los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituyen interpretaciones que pueden servir de parámetro en materia de normatividad interna ²⁸.

d) Es aceptable la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que sostiene que *per se* los derechos prestacionales o derechos económicos, sociales y culturales, no son constitucionalmente derechos fundamentales protegidos con la acción de tutela sino en conexidad con la violación de alguno de los derechos fundamentales. Pero, ha expresado que algunos derechos sociales tienen el carácter de fundamentales como el derecho a la educación, el derecho a la salud de los menores o de personas en estado de debilidad manifiesta y recientemente aceptó que este derecho tiene el carácter de fundamental en todos los casos, el derecho al mínimo vital, y el derecho a una vivienda digna. Esta evolución debe continuar hasta llegar a la consagración de todos los derechos sociales como fundamentales con la consiguiente exigibilidad por los ciudadanos y vinculación de todos los poderes públicos.

e) En un Estado social de derecho los derechos económicos, sociales y culturales deben tener la misma protección nacional que los derechos civiles y políticos y debe desaparecer esta división que hoy no se justifica. Esto significa que se impone la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales por lo menos respecto de cierta clase de derechos y en cuanto a las omisiones del Estado.

f) El sistema de protección internacional de los derechos civiles y políticos debiera extenderse a los derechos económicos, sociales y culturales por cuanto el sistema de informes no tiene la misma eficacia que el procedimiento previsto para la primera generación de los derechos humanos.

²⁸ Puede consultarse la obra *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

g) Se requiere la adopción del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para que éste pueda ser utilizado por particulares.

h) Para la eliminación de la pobreza absoluta, la desigualdad y la exclusión es necesario que se adopten mecanismos de cooperación internacional para la inversión social con controles para evitar la malversación de fondos. Esta inversión social se logra también estableciendo la exigibilidad y judiciabilidad de algunos derechos sociales como los indicados por el Comité del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

i) El garantismo y el Estado social y democrático del derecho exigen según Ferrajoli ²⁹ tres aspectos: “1) *ante todo, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los privados, tanto nacionales como transnacionales; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también del internacional*”. Esto conduciría según este autor “*a un constitucionalismo social sumado al liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado sumado al de derecho público; y hacia un constitucionalismo internacional, sumado al estatal*”. Para lograr estos propósitos debiera reconocerse plena exigibilidad a los derechos sociales considerándolos como verdaderos derechos subjetivos exigibles mediante recursos judiciales. No es aceptable la teoría de la protección atenuada de los derechos sociales considerándolos como principios rectores de la política social y económica. Los derechos sociales no pueden estar subordinados a exigencias presupuestarias y, por lo menos, los básicos deben ser exigibles judicialmente.

j) El resumen de todo lo dicho consiste en aceptar que la dignidad de la persona humana se logra reconociendo a los derechos prestacionales el carácter de derechos fundamentales, y otorgándoles el recurso de amparo para su protección. Sería la mejor forma de lograr la justicia social y la igualdad material de los seres humanos.

²⁹ FERRAJOLI, ob. cit., pág. 374.

RECEPCIÓN DE LA ACADÉMICA CORRESPONDIENTE EN VENEZUELA, DRA. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Julio Altamira Gigena

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores presidentes honorarios, señores miembros de número, señores miembros correspondientes, señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, me ha designado para que presente a la Sra. Dra. Hildegard Rondón de Sansó, quien se incorpora en el día de la fecha como miembro correspondiente en la República de Venezuela.

No me referiré a su amplio e importante currículum vitae porque ya se lo ha hecho conocer a través de la lectura de la resolución por la cual se la designa, y al que me remito por razones de brevedad.

Sólo haré mención a que la Dra. Rondón de Sansó ha realizado la labor jurídica como abogada porque ha sido asesora del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento, y asesora del Ministro de Educación. Como magistrada porque ha sido juez de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, magistrada de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, y juez del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con sede en la ciudad de Ginebra.

Ha realizado tareas normativas porque es autora de varios proyectos, pudiendo citar el proyecto de Reglamento de la Ley sobre el Derecho de Autor, el proyecto de reforma a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y a la ley del Sistema de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La labor jurídica también la ha ejecutado como docente porque ha sido profesora de la Cátedra de Derecho Público en la Escuela Nacional

de Administración Pública y de la Cátedra de Derecho Administrativo I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Sin duda que todas estas trascendentales actividades le han servido -entre otras cosas- como fuente inagotable de una particular manera de hacer uso de la lengua española, más precisamente del lenguaje propio de los juristas que está estructurado por el vocabulario jurídico, que es el conjunto de vocablos esenciales, unívocos y manejados con rigor, pertenecientes a la ciencia del derecho.

He leído sólo algunos de sus numerosos libros, entre los que puedo mencionar: *Los actos cuasi jurisdiccionales*, publicado en Caracas en 1990, que analiza aquellos actos dictados por la administración pública, en comisiones tripartitas de primera y segunda instancia, que actuando como árbitro, dicta resoluciones que son semejantes en su estructura a la de un fallo judicial, pero en los que la administración no realiza como objetivo esencial, su función de satisfacer en forma práctica los intereses de la comunidad o sus propios intereses, sino que están destinados a declarar ante varios sujetos en conflicto quién tiene la razón.

En la *Teoría general de la actividad administrativa*, publicado en Caracas en 1995, estudia las distintas actividades que realiza la administración pública, como la de dirección, la de ejecución, la de control. Las potestades administrativas, como la reglamentaria, la disciplinaria, la sancionatoria, la revocatoria. Y los principios de legalidad, de discrecionalidad y el de tipicidad o de normatividad.

En *El régimen de los recursos administrativos y del contencioso electoral en la Ley Orgánica del sufragio y participación política*, editado en Caracas en 1999, hace un análisis de los recursos administrativos y de las vías jurisdiccionales previstas en la ley orgánica del sufragio y participación política.

En todos ellos ha utilizado un lenguaje que resulta claro y concreto, con oraciones bien redactadas, que es comprensible para la gran mayoría de los lectores, porque no debemos olvidar que no sólo se escribe para especialistas del derecho, sino también para noveles abogados e incluso para estudiantes de derecho.

Nos encontramos entonces ante una “letrada”, o “jurista” que son adjetivos útiles para calificar de sabio, o docto a una persona, que se incorpora hoy a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba como miembro correspondiente en la República de Venezuela.

Desde hoy ésta es también su casa y nosotros los miembros de esta corporación estamos alegres por este motivo y queremos ser sus amigos.

PLENA SOBERANÍA PETROLERA. EL RÉGIMEN DE HIDROCARBUROS EN VENEZUELA *

por HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

SUMARIO: I Parte. Introducción. II Parte. Plena soberanía petrolera.

I Parte. Introducción

1. La presente exposición está destinada a describir la última y más reciente fase del régimen de los hidrocarburos en Venezuela, denominada “*Plena Soberanía Petrolera*”. El hecho de que se trate de un significativo período histórico nos obliga a reseñar, aun cuando sea en forma muy somera, las etapas que lo precedieron a los fines de determinar el contexto en el cual se insertara.

2. De la exposición que vamos a efectuar se pondrá de manifiesto el efecto dramático que produjo la conversión de Venezuela en un país exportador de petróleo, cuando sólo había sido una simple Capitanía General en el gran imperio colonial español que, si bien, adquirió independencia política, no así el desarrollo económico. El señalado contraste ha hecho surgir dos diferentes posturas sobre la valoración que le corresponde a este hecho que transformó el país y a las consecuencias que produjo. La una está representada por la *leyenda negra del petróleo*; la otra, constituida por la *leyenda dorada*. Es decir que de la misma forma en

* Discurso de recepción como académica correspondiente en Venezuela, pronunciado el 14 de octubre de 2008.

que se explica y justifica la colonización española en América a través de una tesis optimista y una pesimista, así también en materia de la llamada “civilización del petróleo”, hay dos lecturas diferentes y contrastantes.

La leyenda negra del petróleo estima que: “*todas las aberraciones, todos los trastornos, todas las frustraciones que han ocurrido y acontecen en la Venezuela contemporánea, pueden ser considerados, con pocas exclusiones, como derivación directa o indirecta del apogeo del subsuelo. Como riqueza enajenante y alienada, como causa y expresión del desgaste económico interno, el petróleo engendra las rémoras del crecimiento subordinado, a la vez que envilece las formas de la vida nacional verdadera*”¹.

Esta tesis que rechaza ventaja alguna para Venezuela en lo que podemos denominar la economía del petróleo, vetan sólo en lo acaecido, la situación de una nación con grandes recursos que fuera sometida a la expoliación de sus riquezas. Las compañías multinacionales extranjeras que actuaron como concesionarias son representadas en forma negativa desde todos los ángulos. Así: se estima que en su gestión de concesionarias actuaron sólo para obtener la multiplicación vertiginosa de sus capitales, siendo por ello beneficiarias de utilidades que se apresuraron a transferir a sus países de origen. Recurrieron constantemente a todas las formas de defraudación tributaria, elaborando balances mediante artificios y fraudes. Conquistaron la complicidad de la burguesía local y, a través de ella, lograron que el estatuto constitucional legalizara sus actuaciones y que el poder público renunciara a hacer valer la violación de sus derechos. Toda denuncia que se hiciera en su contra, fue declarada sin lugar y no hubo indemnización ni resarcimiento de las incautaciones efectuadas.

Con respecto a la “leyenda dorada”, al petróleo le es atribuida una imagen activa y generosa, que se manifiesta en el hecho de constituir la base del enriquecimiento y modernización del país. Esta postura estima que el mantenimiento de la actividad nacional no puede concebirse sin las rentas provenientes de la producción del mineral combustible, tomando para sí la ideología del *fatalismo* que las compañías transnacionales sembraron. Ese fatalismo es en el sentido de que Venezuela detentaba una

(1) Héctor MALAVÉ MATA, Prólogo al libro *La economía minera y petrolera de Venezuela*, de Salvador DE LA PLAZA, Caracas, 1973.

realidad tal, que no tenía otra alternativa que continuar bajo la explotación de las empresas transnacionales. Se señalaba que nuestro país no tenía los recursos y capacidades para hacer por sí misma una explotación productiva en el ámbito petrolero, desconociendo el manejo de los mercados en los cuales habría de colocarse. De allí que califique cualquier manifestación venezolana de gestión autónoma sobre sus recursos como un salto al vacío.

3. Por lo que atañe a los distintos hitos históricos por los cuales atravesó el régimen de los hidrocarburos, puede distinguirse un primer período que va desde la época precolombina, de la cual se nos ofrecen pocas informaciones con respecto a la utilización de los minerales, hasta la independencia de Venezuela. En la etapa primigenia sólo se reseña que nuestros indígenas aprovechaban el producto de los “*manaderos*” asfálticos naturales, especialmente en la región del Lago de Maracaibo. Realizaban el calafateo de sus piraguas, esto es, impermeabilizaban sus naves con el petróleo que surgía espontáneamente de la tierra.

La normativa colonial española que comenzó a aplicarse en la materia, presenta dos etapas: La *primera*, en la cual se acogen las disposiciones dictadas en general por España para los yacimientos existentes en su territorio; y la *segunda*, que contempla normas específicas para las nuevas tierras descubiertas. Entre las disposiciones del primer grupo se encuentra el Fuero Viejo de Castilla, que data de 1128, en el cual se establece que pertenecen al Monarca las minas que se encuentren en el Señorío del Rey. Otro texto importante es el de las Partidas de Alfonso X, El Sabio, de 1256, para las cuales las minas eran del Rey, si estaban en su Señorío, y de los particulares, cuando se encontraran en tierras del dominio privado. En el mismo orden cronológico se encuentra el Ordenamiento de Alcalá del siglo XIV (1348), que reproduce las disposiciones anteriores, con la innovación de que agrega la figura de las salinas, incorporándolas al patrimonio real, siendo instituidas por las Ordenanzas de Birbiesca, dadas por Juan I, a fines del siglo XIV (138), las cuales reservaban a la Corona el dominio de las minas y autorizaban a buscarlas sin licencia, en tierras del dominio real, y con licencia de sus dueños, en “*heredades de otros*”. Luego están las Ordenanzas Reales de Castilla, dadas por Fernando e Isabel la Católica, que reproducen a las Ordenanzas de Birbiesca.

La segunda etapa, que cabe dentro de este *primer período*, es la de las disposiciones dictadas por la Metrópoli especialmente para las colonias, que fueron al efecto: *Las Ordenanzas del Virrey Toledo*, expedidas en la ciudad de La Plata (Chuquisaca) en 1574. Estas ordenanzas, que fueron dictadas en un principio para las Minas de Potosí, se extendieron a todos los dominios de América del Sur y, significaron un estudio cuidadoso de las necesidades y experiencias locales. *Las Ordenanzas de San Lorenzo*, puestas en vigencia el 22 de agosto de 1584, por el Rey Felipe II, establecían que las minas de oro, plata, azogue y otros metales se incorporaron al patrimonio real, por lo cual nadie podía trabajar en ellas ni beneficiarse de las mismas sin obtener una licencia del Rey y pagar una regalía. *Las Ordenanzas de Minería para la Nueva España*, dictadas el 22 de mayo de 1783, promulgadas en Aranjuez por el Rey Carlos III, tuvieron la particularidad de ser reguladoras por igual de las minas metálicas y de las no metálicas, por lo cual recaían sobre las de piedras preciosas, las de cobre, plomo, estaño, salgema y cualesquiera otros fósiles, ya fuesen metales perfectos o medio minerales, bitúmenes o “jugos de la tierra”.

4. La etapa inmediata posterior está constituida, por la aplicación de normas autóctonas en los primeros tiempos de la vida republicana, la primera de las cuales es el *Decreto de Minería de El Libertador del 24 de octubre de 1829*. La normativa dictada por Simón Bolívar se denomina “*Decreto de El Libertador Simón Bolívar sobre Conservación y Propiedad de las Minas contra cualquier ataque y contra la facilidad de turbarla o perderla*”.

Al disolverse la Gran Colombia, fue promulgada la ley del 29 de abril de 1832, en virtud de la cual el régimen relativo a las minas, sería el de las Ordenanzas de Minería para la Nueva España, reformadas por el decreto de 1829 de El Libertador. Este sistema estuvo en vigor hasta 1854, fecha de la promulgación del primer Código de Minas venezolano. Múltiples fueron las normas dictadas a partir de la separación de Venezuela de la Gran Colombia en 1830, así: el Código de Minas, del 15 de marzo de 1854, recopilación sistemática de las normas referentes a la materia, vigente hasta que la Constitución del 13 de abril de 1864 estableció el **federalismo** en Venezuela, adjudicándole a los estados la propiedad originaria de los yacimientos situados en su territorio. Otras normas fueron: El Código de 1891 que introdujo el principio de *indivisibilidad de las minas*; el Código

de 1893, que estableció el régimen de las concesiones perpetuas y los códigos de 1904, 1905, 1909, 1910, 1915 y 1918.

5. La primera ley de hidrocarburos y demás minerales combustibles fue dictada el 19 de junio de 1920, la cual no tuvo buena recepción en el ámbito de los concesionarios que eran al efecto en su gran mayoría compañías petroleras norteamericanas. De allí que fue reformada en 1921 para favorecer a los señalados intereses y nuevamente se redactó en 1922, una ley a la medida de los detentados por dichas concesionarias.

En diciembre de 1935 a la muerte del dictador Juan Vicente Gómez, surgió un movimiento de repudio hacia las compañías transnacionales, y es así como en 1936 se inicia un período legislativo tutelar de los intereses patrios, como lo revela la ley de 1938 y la del 13 de marzo de 1943, con la cual se procedió a revisar la política petrolera.

6. A partir de 1970 se asientan las bases de una visión nacionalista que se manifestó a través de las siguientes decisiones: la reforma del impuesto sobre la renta a los fines de aumentar el correspondiente a los ingresos netos petroleros; la fijación por parte del Estado de los precios de exportación del petróleo venezolano; la promulgación de la ley sobre bienes afectos a reversión en las concesiones de hidrocarburos, sancionada en 1971; la ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural, del 26 de agosto de 1971; y, la Ley que Reserva al Estado el Mercado Interno de los Hidrocarburos de 1973. Sancionada la antes citada ley de bienes afectos a reversión de 1971, comenzó a tomar cuerpo la idea de la nacionalización del petróleo.

7. La nacionalización de los hidrocarburos se produce con la ley orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, llamada simplemente ley de nacionalización, o bien, designada LOREICH por sus siglas, publicada el 29 de agosto de 1975. El objetivo fundamental de la ley era reservar al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo referente a la *exploración* del territorio venezolano en la búsqueda de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; la *explotación* de yacimientos; la *manufactura o refinación*; el *transporte* por vías especiales y el *almacenamiento*; el *comercio interior y exterior* de las sustancias explotadas y refinadas y *las obras* que su manejo requiriese-

se en los términos señalados en la misma ley. Las concesiones petroleras que habían sido otorgadas por el Ejecutivo Nacional quedaban efectivamente extinguidas a partir del 31 de diciembre de 1975. El comercio exterior de los hidrocarburos, tal como en la ley se establecía, quedaba bajo la gestión y el control exclusivo del Estado para su ejercicio directo por medio del Ejecutivo o a través de entes estatales creados o que se crearen a tal efecto. El art. 5° de la ley, que fue el más discutido en el debate parlamentario, contemplaba que el Estado ejercería las actividades de exploración, explotación, manufactura o refinación y transporte, directamente por medio del Ejecutivo Nacional o entes de su propiedad, pudiendo celebrar los *convenios operativos* necesarios para la mejor realización de sus funciones. Igualmente, en casos especiales, y cuando así conviniera al interés público, el Ejecutivo o los entes de su propiedad podían, en el ejercicio de las actividades señaladas, establecer *convenios de asociación* con entes privados, con una participación que garantizara el control por parte del Estado y con una duración expresamente determinada.

Para llevar adelante la gestión petrolera es creada Petróleos de Venezuela, S.A., mediante el decr. 1123 del 30 de agosto de 1975, como una empresa estatal, bajo la forma de sociedad anónima, destinada a cumplir y ejecutar la política que, en materia de hidrocarburos, dictase el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, en las actividades que les fuesen encomendadas. Se procedió igualmente a la creación de sus filiales que fue en número de catorce, las cuales no eran otra cosa que las viejas concesionarias privadas (así, la Creole Petroleum Corporation pasó a llamarse Lagoven; la Shell, Maraven; la Mobil, Llanoven y así otras diez filiales más). La alta gerencia de las compañías transnacionales, pasó a constituir los equipos directivos de estas “*nuevas*” filiales y los equipos técnicos profesionales se mantuvieron inalterados. Se argumentó al efecto que la nacionalización no debía producir alteraciones en la actividad operativa diaria, alegándose que el Estado venezolano desconocía los procesos de comercialización internacional del petróleo, y no contaba con la tecnología apropiada para garantizar que la industria siguiera operando con la misma eficiencia.

8. Llegamos así al período de la *post nacionalización y a la apertura petrolera* que podemos ubicar desde la nacionalización en 1975 hasta el Acuerdo del Congreso de la República del 04 de julio de 1995 que autorizó los Convenios de Asociación para exploración a riesgo de nue-

vas áreas y la explotación de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas y a lo que fuera consecuencia del mismo.

En el lapso señalado, se aprecia cómo en 1989, Carlos Andrés Pérez al asumir su segundo mandato, siguió la propuesta del equipo económico que lo asesoraba, de clara tendencia neoliberal e impuso el llamado “*paquete*”, que era la receta del Fondo Monetario Internacional”, el cual dio lugar a una explosión social cuya manifestación más relevante fue “*El caracazo*”².

El 4 de febrero de 1992 se produce en Venezuela un intento de golpe de Estado, originado por el deterioro de las condiciones económicas de su población. El propio ex presidente de la República, Rafael Caldera, justificó la motivación del golpe, postura ésta que le valió el triunfo en las elecciones que se celebraron casi de inmediato, e inició así su segundo mandato en 1994. La debilidad del fisco nacional y la crisis bancaria obligan a una nueva macro-devaluación que, lleva a un grupo que se había consolidado en PDVSA, que se denominaba a sí mismo como *meritocracia*, a presentar la puesta en acto de la política llamada *Apertura Petrolera*, destinada a la conquista de nuevos mercados y a la promesa de convertir en productiva la economía venezolana.

En efecto, la denominación apertura petrolera fue dada a la tesis seguida durante la década de los ‘90, por los órganos del Estado competentes en materia de hidrocarburos, mediante la cual se intentó desmontar sistemáticamente el concepto estricto de la “*reserva*” contenida en la ley de nacionalización, mediante la interpretación amplia y fuera de contexto de lo dispuesto en su art. 5°. Esta política estaba propiciada por la acción de Petróleos de Venezuela de “*abrir*” la industria petrolera a la inversión extranjera. Con la apertura PDVSA va a tratar de incentivar las ventas y permitir el acceso a la producción a las empresas multinacionales petroleras, utilizando, según su lenguaje, las siguientes vías:

(2) El *caracazo* o *sacudón* se inició el 27 de febrero de 1989 por las manifestaciones de protesta de la población contra el aumento del precio de la gasolina, lo cual fue seguido de saqueos contra supermercados, abastos y otros establecimientos comerciales. El ejército y la guardia nacional reprimieron duramente a los manifestantes. El nombre del hecho histórico (“*caracazo*”) le fue atribuido porque fue Caracas la ciudad en la cual se agudizaron los hechos, aun cuando los mismos se originaron en Guarenas, ciudad cercana a ella. La expresión (“*azo*”) recuerda a otro hecho ocurrido muchos años antes en Colombia: “el bogotazo”.

a. Celebrar *contratos operativos* con inversionistas privados para la reactivación de pozos viejos e improductivos, a cambio de una tarifa pagadera por barril producido.

b. Subastar entre inversionistas nacionales y extranjeros el derecho de explorar y explotar posibles reservas de crudos ligeros y medianos con base en convenios de asociación a riesgo y ganancias compartidas. De acuerdo con este esquema, la parte privada cargaba con el riesgo de la exploración y la Corporación Venezolana de Petróleo (CVP), que era el organismo venezolano que entraba en la contratación, sólo podía participar en un 35% de la producción, en caso de un descubrimiento comercial.

c. Invitar a compañías extranjeras a participar en las llamadas asociaciones estratégicas con las compañías operativas, primordialmente, para producir y mejorar crudo extrapesado en la Faja Petrolífera del Orinoco. Al efecto, como primer paso, para incentivar el interés de los inversionistas en proyectos de crudo extrapesado, en la Faja Petrolífera del Orinoco, la República de Venezuela promulgó, en agosto de 1991, la ley de reforma parcial de la ley de impuesto sobre la renta, la cual redujo de 67,7% a 30% la tasa del impuesto sobre la renta aplicable a los ingresos derivados de nuevas explotaciones y refinanciamiento de crudo pesado y extrapesado.

En general, el objetivo era flexibilizar los esquemas de la nacionalización petrolera para abrir la exploración y explotación de los hidrocarburos a empresas que operasen bajo el esquema de ganancias compartidas o bien, de las asociaciones estratégicas.

La apertura petrolera se va a caracterizar por las siguientes actuaciones: el cambio del patrón de refinación; la internacionalización y la exploración agresiva

En lo que atañe a la refinación, las refinerías instaladas en el país no eran acordes con el tipo de crudo que predominaba en Venezuela, por lo cual PDVSA procedió a adquirir refinerías en el exterior para procesar los crudos pesados.

Con respecto a la internacionalización, se trató de una postura destinada a invertir parte de los recursos de PDVSA en el exterior. PDVSA asumió así el papel de una empresa representante de la globalización, tomando como slogan la expresión de "*corporación energética global*", con la cual quería colocarse como el ente de avanzada del proceso de globalización, que fue la máxima expresión de la

transnacionalización. Fue así como se vanagloriaba de sus “*buenos negocios*” que radicaban en su política de reducción al máximo de la contribución fiscal nacional y minimizar el valor del recurso natural. Asimismo, prefería pagar los impuestos en el extranjero, fundada en el criterio de que eran menores fuera de Venezuela, pero olvidándose que su entidad no era la de una simple empresa privada, sino que constituía la empresa petrolera del Estado venezolano.

La llamada “*meritocracia petrolera*”, como se autodenominaba la alta gerencia de PDVSA, adoptó como seguro camino transitable, la concepción ideológica del poder mundial, que se erige sobre los siguientes valores: la competitividad; la racionalidad económica; la teología del mercado; los incentivos, privilegios y seguridades otorgados en la forma más absoluta a los inversionistas extranjeros y la apertura de la economía al capital extranjero sin límite alguno ³.

El *segundo paso de la internacionalización* se produjo con las adquisiciones que se hicieron en los Estados Unidos de instalaciones petroleras, iniciándose con la efectuada en forma parcial, del sistema de refinación de Citgo ⁴, que luego versó sobre su totalidad. Entre 1986 y 1988 Petróleos de Venezuela adquirió 8 refinerías, con una inversión que sumaría 4,5 millardos de dólares y una masiva transferencia de capital hacia el exterior, precisamente, cuando la economía venezolana entraba en una de sus mayores crisis, producida por el colapso de los precios del petróleo, la desinversión, la deuda externa y la fuga de capitales.

(3) En tal sentido, Gastón PARRA LUZARDO, obra citada.

(4) Fundada en 1965 por una empresa local, fue comprada por la Corporación Southland, que vendió el 50% al Estado venezolano en 1986 y, el restante 50%, en 1990. Tiene su sede central en la ciudad de Houston, Texas, y es dueña de unas 14.000 estaciones de servicio bajo una de sus filiales, de 9 refinerías, seis de las cuales con inversión mixta y, de unos 55 terminales de almacenamiento y distribución. La compañía tiene sus antecedentes a comienzos del siglo XX, cuando el inversionista petrolero Henry Latham Doherty, luego de tener éxito en el campo del gas y la electricidad, crea su propia organización en 1910, la *Cities Service Company*, con el fin de suplir gas y electricidad a pequeños servicios públicos. Comenzó adquiriendo las producciones de gas en el centro y suroeste del país. La compañía fue creciendo y desarrollando infraestructuras entre las que se cuenta un *gasoducto* para explotar una docena de campos de gas.

En 1965, *Cities Service* comenzó a usar el nombre “*Citgo*” para sus negocios de refinación, comercialización y venta detallada de petróleo.

El proceso de internacionalización se estructuró sobre un sistema complejo de más de 70 empresas, con una conformación organizativa, contable y financiera, diseñada para evadir el control del Estado venezolano sobre tales inversiones, al punto de que le era imposible a éste conocer los estados auditados, el manejo de los dividendos, el pago de impuestos o endeudamiento, gracias al férreo “*velo corporativo*”⁵ a lo cual podría llamarse como “*La Caja Negra de PDVSA*”.

Es obvio que la internacionalización contribuyó a una mayor utilización de la fuerza de trabajo en los países extranjeros con los cuales nos asociamos y, en general, restó posibilidad de un mayor valor agregado en el nuestro. En este sentido, la evolución de las relaciones intersectoriales del proceso productivo reflejado a través de la demanda intermedia del modelo de insumo productivo, da la imagen exacta de la escasa industrialización en el país.

La estrategia desnacionalizadora fue apoyada por un “*aliado inesperado*”, constituido por la propia empresa nacional PDVSA, la cual fue desmontando la tradicional política petrolera hasta confrontarse de manera abierta y violenta con el Estado venezolano. Fue así como en abril de 2002 el tren ejecutivo de PDVSA patrocinó o apoyó un golpe de estado militar; y entre diciembre de 2002 y enero de 2003, promovió un segundo golpe de Estado, esta vez económico, destinado a producir la paralización de las exportaciones petroleras. Después de ocasionar daños y pérdidas por más de 14.700 M de US\$ a nuestra industria petrolera, ese tren ejecutivo fracasó y sus miembros perdieron todas las posiciones que detentaban dentro de la empresa nacional. En tal forma, en 2003, el Estado venezolano recuperó su control.

(5) El descorrimiento o revelación del velo societario es una figura novedosa en el derecho, con la cual se identifica al proceso destinado a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, de las diferentes empresas, corporaciones o grupos que están real y efectivamente vinculadas entre sí, aunque conformen desde el punto de vista formal, sujetos diferentes, se desarrollen actividades que perjudican a terceros vinculados con algún tipo de contrato. Para llegar a ese punto, se ha creado la teoría del “*grupo de sociedades*” -también llamada del *alter ego* o del rasgado o descorrimiento del velo societario (*piercing the corporate veil*) o, por último, como la teoría del disregard-, que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria.

Se dice que PDVSA fue objeto de lo que los anglosajones denominan “*agency capturin*” (estrategia de captura) por parte de ciertos países consumidores y compañías petroleras internacionales y por ello trató de convertirse en una “*corporación energética global*”, para beneficio único del consumidor en los países desarrollados, identificándose ideológicamente con su pensamiento.

La apertura petrolera tuvo su máxima manifestación en la celebración de *convenios de asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas*. Estos convenios fueron aprobados mediante el antes aludido Acuerdo del Congreso de la República, de fecha 4 de julio de 1995, el cual creó un fuerte debate en el seno del Congreso de la República e, incluso, una vez aprobado, fue impugnado ante la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia.

9. Con la Constitución de 1999 y la ley de hidrocarburos de 2001, se inicia una política de afirmación del nacionalismo que llevará al desmontaje de los convenios operativos y de los convenios de asociación, cuyo momento culminante fue la extinción de estos últimos que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco.

La Faja Petrolífera del Orinoco fue denominada “*Faja Bituminosa del Orinoco*”, designación esta última rechazada de plano por Venezuela al considerar que con ella se minimizaba el valor que posee la zona, donde radican las mayores reservas mundiales de hidrocarburos. Al utilizarse la denominación de “*Faja Bituminosa*”, se estaba sugiriendo que las reservas existentes en ella no eran de petróleo, sino de “bitumen”, una sustancia que, al no ser rentable, podía ser entregada a muy bajo costo para su explotación a cualquier empresa que se dispusiese a efectuar dicha tarea.

Sobre la Faja Petrolífera del Orinoco operaban convenios en manos de algunas empresas transnacionales, que habían sido concertados en base al citado art. 5° de la ley orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos. Ahora bien, el decreto con fuerza de ley orgánica de hidrocarburos del año 2001, exige para la actuación de las empresas privadas en las actividades primarias, que las mismas se constituyan en empresas mixtas, en las cuales el Estado venezolano debe tener una participación mayor al 50% del capital social.

Los convenios de asociación creados durante la apertura petrolera, operaban con modalidades ajenas a las exigencias taxativamente contempladas en la aludida ley orgánica de hidrocarburos para permitir la actuación en la esfera de las actividades reservadas a los particulares. De allí que era menester determinar el régimen que debía aplicárseles.

Se planteaba así que, en virtud del hecho de que la constitución de los convenios de asociación, estuvo viciada desde sus orígenes, debía declararse su nulidad y luego someterlas al régimen de las empresas mixtas previsto en la ley orgánica de hidrocarburos vigente. El criterio imperante fue la tesis de que la materia de hidrocarburos y, específicamente, la relativa al petróleo, es de orden público en el derecho venezolano, por lo cual no era convalidable ningún acto contrario a la ley vigente, incluyendo los contratos que hubiesen podido concertarse. Esta tesis fue denominada “*plena soberanía petrolera*”, cuyo punto de partida fue la ley orgánica de hidrocarburos, que establecía como única forma de *participación privada reconocida como válida en Venezuela en el área de los hidrocarburos*, la de la empresa mixta. Las asociaciones establecidas con anterioridad a la ley entraban en contraste con el sistema y por ello, debían desaparecer.

10. No solamente los aspectos jurídicos fueron tomados en consideración en la revisión de los actos concertados durante la apertura petrolera, sino que se analizó también una serie de decisiones asumidas en materia económica. Al efecto, el cambio radical en los mercados internacionales de petróleo llevó a la necesaria conclusión de que la tasa de la regalía del 1%, temporalmente otorgada a las asociaciones durante un período en que imperaron precios muy bajos en la industria petrolera, no tenía justificación. Fue así como se revocó la rebaja al 1% en las regalías; se procedió a promulgar una ley que estableció un impuesto de extracción del 33, 1/3%; se estableció la tasa del impuesto sobre la renta en el 50% aplicable a todas las compañías dedicadas a la explotación del petróleo en Venezuela. Finalmente, fue dictado el decr. 5200 con rango, valor y fuerza de ley de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas del 26 de febrero de 2007. Justamente, este decreto se destinó a las nueve asociaciones estratégicas existentes, regulando su transformación en empresas mixtas en los términos establecidos en la ley orgánica de hidrocarburos.

11. Podemos considerar que un momento representativo del desmontaje de los convenios de asociación se produjo el 1 de mayo de 2007 cuando miles de trabajadores petroleros de todo el territorio nacional, convocados en las instalaciones del Complejo José Antonio Anzoátegui, se hicieron partícipes de un acto que fue denominado de “*Afirmación de la Plena Soberanía Petrolera*”.

En el discurso que pronunciara el presidente de la República quiso sintetizar las enormes y trascendentales consecuencias del acto en el cual se materializaba el control absoluto del Estado venezolano sobre los yacimientos contentivos de las mayores reservas de crudo pesado en el mundo. Quería así recalcar las ventajas que ello significaba y también las responsabilidades que consecuencialmente derivaban. Fue esa masa enorme de empleados petroleros que penetraron en los campos que habían estado en manos de compañías transnacionales, para colocar en ellos las banderas de la re-nacionalización, la que le envió el mensaje al país de que se había producido una profunda transformación en el régimen de los hidrocarburos.

12. Los instrumentos legales que se emplearon en este proceso de re-nacionalización para la extinción de los convenios de asociación fueron: 1) El ya antes citado decr. 5200, con rango, valor y fuerza de ley de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas y, 2) la ley sobre efectos del proceso de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas.

La finalidad perseguida por el decr. 5200 fue la transformación en empresas mixtas en los términos establecidos en la ley orgánica de hidrocarburos de las que operaban bajo otras modalidades.

Se estableció que a la empresa estatal accionista le correspondía como mínimo una participación accionaria del 60%, siendo tarea del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo determinar en cada caso los siguientes elementos: la valoración de la empresa mixta; la participación accionaria de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A designada al efecto y, los ajustes económicos y financieros que fueren procedentes.

13. El procedimiento para la migración de las empresas privadas a empresas mixtas, previsto en el citado decr. 5200 de fecha 26 de febrero de 2007 (G.O. 38.632), consistió en lo siguiente: la Corporación Venezolana de Petróleo, o quien hiciera sus veces, debía conformar dentro de los siete días siguientes a la publicación del decreto en cuestión, una *Comisión de Transición* para cada una de las asociaciones; el proceso de transferencia debía concluir indefectiblemente el 30 de abril de 2007; a las empresas del sector privado que formaban parte de las asociaciones que debían migrar, se les concedió un período de cuatro meses a partir de la publicación del decreto, para acordar los términos y condiciones de su posible participación en las nuevas empresas mixtas; se acordaron dos meses adicionales a los cuatro meses precedentemente señalados para someter los términos y condiciones a la Asamblea Nacional, a fin de solicitar la autorización correspondiente, de conformidad con la ley orgánica de hidrocarburos. Transcurrido el plazo establecido para que las empresas llegasen a un acuerdo, sin que el mismo se hubiese logrado, la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A., o cualquiera de sus filiales que hubiese sido designada al efecto, asumiría directamente las actividades ejercidas por las asociaciones indicadas en forma expresa en el decreto 5.200, a fin de preservar su continuidad en razón de su carácter de utilidad pública e interés social. Efectuada la escogencia de los socios minoritarios en el proceso de migración, escogencia ésta que debía ser efectuada en forma directa, por tratarse de una circunstancia especial de interés público, el Ejecutivo Nacional, mediante un acto con forma de Decreto, debía transferirle a las empresas mixtas constituidas, el derecho al ejercicio de las actividades primarias.

La ley sobre efectos del proceso de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, fue publicada el 8 de octubre de 2007 y tuvo como objeto declarar expresamente que los convenios que dieron origen a las asociaciones mencionadas en el decreto ley 5200, esto es, los convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas, quedarían extinguidos a partir de la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela del acto con forma de decreto que, les transfiriera el derecho de ejercer actividades primarias a las empresas mixtas constituidas conforme a dicha decisión. Igualmente, la ley declaró la extinción de los convenios en

los cuales ninguna de las empresas privadas que fueron parte en las asociaciones, hubiera alcanzado un acuerdo de migración a empresa mixta.

Con respecto al destino de los intereses, acciones y participaciones de las asociaciones aludidas en el decr. 5200, así como de los activos utilizados para la realización de las actividades de dichas asociaciones, incluyendo derechos de propiedad, derechos contractuales y de otra naturaleza, los mismos fueron transferidos, sin necesidad de ningún instrumento adicional, a las nuevas empresas mixtas constituidas, como resultado de la migración, salvo que ninguna de las empresas constitutivas de la parte privada del convenio de asociación hubiese alcanzado un acuerdo de migración a empresa mixta dentro del plazo previsto en el aludido decr. 5200, por lo cual, los intereses, acciones, participaciones y derechos en general, quedarían en propiedad de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A., que hubiere asumido las actividades propias de la asociación, hasta que el Ejecutivo determinase a aquella que en definitiva debería asumirlas.

II Parte. Plena soberanía petrolera

14. La plena soberanía petrolera se refiere ante todo al contenido de las resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas, relativas al reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y, específicamente, a la Resolución 1803 del 14 de diciembre de 1962 intitulada: “*Soberanía permanente sobre los recursos naturales*”, en la cual se consagran los siguientes principios:

- ***La disposición de los recursos naturales es un derecho inalienable.*** Se trata de la reafirmación en forma absoluta del derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, de conformidad con sus intereses nacionales y el respeto a su independencia económica.

- ***Uti possidetis iuris.*** Alude al reconocimiento de que los nuevos países heredaron los derechos y obligaciones de los Estados a los cuales se encontraban sometidos durante el dominio colonial.

- ***Los auxilios extranjeros no pueden coludir con intereses del Estado receptor.*** El reconocimiento de que la prestación de asistencia económica y técnica, así como los préstamos y el aumento de las inver-

siones extranjeras, no puede efectuarse en condiciones contrastantes con los intereses del Estado que los recibe.

Como derivación o complemento necesario de los anteriores postulados, se han ido afirmando en nuestro sistema de hidrocarburos los principios que se exponen a continuación:

- ***La soberanía permanente se ejerce en beneficio popular.*** El derecho del Estado en representación de sus ciudadanos, a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse, en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo.

- ***El Estado fija libremente las condiciones para la explotación de sus recursos naturales.*** La exploración, el desarrollo y la disposición de los recursos naturales, así como la importación del capital extranjero para efectuarla, deben conformarse a las reglas y condiciones que el Estado libremente considere necesario establecer para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades.

- ***El régimen de explotación lo fija la ley nacional.*** En el caso de que se otorgue la autorización para realizar las actividades precedentemente señaladas, el capital introducido y sus incrementos se registrarán por la ley nacional vigente.

- ***Los beneficios de las inversiones deben compartirse con el Estado.*** Las utilidades que se tengan, deben ser compartidas entre los inversionistas y el Estado que recibe la inversión sin restricción por ningún motivo, de su soberanía sobre sus riquezas y sus recursos.

- ***Fundamentos de las medidas ablatorias⁶ del Estado. Condiciones.*** La nacionalización, la expropiación o la requisición, deberán fundarse en razones de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, valores éstos que se reconocen como superiores al interés particular. Se pagará al afectado, la indemnización que corresponda, con arreglo a las normas nacionales.

- ***Agotamiento de la jurisdicción nacional.*** En cualquier caso en que la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte tal medida.

(6) Se entiende por medidas ablatorias a los actos de los poderes públicos, en especial, a los proveimientos administrativos que inciden sobre las situaciones jurídicas de los administrados, limitándolas, degradándolas e incluso, extinguiéndolas.

- ***Todas las medidas internacionales deben respetar la soberanía del Estado sobre sus riquezas nacionales.*** La cooperación internacional en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, bien sea que consista en inversión de capitales, intercambio de bienes y servicios o de informaciones científicas, así como de asistencia técnica, será de tal naturaleza que favorezca los intereses de su desarrollo nacional independiente y se basará en el respeto de su soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.

- ***La Carta de las Naciones Unidas prohíbe la violación de los derechos de los Estados sobre sus recursos naturales.*** La violación de los derechos soberanos de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

- ***Acuerdos sobre inversiones deben cumplirse de buena fe.*** Los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos deberán cumplirse de buena fe. Los Estados y las organizaciones internacionales deberán respetar estricta y escrupulosamente la soberanía de los pueblos sobre sus riquezas y recursos, de conformidad con la Carta y los principios contenidos en la resolución comentada.

15. En el caso de la política venezolana, que se iniciara con el desmontaje de la llamada “*apertura petrolera*”, al asumir el nombre de “*plena soberanía petrolera*” ha adaptado todos los principios indicados precedentemente, señalando como elementos de su ejercicio, los siguientes: El máximo aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, no sólo con sentido rentístico, sino también de productividad; la necesaria planificación por parte del Estado de las distintas fases del desarrollo de la actividad de hidrocarburos; y, la eliminación de los vicios creados por los sistemas aplicados en precedencia.

16. La frase *siembra del petróleo*, ha sido utilizada como un slogan para designar a uno de los elementos de la política de plena soberanía, constituida por la reproducción de sus beneficios. Alude así, justamente a la búsqueda del símil entre la actividad agrícola que se inicia con la colocación de las semillas y continúa en todo el proceso de gestación, hasta llegar a la fase productiva. De allí que no es de extrañar que el lenguaje relativo a la materia gire en torno al desarrollo biológico. Así, se habla de

la fecundación de nuevas gestiones productivas; la de gestación de plantas operativas en los diferentes *campos* de la economía. Asimismo, los conceptos derivados de la siembra, también están presentes en la designación de otros aspectos de la política que ella representa y, es así como se mencionará a la “*semilla*”, para aludir a las ideas originarias que han de ser desarrolladas y, a la “*cosecha*” para referirse a los resultados de los procesos efectuados.

17. Los objetivos del Plan Siembra Petrolera estuvieron dirigidos a dos diferentes ramas: La primera a la esfera socioeconómica, que alude al cumplimiento de una gestión que se realiza para mejorar las condiciones de vida de la población; y la segunda a la sociocultural, efectuada mediante un organismo que opera como el brazo de atención social y cultural de PDVSA.

La siembra petrolera en lo económico y en lo social se destina al fortalecimiento de las capacidades de cada una de las poblaciones; al potenciamiento de la soberanía tecnológica utilizando las que son propias; adaptando las provenientes del exterior; impulsando el sector industrial; creando nuevas industrias, y fortaleciendo las existentes; a la desconcentración de los organismos y servicios hacia las zonas donde se desarrollan los proyectos; y, a la construcción de un orden socioeconómico más justo y equilibrado.

La labor socioeconómica se ha materializado en las siguientes figuras: las misiones; los núcleos de desarrollo endógeno; los distritos sociales; los ejes de desarrollo y la afirmación de la soberanía alimentaria.

Solamente nos detendremos en el concepto de las misiones por ser la más representativa de las figuras que operan en tal esfera.

18. Las misiones son estructuras predispuestas para atender a las más variadas materias y servicios: educación; salud; ecología; cultura, etc. Ellas operan con los mismos objetivos de las administraciones públicas, porque son prestadoras de servicio a la colectividad y, en consecuencia, desde el punto de vista sustantivo, tienen el carácter de instrumentos del Poder Ejecutivo para la satisfacción inmediata y concreta de las necesidades colectivas; Su naturaleza es experimental y extraordinaria, por lo cual no operan dentro de las tradicionales estructuras de los organismos ministeriales. De allí que, por lo que atañe a su conformación, no se

presentan bajo modelos organizativos idénticos, sino que pueden adquirir variadas formas, tales como la de asociaciones civiles y empresas de servicio aún cuando en su gran mayoría han surgido como fundaciones públicas.

19. Por lo que respecta a la actuación sociocultural la *Siembra Petrolera* se realiza a través del Centro de Arte la Estancia, denominado “*Brazo Social y Cultural de Petróleos de Venezuela*”. Se trata de una gerencia adscrita a la Corporación Venezolana de Petróleo que tiene como objetivo apoyar programas de desarrollo social; afianzar la identidad cultural de los venezolanos; promover y difundir el patrimonio histórico y artístico del país, trabajando, inclusive, en la restauración de obras fundamentales que conforman dicho patrimonio. Es decir que, dentro de las funciones fundamentales que le han sido asignadas están la de otorgar recreación a la colectividad en general, fundada en elevados conceptos culturales; asimismo, las tareas de rehabilitar, restaurar, proteger, conservar y difundir el valor de los bienes patrimoniales tanto materiales como inmateriales; fortalecer las diversas expresiones de la cultura que identifican al pueblo venezolano a través de su promoción y difusión; propiciar el fortalecimiento de la participación popular y la organización comunitaria mediante el diseño y ejecución de planes, programas y proyectos sociales.

20. La evolución del régimen petrolero presenta los contrastes que se enuncian en la tesis de Giambattista Vico relativa al “*corsi e ricorsi*” de la Historia, la cual consideramos explica muchos de los fenómenos sociales que están presentes en la evolución de la política petrolera.

La palabra “*corsi*” en la teoría de Vico, significa la evolución de algo en el tiempo, que no es otra cosa que el curso de los acontecimientos; mientras que, “*ricorsi*” que se tiende a interpretar en el sentido castizo de “*recursos*”, esto es, de los medios para conseguir lo que se pretende, significa en esta tesis el regreso de algo al lugar de donde salió. Lo anterior, aplicado a la historia, se refiere a su carácter recurrente, a la repetición de los ciclos pasados que vuelven a reproponerse. Ahora bien, el “*ricorsi*” no es un simple regreso a las cosas originales, sino el retorno a un estadio que se creía superado pero que aparece visto desde una nueva perspectiva. Este proceso constante de idas y regresos tiene la forma de una espiral que representa la vida de los pueblos en el cual ningún período

es definitivo e inamovible, al punto de que lo que hoy triunfa, puede caer mañana; pero volverá a renacer más tarde, bajo otros signos, y así sucesivamente. La Historia no es otra cosa que un devenir constante de avances y retrocesos; un vaivén continuo, con un movimiento pendular ya que la humanidad avanza y retrocede; pero cada retroceso dispara con ímpetu la siguiente etapa de avance, que tampoco será definitiva, ya que podrá retrocederse a los orígenes.

Es indudable que si se analiza la forma como se ha desarrollado el régimen de los hidrocarburos en Venezuela, podemos precisar ese “*corsi*” e “*ricorsi*” con respecto a su titularidad, *mutatis mutandi* en atención a los cambios en el tiempo y a la especificidad de la materia, que puede representarse en la forma en que lo vamos a exponer.

21. *Durante la colonización* los conquistadores se habían apoderado de grandes fortunas, constituidas por los bienes que la naturaleza les ofrecía: metales, piedras preciosas y perlas, contribuyendo así al financiamiento de un imperio que se encontraba ya en plena decadencia. Como reacción, los nuevos estados que se erigieron como tales, decidieron mantener bajo su dominio las riquezas del suelo y del subsuelo. Las constituciones que se dictaron en los países recién independizados y más tarde, las relativas a la minería y los recursos energéticos, basaron políticamente la soberanía nacional en la existencia, mantenimiento y protección de dichos bienes naturales.

22. *A partir de la época de la Independencia*, los países de América Latina y del Caribe declararon que las riquezas del territorio estaban bajo el dominio del Estado. Indudablemente que se trataba de la aplicación del principio del *uti possidetis iuris*, en virtud del cual el nuevo Estado es el sucesor jurídico de los bienes adquiridos por el régimen colonial.

Si nos ubicamos en los años *subsiguientes a la Declaración de la Independencia*, aparece en el Decreto de Minería del Libertador Simón Bolívar, del 24 de octubre de 1829, dictado en Quito, el claro sentido de la propiedad del Estado-Nación sobre tales recursos que está presente en una normativa muy rígida y nacionalista. En efecto, en dicho decreto se estableció que las minas pasaban del dominio de la Real Corona Española al de la República.

23. Al penetrar el capital extranjero en los países recién independizados, con fines de la explotación de los yacimientos, con sus tecnologías avanzadas y la inversión de ingentes sumas de dinero para efectuarla, se modifica el panorama conceptual y nos vamos a encontrar con una nueva concepción predominante, como lo es la que está contenida en el *principio de globalización* que domina el panorama mundial en todos los campos. La sumisión a tal principio haría que, a finales del siglo XX, se produjese el dominio de los capitales extranjeros para la explotación de las riquezas de los estados latinoamericanos.

En la etapa de la industrialización, en virtud del hecho de que los recursos energéticos se convirtieron en la base misma de dicho proceso, las empresas que tenían los medios tecnológicos y financieros para realizar las exploraciones y las subsiguientes explotaciones, establecieron sus condiciones para hacerlo, fundadas en su posición prevalente frente a los estados nacionales.

24. En la década de 1960, se hace presente el proceso de nacionalización de los recursos naturales no renovables en América Latina y el Caribe. A través de la nacionalización verdadera y propia o de los intentos de realizarla, los estados se basaron en su dominio sobre los recursos mineros y energéticos. En esta etapa, la posición respecto a los antes mencionados recursos, se inclinó manifiestamente en contra del capital transnacional.

25. Hemos visto cómo en la etapa de la post nacionalización en Venezuela, predomina la tesis de la “*apertura petrolera*” de los mercados, de la tutela de la inversión extranjera y de la renuncia a algunos de los principios sobre los cuales se apoya la soberanía del Estado. Vemos así cómo en la última década del siglo XX, comienza a producirse un cambio profundo en la materia relativa a dichos recursos naturales, a favor del capital privado transnacional. No puede dejar de reconocerse que si bien, el dominio de los Estados continúa apareciendo como principio en las cartas constitucionales, sin embargo, la política pública se inclina hacia la explotación de todos los recursos en base exclusivamente al criterio del mayor beneficio económico. Paradójicamente, por otra parte, fueron los propios Estados los que contribuyeron a concederle hegemonía al capital transnacional.

Por lo que atañe al abandono del modelo rentístico, el Estado venezolano había ejercido una política de carácter intervencionista, fundada en una gran riqueza petrolera que se consideraba la actividad fundamental que debía ser explotada. Fue así como a lo largo de la evolución del sistema, las reformas en el campo del régimen de los hidrocarburos, estuvo esencialmente destinada a obtener una “renta” más alta para el Estado, proveniente, naturalmente, de las empresas que realizaban la explotación de los yacimientos y del mercado en general.

La tendencia a la *privatización de las empresas públicas* constituyó una de las tesis fundamentales del período post nacionalizador. La privatización se insertaba en otra tesis neoliberal de mucha fuerza en esos momentos que era la de la globalización de la economía, la cual propiciaba la menor intervención del Estado en este campo.

El esquema de la actuación política se erigía sobre una trilogía constituida por las siguientes figuras: globalización, privatización y desregulación, mediante las cuales se tendía a fortalecer el libre comercio y la especialización internacional, como medios para alcanzar el progreso económico y el bienestar social.

26. Para justificar las privatizaciones se señalaba la creciente burocratización y la politización que se registraba en las empresas estatizadas, con el consiguiente aumento de costos y reducción de eficiencia. Se aludía también a la necesidad de afrontar los problemas de mayor competitividad que se habían venido registrando en los mercados mundiales, como resultado de la creciente utilización de nuevas tecnologías que requieren flexibilidad y capacidad de innovación.

Otro elemento que influyó en forma decisiva en la tendencia privatizadora fue el ejemplo impuesto por la exitosa Unión Europea, decididamente partidaria de la empresa privada y seguidora de métodos para acelerar la privatización de las empresas públicas.

Entre nosotros, la poderosa influencia del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, le dieron un gran impulso a la privatización, por cuanto, dichos organismos establecieron como condición para el otorgamiento de asistencia financiera, el implantar políticas neoliberales, entre las cuales se destacaba la tendencia a la privatización.

En Venezuela el proceso de privatización se inicia a mediados de 1990. El Estado era propietario o ejercía el control mayoritario en forma

directa o indirecta sobre más de cuatrocientas empresas, pertenecientes al gobierno central, institutos autónomos y organismos descentralizados, así como empresas del Estado que actuaban como casas matrices de otras (holdings públicos).

27. Si seguimos el orden de la tesis de Vico, podemos entender cómo diez años más tarde del predominio de las ideas privatizadoras, este proceso comienza a revertirse, incluso, en Inglaterra, país en el cual las empresas públicas habían sido estatizadas. El clamor era ahora el de lograr el predominio del Estado.

28. Trasladado lo anterior a Venezuela podemos entender que la política de la Plena Soberanía Petrolera fue la reacción al fracaso de la *apertura*, y la búsqueda de una reafirmación del Estado y de la Nación, constituyendo así la esencia de este nuevo “*corsi*” del régimen de los hidrocarburos en Venezuela, que se está extendiendo a toda América.

29. Toda transformación radical en el campo político-económico, tiene indudablemente un grupo de autores. Omitir estas referencias formaría parte de una gran mezquindad que la historia no podría perdonar. En el caso de la Plena Soberanía Petrolera existen varios artífices de su conformación: los creadores intelectuales que lograron poner en acto sus teorías; hacer oír sus disidencias; develar verdades que se encontraban ocultas. Un segundo grupo de artífices fueron los ejecutantes, que entendieron el papel fundamental que tenía que jugar el entonces Ministerio de Energía y Minas, hoy Ministerio de Energía y Petróleo, para el control de la empresa estatal, que se había divorciado de las razones de Estado, y supieron articular las medidas a través de las cuales se fueron desmontando una a una las piezas de la poderosa maquinaria de la *Apertura Petrolera*. Finalmente, están los que enunciaron y realizaron los pasos políticos necesarios para descifrar el nuevo código de la acción energética, y con su visión amplia de la situación internacional, de la posición que Venezuela podía jugar en la transformación histórica del siglo XXI, y con su poder de atracción sobre las masas populares, fueron capaces de consolidar un nuevo pensamiento ideológico, logrando transformar no solamente el escenario en nuestro ámbito territorial, sino incidir sobre los procesos más delicados de la política mundial.

HOMENAJES

HOMENAJE AL DR. ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ (h)
-realizado el 1 de abril de 2008 -

Res. 7/2008

Córdoba, 18 de marzo de 2008.

VISTO:

Que en el presente año se cumple el centenario del nacimiento de quien fuera académico de número de esta Corporación,

Y CONSIDERANDO:

Que el Dr. Enrique Martínez Paz (h) fue un destacado académico de Córdoba.

Que realizó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Monserrat y egresó de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en 1930, obteniendo el grado de Doctor en Derecho en 1933.

Que dentro de su carrera docente se puede destacar que fue profesor del Colegio Nacional del Monserrat entre 1930 y 1957; Profesor titular de Derecho Constitucional y profesor de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba; y profesor de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Además ha escrito numerosas obras monográficas y ha publicado libros entre los que hacemos mención a la obra *Manual de derecho político*, editada por esta Corporación en 1988.

Que fue secretario y director del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro del Directorio del Colegio de Abogados de Córdoba por varios períodos; director de la Sección de Derecho Constitucional de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Que fue miembro, entre otras instituciones nacionales e internacionales, de la Asociación Argentina de Ciencias Políticas, de la Internacional Law Association, la Interamerican Bar Association y de la Academia Mexicana de Derecho Internacional.

También se destacó por su labor social y cristiana, al fundar la Hermandad del Santo Viático.

Por ello,

El Señor Presidente

De la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

1º) Rendir Homenaje al Dr. Enrique Martínez Paz (h) en acto público de esta Academia el próximo 1 de abril a las 19 horas.

2º) Designar para hacer uso de la palabra en representación de esta institución al señor académico de número Dr. Ricardo Haro.

3º) Invitar a participar en el Homenaje a los Decanos de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba al señor rector del Colegio Nacional de Monserrat.

4º) Comuníquese y archívese.

Julio I. Altamira Gigena
Académico Secretario

Luis Moisset de Espanés
Académico Presidente

Palabras pronunciadas por el académico de número Dr. Ricardo Haro en el acto de homenaje al Dr. Enrique Martínez Paz (h) con motivo del centenario de su nacimiento

Señor presidente, señor presidente honorario, señores académicos, muy apreciados familiares del Dr. Enrique Martínez Paz, señoras y señores, amigos.

Nos reúne hoy en esta aula académica, el noble deseo de rendir un justiciero homenaje a la memoria de quien fuera académico de número, el

profesor Dr. Enrique Martínez Paz (h), con motivo de haberse cumplido este año, el centenario de su nacimiento.

Esta es por lo tanto, una muy propicia oportunidad para recordar, conscientes de las limitaciones de todo ser humano, a una personalidad en las riquezas de sus virtudes y talentos, no sólo para mencionarlos ni hacer una mera apología de los mismos, sino, fundamentalmente, para reflexionar unos breves minutos sobre ellos y procurar fervorosamente internalizarlos en nuestras vidas, porque seguramente nos ayudarán en la ardua y constante búsqueda de la felicidad, es decir, en lograr la mayor plenitud posible de nuestro Ser.

De no ser así, los actos de homenajes pueden resultar simples ritualismo protocolares o quedarse en la manifestación de una mera frivolidad, sin contenido sinceramente medular ni afectivo. Lo importante es el mensaje que nos legó Martínez Paz. No en vano, Martín Heidegger, el gran filósofo alemán fallecido hace tres décadas, expresaba que *“la gran tragedia del mundo es que no cultiva la memoria fecunda, y por lo tanto olvida a los maestros”*.

Agradezco a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que me haya encomendado el decir estas palabras en este significativo acto, por el profundo afecto y respeto intelectual que profesé hacia quien me honró con su amistad. Ya lo hice tanto al despedir sus restos mortales el 19 de septiembre de 1991, como en el acto recordatorio en esta Academia el 28 de septiembre de 1992. Es por ello que repensando el mensaje que mi palabra pudiese transmitir ahora, me resulta difícil no dejar de expresar algunas reflexiones de aquellas oportunidades.

Todo hombre, en el transcurrir de su vida, muestra múltiples facetas peculiares y configurantes de su personalidad individual y social. En el caso de nuestro homenajeado, las más distintivas de su ser y de su quehacer, fueron en mi humilde entender, su humanidad, su profesionalidad, su saber jurídico y la docencia.

Su sólida vocación hacia el derecho y las ciencias sociales, le llevó a incorporarse a la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional donde culminó sus estudios de abogacía, para posteriormente graduarse como doctor en Derecho y Ciencias Sociales, defendiendo su tesis que versó sobre *“La doctrina de la Supremacía Constitucional y sus Garantías”*, y obtuvo la calificación de sobresaliente.

Contenida en su caballeresca y dinámica figura, encarnaba una *humanidad descollante*, ágil en el andar y en el pensar, en la que se conju-

gaban armoniosamente tanto la búsqueda de la verdad de su inteligencia, con la vivificante sensibilidad de su corazón.

Poseía un auténtico señorío, que se manifestaba precisamente en la riqueza de su lenguaje; en la hidalguía y amabilidad de su trato; en la humildad del que sabe escuchar para saber aconsejar. Su respetuosa cordialidad, hacía que quienes lo trataban se sintieran reconocidos en su dignidad. No cosificaba a los demás, sino que los personalizaba.

Su corazón era muy sensible a las circunstancias gozosas o dolorosas de su prójimo. Por ello fue profundamente solidario con hombres e instituciones y comprometido con los valores superlativos de la humanidad.

Y qué no decir de su nobleza espiritual que se nutría en un profundo y esperanzado sentido cristiano de la vida, y que se manifestaba en la permanente donación de su ser, de su saber y de su tiempo hacia los demás, a partir de una persuasiva paternidad con que plasmó su fecunda vida familiar, en comunidad con Elisa Martínez Deheza, su querida Paya.

A manera de síntesis de esta faceta, podemos afirmar que como a Terencio, a Martínez Paz *“nada de lo humano le era indiferente”*.

Su *vida profesional* lo llevó a ser titular de un prestigioso estudio jurídico de Córdoba, lo cual no dificultó que también en este ámbito, manifestara la solidaridad que hemos señalado, y que lo llevó a ser secretario y presidente del Colegio de Abogados de Córdoba; director de la Sección de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), a la vez que en el orden internacional, se desempeñó como presidente del Comité Permanente de Derecho Internacional de la Federación Interamericana de Colegios de Abogados. Martínez Paz no se sirvió de las instituciones para la figuración o un protagonismo desmedido, sino que sirvió con generosidad al cumplimiento de sus fines

Cabe destacar aquí que su valimiento jurídico avaló el ser designado conjuetz tanto de la Cámara Federal de Apelaciones como de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A los perfiles humano y profesional, debemos ahora sumar su marcada *vocación docente* que la ejerció en el ciclo secundario y en el universitario, en el cual profesó primordialmente en las cátedras de Derecho Constitucional, de Derecho Político y de Derecho Constitucional y Administrativo, en las facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional y, en algún momento, en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Católica.

Puedo dar fe que en los ámbitos universitarios, Martínez Paz despertaba una profunda admiración por la sencillez y brillantez de sus clases, lo que provocaba un pleno en las aulas de futuros abogados y contadores públicos, que se deleitaban con sus exposiciones y lo recuerdan como el profesor que dejó huellas indelebles en sus vidas.

Su docencia la plasmó asimismo en numerosos trabajos entre los que podemos recordar los siguientes: 1) *La democracia como equilibrio de las fuerzas políticas*; 2) *El concepto de República*; 3) *El concepto de Estado y su despersonalización*; 4) *Esquema de una teoría del gobierno representativo*; 5) *Problemática del recurso de amparo*; 6) *Necesidad del estudio del derecho público*; 7) *José Figueroa Alcorta y su paso por la Corte Suprema*; etc..

Esta labor como publicista, alcanzó su mayor expresión en sus “Apuntes de derecho político”, fruto de sus magníficas clases y que se constituyó en un elemento indispensable en el aprendizaje de la asignatura por las generaciones de estudiantes que por décadas la cursaron. La valía conceptual y pedagógica de estos llamados “Apuntes” fueron de tal magnitud, que en 1988 y como un acto de reconocimiento hacia el politólogo y de servicio para los estudiosos, esta Academia decidió publicarlos oficialmente bajo el título de *Manual de derecho político*, obra que vino a enriquecer la bibliografía en la materia.

Sus calidades humanas y su vigorosa y fecunda formación jurídica, justificaron ampliamente que se incorporara a esta Academia como *miembro de número* en el año 1952, ocupando el sillón que lleva como patrono a su ilustre y venerado padre, habiéndose desempeñado como secretario en dos períodos.

Recordando palabras pronunciadas en el día de su sepelio, puedo reafirmar con plena convicción, por el asiduo trato que me dispensó, que Martínez Paz fue un académico y catedrático excepcional, y porque fue un apasionado de la problemática del hombre y de su inserción en la sociabilidad y en la politicidad, abrazó con verdadero sentido misional, su vocación por la ciencia política y el derecho público.

Su pensamiento abrevó en la universalidad de las ideas políticas, lo cual le otorgó una visión plenaria de la ciencia política. No obstante ello, no podemos dejar de señalar que en su formación tuvo una decisiva influencia el pensamiento de Jacques Maritain que había abandonado el positivismo y abierto su mente a la metafísica de la mano de Henri Bergson,

a la vez que se alejó del agnosticismo para convertirse al catolicismo por su amistad con León Bloy.

De allí que uno de los objetivos cardinales del pensamiento de Martínez Paz, haya sido procurar la conjunción de los principios y valores del iusnaturalismo evangélico, con la vigencia de un sistema democrático sólidamente edificado. Para lograrlo adhirió a la visión antropocéntrica de un humanismo trascendente, en el que el hombre, constituye nada menos que el fundamento, el sujeto y el objeto de la sociedad política, en la búsqueda de un bien común al servicio del desarrollo humano, y en el cual, todas las manifestaciones del poder social y estatal, encuentran su legitimación.

En este sentido viene al caso recordar lo que Martínez Paz nos enseña en su *Manual* al expresar lo siguiente: *“Podemos afirmar que el hombre es un ser racional, desde el punto de vista de su naturaleza psicológica; es un ser moral y socialmente unido a los otros hombres por esa naturaleza caída que hemos señalado en un comienzo”*.

“Entiendo que esta definición no se completa suficientemente si no ligamos al hombre a la fuente que lo creó, si no reconocemos la posición que tiene Dios en su creación y en la realización de su propio destino. Si desconectamos al hombre de este vínculo que entendemos fundamental, al concepto de la naturaleza humana le quitamos integridad y hacemos incomprensibles muchas de las tendencias que el hombre tiene en sí”... .. “vendría a ser como una especie de decapitación del hombre, porque no lo comprenderemos en su totalidad” (p. 20).

Imbuido de esta dimensión antropológica, construyó toda su concepción de la política, el poder y el Estado. Y si a ese sólido bagaje doctrinario, le sumamos su excepcional talento, bien podemos reiterar hoy que su faena académica y docente alcanzó tal plenitud, que se constituyó en un innato y auténtico maestro, que hizo de la docencia una verdadera vocación de amor y de servicio al educando, y supo iluminar la inteligencia de sus alumnos, enfervorizar sus corazones y motivar sus voluntades, en la consecución de los valores y los comportamientos que exige insoslayablemente la plena vigencia de un sistema republicano y democrático.

Para ir concluyendo, les ruego acepten un recuerdo muy personal -entre muchos otros- de mi trato con Enrique Martínez Paz. En numerosas oportunidades y como adjunto de Derecho Constitucional, fui convo-

cado para integrar la mesa de exámenes de Derecho Político junto a su entrañable discípulo y recordado académico el Dr. Alfredo Rosetti. Lógicamente que Martínez Paz presidía el tribunal. ¿Cuál fue la experiencia enriquecedora y la enseñanza que ello me dejó?

Amén del conocimiento de temas que planteaba, me confirmó en mi vocación docente y en el modo de ejercerla. Lo recuerdo siempre cordial al recibir al alumno, y luego, durante el examen, se manifestaba comunicativo y vivaz, haciendo del examen también un acto pedagógico y de servicio educativo. Lo recuerdo de pie, esforzándose en lograr un fecundo diálogo con los examinandos. Tratando de desentrañar los conocimientos que poseían, en una sabia actitud de calidez y calidad académica, tan propia de su noble estirpe.

Tal era su actitud, que me hacía recordar muy vivencialmente las expresiones de Séneca en sus *Epístolas a Lucilio* cuando le dice: “*Yo quiero derramar en tu alma, todo lo que yo sé, y me alegro de conocer algo, para tener el placer de enseñártelo. No me gusta la ciencia, si he de guardarla sólo para mí*”.

Espero que estas sencillas pero sentidas palabras hayan servido en alguna medida para mostrar -como lo dijera en anterior oportunidad-:

¿Cuánto le debe la Universidad y la abogacía; cuánto le deben la Academia y la cultura de Córdoba, a este verdadero maestro y humanista de fuste que fue Martínez Paz? ¡¡Cuánto le deben y le debemos multitudes y generaciones de alumnos, universitarios, profesores y amigos!!

Que estas palabras no queden en puras palabras.

Por ello, el mejor homenaje que podemos brindarle requiere que encarnemos en nuestras personalidades, los ideales preclaros que nos legó la vida del académico y profesor Dr. Enrique Martínez Paz (h). ¡Muchas gracias!

Palabras pronunciadas por el Dr. Gonzalo Fernández, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, por iniciativa de su decano, el académico Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, me ha asignado la responsabilidad de representarla en este emotivo acto en el que se recuerda el centenario del natalicio del Dr. Enrique Martínez Paz. Me corresponde, pues, recordar la ilustre personalidad de quien hoy rendimos homenaje principalmente por su trayectoria como docente de la Facultad. Para hacerlo, y aunque hoy me desempeño como uno de los profesores titulares de la disciplina que Martínez Paz cultivó y enseñó, el derecho político, no he de poder dejar de recordar que lo conocí y valoré desde la perspectiva del estudiante.

Llegado a Córdoba a fines de la década del '50 del siglo pasado, como otros tantos miles de jóvenes de otras provincias, tuve la fortuna de encontrar en la Facultad una pléyade de maestros que marcaban rumbos en la ciencia jurídica y en la cultura de Córdoba, que hacía honor a su calificativo de "La Docta", y entre ellos se encontraba el Dr. Enrique Martínez Paz; Quique, le llamaban sus colegas y amigos, y algo irrespetuosos, cuando los estudiantes hablábamos de él, de sus clases o de su asignatura, nos tomábamos la libertad de referirnos "al Quique". Es que, junto al aspecto de intelectual severo que lucía, pronto se descubría en él la persona cordial, ecuánime y austera.

El Dr. Martínez Paz había obtenido su doctorado en Derecho con su tesis sobre "La doctrina de la supremacía de la Constitución y sus garantías", la que fue calificada de sobresaliente, y canalizó su vocación docente en nuestra Facultad, pero también en la de Ciencias Económicas y en la naciente Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Córdoba.

Se destacaba por la lucidez en las ideas y la precisión y claridad de su transmisión a sus alumnos. Eran los tiempos de las clases magistrales y de asistencia optativa a clases; sin embargo, sus lecciones concitaban la concurrencia de numerosa cantidad de estudiantes. Es que a fines de los '50 y la primera mitad de los '60, buena parte de quienes aspiraban a culminar la carrera de abogacía, sentían mucho interés y tenían sensibilidad por entender la vida política y sus fundamentos, hallando en los contenidos del Derecho Político la posibilidad de obtener los fundamentos de las respuestas a esas inquietudes.

Martínez Paz sabía transmitir contenidos, lo pensado por los autores, aclarar lo que podía leerse en los libros y quedar oscuro, pero tenía también la cualidad de saber sembrar la inquietud por conocer más y de brindar las

herramientas del pensamiento para el análisis de los problemas políticos con rigor encaminado a encontrar respuestas a nuevas preguntas.

La claridad de sus exposiciones no era otra cosa que la verbalización de la lucidez de su pensamiento, que sintetizaba un conocimiento profundo de las fuentes de su asignatura con la cultura en general.

Es que Martínez Paz fue una personalidad erudita, nada le era indiferente, por lo que era permanentemente requerido para dictar conferencias en ámbitos variados y sobre los temas más diversos. Alguna vez comentó que para enseñar bien el Derecho Político era necesario leer y saber de todo.

Tenía una concepción clásica de nuestra disciplina, pero abierta a los nuevos temas que se venían abriendo camino desde antes de la II Guerra Mundial, cuando se acepta la autonomía científica de la Ciencia Política como ciencia social con objeto propio. Así, Martínez Paz sabía que esos nuevos conocimientos debían integrarse con los temas clásicos en un buen ensamble a partir de una correcta visión del hombre y de la sociedad y lo hizo desde la cátedra.

Concebía a la ciencia política como la “ciencia integral del poder”, que estudia todos los fenómenos que tienen vinculación con el poder y no solamente aquellos que efectúan un reduccionismo a una visión meramente sociológica. De allí que reivindicó el carácter científico del pensamiento de los grandes autores desde los antiguos griegos en adelante. La historia de las ideas políticas, desde los presocráticos hasta los autores y protagonistas políticos del siglo XX era parte del programa de estudios, sin ninguna clase de censuras ideológicas.

Al entender la ciencia política como una ciencia integral del poder, expresamente enseñaba Martínez Paz que era menester preguntarse qué es el poder, cuál su fundamento, por qué existe en las relaciones entre los hombres; todos ellos interrogantes dirigidos a las causas remotas de la problemática política; por tanto, no concebía que la filosofía política pudiera ser ajena a la ciencia política. Es que, partidario de una concepción amplia de “ciencia”, sostenía que la filosofía es un modo particular del conocimiento científico y, por lo tanto, la filosofía política es una parte de la ciencia política. Lo mismo cabe decir respecto al sitio que le asignaba a los conocimientos históricos, sociológicos y jurídicos de los fenómenos relacionados con el poder, como también a la teoría del Estado, a todos los cuales les reservaba su sitio.

En virtud de esa concepción integral, se estudiaba el poder político en su naturaleza y su fundamento según las diversas doctrinas; su ejercicio y sus objetivos, resaltando como el central el concepto de “bien común”, sin olvidar de hacer conocer las doctrinas anarquistas, negatorias del poder político.

Abordaba el siempre complejo tema de las relaciones entre poder político y derecho a la luz de las distintas doctrinas tanto políticas como jurídicas, y dentro de esta temática, dedicaba expresos puntos del programa para el estudio de los fundamentos de los derechos humanos, las declaraciones que los proclaman y las garantías que los tutelan, como también se ocupaba del derecho de resistencia y los problemas de diversa naturaleza que suscita.

Las instituciones políticas eran parte sustancial de la asignatura, y en particular, el Estado, incluyendo el siempre complejo tema de su naturaleza y las diversas posiciones programáticas al respecto.

Naturalmente que no faltaban los contenidos relacionados con el gobierno y las distintas clasificaciones que marcaban las diferencias entre directos y representativos, o republicanos y monárquicos, o unitarios y federales, o absolutos y limitados.

También el problema de la relación de Iglesia y Estado y la del gobierno mundial -este último, un tema en el que el programa de Martínez Paz se anticipó al tiempo- se encontraban entre los temas de estudio.

Los autores de mayor vigencia en aquel tiempo estaban presentes en las clases de Martínez Paz: Burdeau, Chevallier, Dabin, Duverger, Heller, Kelsen, Sánchez Agesta, Jiménez de Parga, Prelot y, en especial, Jacques Maritain, cuya huella se advertía cuando se explicaban temas como el bien común, la doctrina instrumentalista del Estado, la soberanía y su crisis, la Iglesia y el Estado y los problemas del gobierno mundial.

Si algo quedó pendiente en su trayectoria académica fue la producción escrita. El Dr. Yanzi Ferreyra nos ilustra en su trabajo sobre la enseñanza del derecho público en la Facultad de Derecho de la U.N.C. publicado en el N° 12 de los *Cuadernos de Historia* del Instituto de Historia del Derecho de esta Academia, sobre algunas publicaciones del eximio profesor, tales como “El concepto de Estado y su despersonalización; necesidad del estudio del derecho público”; “El concepto de la República y esquema de una teoría del gobierno representativo”. Pero esa producción escrita no tenía la accesibilidad necesaria para aprovechar sus profundos conocimientos y su capacidad docente.

Afortunadamente, el Dr. Ricardo del Barco, que fuera discípulo del profesor Martínez Paz y había conservado los apuntes taquigráficos de sus clases, le pidió autorización para hacer un esfuerzo de transformarlos en un Manual de la asignatura, a lo que el profesor finalmente accedió. Fue así que bajo la dirección de su maestro, su antiguo alumno y hoy profesor adjunto de la asignatura en nuestra Facultad y titular en la Universidad Católica, junto a la abogada y licenciada en letras Graciela Ferrero de Sahab, asumieron la tarea de dar al texto oralizado la forma propia del trabajo escrito; además, Del Barco actualizó la bibliografía y escribió un capítulo final sobre el tema de Vida política, todo ello bajo la supervisión de Martínez Paz. Correspondió a esta Academia, la generosidad e inteligencia de salvar para las futuras generaciones, las enseñanzas de derecho político de la personalidad que hoy recordamos. Con el título de *Manual de derecho político*, finalmente se publicó el libro en 1988 como volumen IV de las ediciones de esta Academia.

Debo decir que ese Manual tiene absoluta actualidad y utilidad. Ahí está el meollo de los contenidos de la disciplina hasta nuestros días; y teniendo en cuenta que su versión original data de los primeros años de la década del '60 del siglo XX, hay que decir que sus contenidos no van en zaga a las obras didácticas publicadas una y dos décadas más tarde, y que posteriormente no ha habido obras de esa magnitud destinada a los fines de la enseñanza del derecho político.

Los profesores de hoy de la asignatura, no podemos sino hacer expreso el profundo agradecimiento a esta Academia, y me es grato hacer saber a sus autoridades que aunque el libro no haya tenido gran difusión por su tiraje limitado, continúa siendo obra de consulta de los docentes, y a través nuestro, leída aun cuando sea parcialmente por nuestros estudiantes. Y aprovecho la ocasión para dejar sembrada la inquietud de pensar en una futura reedición.

Señoras, señores, dejo así rendido el merecido homenaje a nuestro distinguido profesor y académico Dr. Enrique Martínez Paz, en nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

HOMENAJE AL DR. RICARDO CAYETANO NÚÑEZ
-realizado el 12 de agosto de 2008-

Res. 22/2008

Córdoba, 17 de julio de 2008.

VISTO:

Que en el próximo 7 de agosto se cumple el centenario del nacimiento del Dr. Ricardo Cayetano Núñez, destacado jurista y académico, acontecimiento que esta Corporación tiene el deber de homenajear.

Y CONSIDERANDO:

Que el homenajeadado ha sido durante su vida un ejemplo de rectitud, sabiduría y probidad como hombre, jurista, profesor universitario y magistrado, siendo un ferviente defensor del Estado de derecho y el respeto de la Constitución Nacional.

Que se recibió de abogado en 1938 y se doctoró en Derecho con su tesis sobre “El hecho penal en la Constitución Nacional”.

Que en su faceta universitaria fue titular de la Cátedra de Derecho Penal II, como así también fundador y director del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en 1956, el que colmó de prestigio por sus obras y opiniones.

Que durante su prolífera vida, recibió varios doctorados *honoris causa*. La Universidad Nacional de La Plata, lo hizo en 1986, siendo el primero en recibir tan prestigiosa condecoración en la historia de dicha Universidad y de la propia Universidad Nacional de Córdoba, años más tarde.

Dentro de su vasta obra de publicista, cabe mencionar obras tales como su *Tratado de Derecho Penal Argentino* en 7 volúmenes, los manuales de *Derecho Penal* (Parte Gral. y Especial). Fue fundador de los Cuadernos del Instituto de Derecho Penal y director de algunas de las

revistas más importantes que se han producido en el país sobre temas de derecho penal como “Nuevo pensamiento penal” y “Doctrina penal” y de colecciones como los *Opúsculos de derecho penal y criminología*. Fue colaborador del Diccionario Jurídico Omeba, entregando en 1956 su trabajo sobre *Derecho penal*. Como traductor, dio luz al castellano de textos como el *Código Penal Alemán*; el *Programa de derecho criminal* de Francesco Carrara, en conjunto con Sebastián Soler y Ernesto Gavier.

Que desde muy joven comenzó una carrera judicial desde los peldaños más bajos, llegando a desempeñarse como secretario de Juzgado de Instrucción Segunda de la Justicia de Córdoba

Que culminó esa trayectoria como miembro del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, dejando honda huella en la jurisprudencia argentina, a través de sus votos.

Que en su tarea de abogado litigante, primero entre los años 1947 a 1955 y después en los años '60, fue un destacado abogado del fuero local, siendo un defensor del sistema del juicio oral, debido al *Código Procesal Penal*, en donde influenció con sus ideas progresistas, en la redacción del mismo. *A posteriori*, realizaría un comentario al *Código Procesal de Córdoba* con abundantes fallos, sobre todo del Tribunal Superior de Justicia, siendo una de las obras de mayor consulta entre abogados y jueces.

Que integró esta corporación académica desde 1952, trabajando arduamente cuando se le consultaba sobre proyectos legislativos y códigos penales, destacándose sus aportes a normas para combatir la corrupción, como fue la ley de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, a pedido del presidente Arturo Illia.

Que dentro de su trascendencia nacional, fue miembro de la *Société de Legislation Comparé* (1948) y de la *Asociation Internacionales de Droit Penal*, con sede en París

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,
RESUELVE:

1º) Rendir Homenaje al Dr. Ricardo Cayetano Núñez en acto público de esta Academia el próximo 12 de agosto a las 19 horas.

2º) Designar para hacer uso de la palabra en representación de esta institución al señor académico de número Dr. Jorge de la Rúa.

3º) Invitar a participar en el Homenaje a los decanos de las facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba y al Gobierno de la Provincia de Córdoba y al Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

4º) Comuníquese y archívese.

Julio I. Altamira Gigena
Académico Secretario

Luis Moisset de Espanés
Académico Presidente

Palabras pronunciadas por el académico de número Dr. Jorge de la Rúa en representación de la Academia de Derecho

En representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, me corresponde ocupar esta cátedra en el acto de homenaje a Ricardo C. Núñez, con motivo del centenario de su nacimiento. Sana costumbre de este cuerpo, que de ese modo, evoca a sus miembros de número que han dejado la existencia física pero perduran en el recuerdo de quienes los acompañaron en distintos tramos de su vida.

Hablar de Ricardo Núñez, en mi caso personal, ofrece una multiplicidad de enfoques, envueltos todos en un halo de afecto y de respeto con el maestro. Siempre he dicho que el orador, en una exposición como ésta, debe hablar del homenajeado, no de sí mismo. Mantener esa línea es lo que torna particularmente dificultosa esta tarea, pues, como dije, se trata de recordar y hablar de una persona que ha influido tan intensamente en mi propia vida personal.

Su fecunda labor está identificada, plenamente, con el cultivo de la ciencia del derecho penal, en particular, el estudio del derecho penal positivo argentino. Creo que sería reiterativo hacer una cronología minuciosa de su vida y de su obra. Por eso he buscado, como recurso expositor, una suerte de análisis de diversos aspectos que integran una personalidad tan excepcional.

Su formación y sus trabajos

Ricardo Núñez se forjó en los claustros universitarios de Córdoba. Su carrera de grado se dividió en el cursado de escribanía, primero, que lo llevó en su carrera judicial a ser secretario del T.S.J., y luego de abogado. Hacia los 30 años se había vinculado ya al quehacer académico, en el Instituto de Derecho Comparado, que dirigía otro académico impar, Enrique Martínez Paz.

Si bien su relación con la ciencia penal comenzó con su labor en el Poder Judicial, trabajando en el fuero, sus inicios académicos en este Instituto fueron, sin dudas, el detonante de su extraordinaria carrera. La vocación de Martínez Paz procuró orientarlo hacia el cultivo de la filosofía del derecho. Pero su oficio judicial en el derecho penal le permitió en ese Instituto valorar el aporte de distinguidos juristas a los que los horrores del autoritarismo europeo habían arrojado a América, y a los que a muchos de ellos Córdoba acogió. Marcelo Finzi, contratado por la Escuela de Policía en 1939, Roberto Goldschmidt, amigo personal del maestro y luego figura señera en el derecho venezolano, entre otros, están vinculados a ese inicio.

También ha de haber repercutido en el maestro la tarea generadora de Sebastián Soler, que en 1940 publicó en la imprenta de nuestra Universidad su *Derecho penal*, luego de varios trabajos, especialmente en la lucha contra el positivismo sociológico.

Y, como él mismo lo reconocía, la obra de Jiménez de Asúa y la difusión de la literatura penal alemana, en especial, la obra de von Lizst.

A ello debe agregarse la doctrina italiana, especialmente con Carrara, a quien luego traducirá con Soler y Gavier.

Con estas motivaciones y su portentosa capacidad intelectual, pronto fue un jurista de talla. Desde su primer trabajo de aliento, *El hecho penal en la Constitución*, trabajó infatigablemente. No se desmerece la talla intelectual de Núñez aludiendo a la vez a su notable contracción al trabajo. Alguna vez, cuando le preguntamos sobre la forma de estudiar al derecho penal, nos contestó con sencillez: trabajando. En ese sentido, odiaba la ociosidad tanto como la mentira.

Si bien su carrera académica fue interrumpida en 1946 por la intolerancia, y debió trabajar como abogado, produjo innumerables artículos y comentarios, sobresaliendo, por ser libros insoslayables en nuestro litera-

tura, los que publicó sobre delitos contra la propiedad y sobre la acción civil resarcitoria.

En 1955 vuelve a la cátedra y es puesto al frente del Instituto de Derecho Penal. Allí, su labor fue trascendente: la serie de los Cuadernos, la formación de investigadores, su tarea docente, el impulso a la difusión de obras y trabajos extranjeros en nuestro idioma (Mezger, Schönke, entre otros), con la inefable colaboración de Conrado Finzi. Pero, por otra parte, trabajaba infatigablemente en su obra cumbre, su *Derecho penal argentino*, que constituyó una impronta en el derecho argentino. Completó su obra magna con sus Manuales, aun vigentes en nuestra Facultad, y una actualización de las disposiciones de la parte general.

Filiación filosófica y presupuestos científicos en Ricardo C. Núñez

La raíz del maestro era, a mi criterio, stamleriana, y siempre recordaba sus estudios de este autor promovidos por Martínez Paz. En tal sentido, podemos decir que era un neokantiano, que asignaba al derecho un rol funcional decididamente separado de la ética, pues reglas de esta naturaleza tenían vigencia sólo si se incorporaban a través de las normas jurídicas. Y la justicia, como idea del derecho, se va realizando parcialmente a través del derecho justo, que posibilita una comunidad de personas libres, al librero de la arbitrariedad de otro sujeto o del Estado.

Como resultado de esta concepción filosófica, surgen sus presupuestos básicos en la ciencia del derecho penal:

a. En primer lugar, Núñez estaba identificado con una rígida diferenciación entre derecho y moral, y con sesgos stamlerianos solía decir que el derecho reflejaba valoraciones sociales predominantes en determinados tiempos.

b. A la par, como buen kantiano, era un firme defensor de la libertad del hombre como presupuesto. De allí su enérgica lucha contra el positivismo criminológico, que postulaba un determinismo.

c. También su positivismo lo llevó a luchar contra el egologismo, que relativizaba el valor de la norma jurídica, para librarla a una complementación por el juzgador, como derecho humano viviente.

d. Por fin, que el derecho penal liberal, al que adscribía, era un conjunto de normas resguardadoras del individuo ante la actividad represiva del Estado.

Su positivismo era de principio, por lo cual libró sus batallas contra el finalismo, que partiendo de un presupuesto ontológico de acción final, pretendía interpretar sobre esa base un código claramente causalista, con sus repercusiones sobre el dolo, el tipo y el error. Eso, decía Núñez, era apartarse de la ley.

Su concepción del delito

No han sido ni son buenos tiempos para el positivismo jurídico. Considerándolo como una suerte de derecho formulario, sin hacer distinciones al estilo de Bobbio, ha sido atacado desde muchos ángulos, especialmente por los jusnaturalistas, y en el ámbito del derecho penal por una versión de éstos, como el finalismo, y por los neokantianos de Baden, tanto en su primera forma del normativismo, como en la actual de los funcionalismos. Sin embargo, veamos qué ha quedado de esos ataques.

a. En la acción, defendida siempre por Núñez como acción causal, pese a las críticas sobre la omisión (que entendía requería una fundamentación independiente), se pretendió suplantarla por la acción final. Los finalistas fueron astutos, presentando su doctrina como indiscutida aun cuando había entrado en su fase declinante.

Veamos qué dijo Roxin hoy, en Córdoba, en 2008: *“De ahí que la teoría finalista tan sólo tenga hoy, en Alemania, a unos cuantos seguidores a pesar del reconocimiento de algunos de los resultados a los que llega, y que se hable más de esta teoría en el sentido de que forma parte de una época histórica de la dogmática penal y no de su presente y futuro...”*.

Hoy la acción vuelve a considerarse simplificada, con raíz constitucional y definida negativamente a través de las causas excluyentes, como la fuerza física. La causalidad de los positivistas es complementada, sólo complementada, por algunos con la imputación objetiva del hecho.

b. En la antijuridicidad: su concepción de antijuridicidad unitaria, objetiva y formal, fue atacada por el normativismo, en cuanto no aceptaba causas supralegales (moral, justicia, solidaridad). Núñez le decía a Jiménez de Asúa, uno de sus propulsores, de los peligros de esa libre invocación de valores supralegales que dejaba en manos del intérprete su aplicación; que no los temía si Jiménez de Asúa, que era liberal, era el intérprete, pero

que era una forma de abrir el campo a la arbitrariedad y la injusticia. Hoy, ya nadie habla de causas supralegales. Se parece un poco el libre examen del derecho humanitario.

El fundamento subjetivo de la antijuridicidad proclamado por el finalismo tampoco se sustenta hoy en la naturaleza de la acción, sino sobre todo por el traslado del dolo y la culpa al tipo como un procedimiento utilitario y no una consecuencia óptica.

c. En la culpabilidad, su concepción psicologista, que presupone la imputabilidad, como capacidad de comprensión de criminalidad, y la culpabilidad propiamente dicha, como efectiva comprensión de esa criminalidad, sufrió el embate del normativismo, considerándolo un juicio en el que los elementos constituyan base de ese juicio, y se agregaba la normalidad de las circunstancias concomitantes para determinar la exigibilidad o no de la conducta. La polémica llevó al maestro a señalarles que aun en el positivismo y en nuestro código en particular, había niveles significativos de valoración, en la fórmula de la imputabilidad (capacidad de comprensión de criminalidad), en el concepto de dolo, y en la coacción (amenazas de un mal que afecta la libertad de decisión). A su vez, permanece su crítica de considerar que el normativismo pone la culpabilidad no en la cabeza del reo sino en la cabeza del juez.

Naturalmente, la estructura de la culpabilidad como juicio, con su fuerte raíz kantiana, se mantuvo en la concepción finalista, y en las hoy en boga, concepciones funcionalistas. Sin embargo, una fórmula construida para salvar falencias del viejo código alemán de 1871 (que no preveía la coacción amplia como el código argentino de 1922), nada aportó de novedoso en sus contenidos, pues el juicio de normalidad de circunstancias concomitantes que se agregó, nada dice.

Sin embargo, lo que esta concepción ha logrado es que a través de una construcción valorativa, y llevando el dolo al tipo, al que consideran avalorado, dejan para la culpabilidad el error de prohibición, que no exime si no fuere insuperable. Principio axial del derecho penal liberal violado: el que no sabe que hace algo malo, no puede ser castigado como si supiera que hace algo malo.

Por otra parte, el maestro no excluía que dogmáticamente era posible también una estructura en la que, en ciertos tipos, como la tentativa, el dolo perteneciera al tipo, lo que anticipaba su examen antes de la culpabilidad. Lo mismo, que la antijuridicidad integrara el tipo, lo que determinaba en tales casos que su falta excluía tanto la antijuridicidad como el tipo.

Por fin, en el tema de moda de la imputación objetiva, que en gran medida es un tema de causalidad, la mayor parte de sus contenidos están incluidos en lo que el maestro estudiaba como concausas, con raíz carrariana.

Núñez y su concepción política

El maestro era un firme defensor del sistema democrático, pero siempre advertía que la república requería algo más que el mecanismo electoral. La república requiere, decía, ante todo verdaderos ciudadanos conscientes de sus derechos y celosos defensores de ellos. El país ha logrado la democracia, pero no la república, reflexionaba con desánimo. Todo su sistema de derecho penal es defensor de las garantías del hombre frente al Estado. Mantuvo su línea de conducta frente a los gobiernos militares -de allí sus críticas a Soler- y así fue honrado como tal desde la restauración democrática. Quizás sólo faltó que ocupara, como destino natural, un lugar en la Corte, pero el puerto, que no olvida a sus enemigos, colocó a sus hombres.

Era también un acendrado defensor del federalismo. Allí advierto cierta raíz provinciana, no por interpretar inadecuadamente la Constitución, todo lo contrario, sino por su permanente reticencia hacia el puerto. Si habrá rabiado con los dislates de la Cámara Nacional en lo Criminal, como por ejemplo con el móvil ético de la emoción violenta, o el *animus rem sibi habendi* en el hurto. En lo primero venció, en lo segundo, en el puerto siguen en sus trece.

Sin embargo, lo de mayor importancia y actualidad fue su defensa de las competencias provinciales, particularmente en las contravenciones. Su posición de distinguir sustancialmente el delito y la contravención, y la asignación de éstas a la competencia provincial, chocaba con las concepciones negativas, que dejaban librado a la discreción del Congreso Nacional habilitar o no su competencia. La legislación se ha ido alejando del maestro, en un manejo de las reglas de competencia legislativa discrecional (p.ej., en materia de tráfico de estupefacientes) como en la competencia jurisdiccional, como secuestros, etc..

La persona

Para completar su recuerdo, cabe referirse a las altas cualidades que adornaban su personalidad. Era generoso, escuchaba y corregía con paciencia los trabajos de los noveles investigadores. Cierta vez, redactando yo un trabajo de hurto, había llegado a un punto en que se planteaban encrucijadas lógicas. Luego de intentarlo, Ricardo me miró y me dijo: escribí. Y dictó uno o dos párrafos que hicieron recuperar la integridad del trabajo.

Era el maestro un hombre combativo. Se enfrentó con los fascistas de la Segunda Guerra, con las intervenciones del Poder Judicial, con el Concejo Directivo en muchos casos. Al respecto, recuerdo una confidencia: cuando trabajaba en el proyecto Soler, llevé la crítica a un punto casi de agresividad en determinado tema. Ricardo se arrellanó, me miró a los ojos pensativo, y luego me dijo: sacá eso, no seas tan agresivo. Si no vas a terminar como yo, peleado con todo el mundo.

Su desinterés por bienes u honores era proverbial. Rechazó un viaje a Europa a un Congreso, porque no lo necesitaba. Cuando inició su tratado, le dijo a Lerner, quiero cobrar una casa, porque no tengo casa propia.

Su profesionalidad y laboriosidad él las resumía cuando decía: soy el único que tiene el oficio de penalista, aludiendo a las actividades múltiples que en general los argentinos realizamos.

Y por sobre todo, su brillantez intelectual que trasuntaba en sus obras y en el diálogo, que era generoso y sin reticencias.

Balance

Es el auténtico representante de una de las líneas o escuelas interpretativas del derecho penal: el antiguo positivismo jurídico, que compartimos en nuestra cátedra. Pero más allá de la pertenencia escolástica, sus contenidos de la materia son, junto a los de Soler, los que regularmente utilizan los jueces para resolver los casos sometidos a su juzgamiento. Vale decir, un aporte sumo a la cultura jurídica.

Es el mayor expositor de la parte especial del derecho penal, cuya importancia siempre resaltó. Después de Soler, Fontán Balestra y Núñez, no ha habido más expositores integrales de la Parte Especial. Sin embargo, la dogmática de Núñez sobresale por nutrirse en elementos locales,

con lo cual construye una auténtica dogmática argentina, y no una de mera importación.

Ha dejado un estilo dogmático. Más allá de los ataques al positivismo, la solidez de la dogmática desarrollada por Núñez se demostraba por sí misma. Así actúan hoy los jueces, especialmente los de Córdoba, cuando interpretan cuestiones jurídicas.

Es la búsqueda de una verdad que se supone se encuentra en el contexto normativo. Es una verdad objetivada, de modo tal que no es la voluntad o parecer del juez, ni su ánimo de resolver un conflicto, lo que se busca, sino la regla jurídica, lo que da estabilidad y seguridad para los individuos. Siempre recordaba a Paulo:

“Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat”
(El derecho no se extrae de la regla, sino que la regla se construye del derecho existente).

Hoy, frente a los relativismos, siempre recuerdo una expresión suya en un prólogo, donde resaltaba: *“... el valor que en la interpretación jurídica tienen, además de la inteligencia, la buena fe y la experiencia”*.

Querido maestro: pese a sus falencias, el país sigue regido por un derecho penal liberal, en resguardo del individuo y su libertad, como usted siempre propugnó.

Palabras pronunciadas por el Dr. Carlos J. Lascano en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Agradezco a los organizadores haberme brindado la oportunidad de participar de este justo tributo a la memoria del Dr. Ricardo C. Núñez, con motivo del centenario de su natalicio, ocurrido el día 7 de agosto de 1908.

En especial, expreso mi reconocimiento al señor decano de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, por haberme conferido el honor de pronunciar estas palabras en representación de su claustro docente.

En otras ocasiones he manifestado que no tuve la suerte de haber sido alumno de nuestro ilustre homenajeado, porque cuando ingresé a cursar la carrera de abogacía en el año 1967, ya habían transcurrido varios años desde que el Dr. Ricardo Núñez -todavía en la plenitud de su capacidad científica y de su prestigio académico- se hubiera desvinculado de sus funciones como profesor de Derecho Penal y director del Instituto de Derecho Penal de la “Casa de Trejo”. Pero, con sano orgullo, me considero “nieto intelectual” del profesor Núñez, porque debo mi inclinación hacia la dogmática jurídico-penal y mi formación como penalista, a dos personas que fueron sus discípulos directos y dilectos: mi querido profesor Jorge de la Rúa y mi padre; para éste “don Ricardo” (como acostumbraba llamarlo con una combinación de cariño y devoción) era su maestro, consejero y amigo, razón por la cual siempre fue una figura muy cercana a nuestra familia, a quien desde mi infancia pude conocer y tratar con afecto recíproco (al igual que a mi padre, me nombraba como “Lascanito”).

Es ampliamente conocida la trayectoria docente, científica, judicial, profesional y como hombre público de hondas e inquebrantables convicciones republicanas de este verdadero prohombre del pensamiento jurídico-penal de nuestro país, que proyectó su imagen más allá de nuestras fronteras. En especial, a partir de su consagrada obra *Derecho penal argentino*, que comenzó a publicarse en 1959, y a la cual -con la humildad que lo distinguía- no quiso denominar “Tratado”.

En esta intervención me propongo evocar algunas de las facetas quizás menos divulgadas de la rica y recia personalidad del recordado “Maestro”, máximo exponente de la denominada “Escuela cordobesa de Derecho Penal”; me estoy refiriendo al ambiente familiar y sociocultural donde aquélla se forjó, como asimismo a los pasos iniciales del joven Ricardo Núñez como profesor y estudioso del derecho penal, en los años treinta y comienzos de los cuarenta del siglo pasado.

En particular, he de ocuparme de sus primeras investigaciones científicas, donde puso en evidencia su formación jurídica autoadquirida, su aguda inteligencia y su espíritu inquieto y abierto a las nuevas corrientes de pensamiento provenientes de la vieja Europa, sin perder contacto con nuestra realidad.

El ambiente familiar y sociocultural de sus primeros años de vida

En este punto debo agradecer la valiosa información que me ha sido proporcionada por el Dr. Félix González, esposo de Josefina, una de las cinco hijas del Dr. Ricardo Núñez, quien con solvencia -junto al Dr. Roberto Spinka- actualizó su *Manual de derecho penal. Parte General*.

Ella nos ilustra acerca de la primera etapa de la vida de nuestro homenajeado, antes de convertirse en el maduro profesor y cultor de la ciencia penal, cuando se crió en su ambiente familiar y social en Santa Catalina.

Allí convivió con la familia materna de los Díaz y los De la Torre, entre los cuales predominaban las ideas políticas conservadoras, provenientes de quienes habían sido legisladores y funcionarios roquistas, en contraste con la identificación de su más reducida familia paterna con los postulados del radicalismo yrigoyenista. Sus primeras amistades fueron esos parientes y quienes frecuentaban ese lugar de veraneo de las familias tradicionales de Córdoba, durante las primeras décadas del siglo pasado.

Ricardo Núñez empezó su educación primaria en la escuela de Santa Catalina, concluyéndola en Córdoba en la escuela Olmos. Cursó sus estudios secundarios en el Colegio de Monserrat, época en la cual comenzó la práctica del boxeo amateur, entrenándose en los veranos de Santa Catalina con sus parientes los Martínez Gavier, y llegando a ser campeón provincial de estudiantes y del Club Deportivo Municipal (1926).

En aquellos años trabajó como peón en el campo de la familia De la Torre, al lado de los otros peones, donde aprendió las tareas rurales, destacándose como buen domador, tal como lo han relatado Luis Marcó del Pont y Daniel Pablo Carrera.

El primero, en *Ricardo Núñez. El Maestro*¹, afirma: “*Es un criollo. Conoce a la gente del campo, a los peones, a los serranos cordobeses. Anda a caballo, dialoga franca y amenamente con la gente de Santa Catalina, su querido refugio de las sierras cordobesas, pasando Ascochinga*”.

¹ Luis MARCÓ DEL PONT, *Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, edición homenaje a Ricardo C. Núñez, Nueva Serie, N° 1, 1995, Marcos Lerner Editora Córdoba, pág.193.

El segundo, discípulo y querido amigo de nuestro homenajeado, en la *Prelusión* de la obra intitulada *Pensamiento penal vigente. Homenaje a Ricardo C. Núñez y a José León Schwartz*², nos relata que Ricardo Núñez tenía tanto orgullo de su pasado de boxeador aficionado, cuanto “*de haber sido domador -según él- de los buenos, de los domadores que no se valen de golpes, sino que vuelven dócil a un potro, con paciencia, trabajándolo -es el término suyo- poco a poco, hasta conquistar la confianza del animal*”.

El perfil rural de Ricardo Núñez -puesto de relieve por Félix A. Frías en la sección *La Voz de la Calle*, en la edición del martes 11 de noviembre de 1997 del diario “La Voz del Interior”- se completa con los datos de que acostumbraba correr carreras de cuadreras y que durante un corto espacio de tiempo administró un campo de su padre en Montecristo.

Cuando comenzó su carrera de escribanía en nuestra Universidad Nacional, a través de su compañero de estudios Jorge Funes Lastra, conoció a la hermana de éste, María Celia, a quien don Ricardo llamaba cariñosamente “Chocha” y los demás familiares y amigos “Chochita”, quien con el tiempo será su esposa. A principios de 1930 -año en que ingresó como empleado de los tribunales provinciales- domó una yegua (“Chinche”) y se la regaló a Chocha, a quien iba a visitar a caballo desde Santa Catalina a la Estancia de San Isidro, donde veraneaban los González, que formaban la numerosa familia materna de Chocha, dueños de dicho establecimiento, a quienes también incluyó en el círculo de sus amistades.

En 1932 fue designado secretario del Juzgado de Instrucción de Segunda Nominación; de ese año data su primer trabajo -que Sebastián Soler le elogió personalmente-.

Fue un tiempo de activa vida social -lo que contrasta con la imagen que muchos tenemos del Núñez de la madurez- en la cual practicó polo, tuvo una “*voiturette*” que solía prestar generosamente a sus hermanos y parientes, y se destacó como un hombre de cuidados modales y varonil elegancia, según muestran algunas fotografías de esa época.

Cuando se recibió de escribano, Ricardo Núñez comenzó su carrera de abogacía, en la cual fueron sus compañeros de estudio, Ernesto Gavier

² Daniel Pablo CARRERA, *Pensamiento penal vigente. Homenaje a Ricardo C. Núñez y a José León Schwartz*, Córdoba, Advocatus, 1994, pág. 9.

y Eduardo Martínez Carranza. Aquél solía decirle a su yerno Félix González que Ernesto Gavier había sido su mejor discípulo y que Eduardo Martínez Carranza era un hombre muy inteligente, que había abandonado el derecho por la vida social en Buenos Aires, en una trayectoria opuesta a la seguida por él.

Se casó con Chocha en 1934 y se graduó como abogado en 1938, año en el cual también obtuvo su título de doctor, ambos en la Universidad Nacional de Córdoba.

Los lineamientos político-criminales de la Constitución Nacional utilizados en la construcción de la teoría de la imputación jurídico-delictiva

Su tesis doctoral, breve pero sustanciosa, intitulada “El hecho penal en la Constitución y en el Código Penal”, fue publicada en la “Revista de Psiquiatría y Criminología,” en 1939³. Sobre ella -en la semblanza del profesor Núñez realizada en el mencionado número 1° de la Nueva Serie de los *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*⁴ ha expresado el profesor consulto Humberto S. Vidal: “*Resulta curioso señalar que muchos años después, cuando era director del ex Instituto de Derecho Penal, se refería con desdén a ese trabajo, que, sin embargo, ha sido citado por otros autores, reconociéndole el mérito de una concepción unitaria del concepto de hecho en el ordenamiento jurídico general*”.

En el mismo año 1939, en el “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba”⁵, fue publicada una conferencia leída por Ricardo C. Núñez, el 12 de noviembre de

³ Tesis doctoral intitulada: “El hecho penal en la Constitución y en el Código Penal”, publicada en la Revista de Psiquiatría y Criminología en 1939, N° 19, enero-febrero, Buenos Aires, 1939, pág. 89 y ss. También fue incluida en Daniel P. CARRERA, *Pensamiento penal vigente*, ya cit., págs. 27 a 711.

⁴ Págs. 20 y 21.

⁵ Año II, N° 5. También incluido en, Daniel P. CARRERA, *Pensamiento penal vigente*, págs. 119 a 130.

1938, denominada *El delito como instituto jurídico*, donde refuta -como él sabía hacerlo- algunas críticas que le formulara Pablo Mariconde, el profesor titular de la Cátedra de Derecho Penal de la mencionada Universidad, de fuerte formación positivista criminológica, en su voto desfavorable como integrante del tribunal que en 1938 evaluó su tesis doctoral.

Considero relevante destacar que, en ambos trabajos de su juventud, Núñez -en base a los criterios político-criminales extraíbles de la Constitución Nacional- fue esbozando los lineamientos para la construcción de las diferentes categorías analíticas de lo que más tarde -en 1959, en su *Derecho penal. Parte General*- dio en llamar la “teoría de la imputación jurídico-delictiva”.

Ello se condice con lo que acertadamente puso de manifiesto Jorge de la Rúa, en *Las razones de un homenaje*⁶: “*En la integridad de su formación jurídica, Ricardo Núñez es además un fino intérprete de las normas constitucionales, con un claro sentido liberal, que lo traduce en su elaboración científica (su defensa del federalismo en la distinción entre delitos y contravenciones, su respeto a la intimidad del hombre en relación a las acciones privadas, las ricas derivaciones de los principios de legalidad y de reserva son la mejor muestra*”; en tal sentido destaca la “*tipicidad del hecho como derivación constitucional (desde sus afanes juveniles con ‘El hecho penal’)*...” (lo resaltado en negrita nos pertenece).

Precisamente, en esta investigación que defendió en 1938, a la edad de treinta años, como “*fruto de las preocupaciones preliminares de un estudiante de derecho penal*”, según las palabras del propio Núñez, éste, explicó claramente el hecho típico y su influencia en lo ilícito penal, a partir de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Siguiendo las enseñanzas expuestas en el *Manuale di diritto penale*, traducción italiana de Roberto Vozzi⁷, expuso: “*La esencia del derecho consiste en la limitación obligatoria de los campos de actividad de*

⁶ Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología - edición homenaje a Ricardo C. Núñez, Nueva Serie, N° 11, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1995, págs. 15 y 16.

⁷ *Manuale di diritto penale* (traducción italiana de Roberto Vozzi), Nápoles, 1936, párr. 32, II.

los hombres. Por consiguiente: objetivamente antijurídicas, esto es, injustas, o violaciones del derecho, son aquellas acciones que importan una invasión prohibida en el campo de la actividad, jurídicamente protegido, de otro individuo o de la colectividad; en otras palabras; una ofensa a los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos): al orden y la moral pública y al derecho de un tercero (artículo 19 C.N.)”⁸.

A continuación, citando como concordantes las opiniones de von Liszt⁹, Hippel¹⁰, Soler¹¹ y Henoch Aguiar¹², agregó: *“Lo ilícito criminal se caracteriza, en general, por la consecuencia jurídica que le es propia: la pena. Pero en el sistema liberal presenta otra nota específica: la discontinuidad. El derecho penal forma un sistema de ilicitudes discontinuas. La ley prevé tipos de injusto (hechos típicos), y sólo si el comportamiento humano se conforma a alguno de esos tipos, se puede hablar de ilícito criminal; a la pena únicamente se llega a través de uno de los hechos taxativamente enumerados por la ley. No ocurre lo mismo en el orden civil: aquí no se requiere esa predeterminación legislativa de los hechos que pueden presentarse como violatorios de la norma; para que el hecho se considere ilícito, basta que concurran ‘los tres caracteres siguientes: voluntariedad, daño e imputabilidad de éste al agente, en razón de su dolo o de su culpa (arts. 1072 y 1109 del C. Civil)’; aquí se da un sistema continuo de ilicitudes”* (lo consignado en letras negritas nos corresponde).

Concluye expresando Núñez¹³ que la Constitución Nacional *“impone en el orden penal un sistema discontinuo de ilicitudes. El artículo 18 establece que sólo se puede castigar por hechos previstos en la*

⁸ *El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código*, en Daniel P. CARREIRA, *Pensamiento penal vigente*, pág. 31.

⁹ Citando a VON LISZT, *Traité du droit penal allemand*, trad. francesa sobre la 17ª ed. alemana, por LOBSTEIN, párr. 44, I, 1.

¹⁰ Citando a HIPPEL, *Manuale*, párr. 2, II.

¹¹ Citando a SOLER, “Derecho penal liberal, soviético y nacional socialista”, en *Cursos y conferencias*, Buenos Aires, 1937, N° 3, pág. 321.

¹² Citando a Henoch AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos, actos ilícitos*, 1936, pág. 54.

¹³ *El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código*, pág. 32.

ley al tiempo de su ejecución; lo que equivale a decir, según se exige en el sistema liberal, que la comisión de uno de esos hechos es el presupuesto necesario para la aplicación de una pena. Pero esto, que de por sí es suficiente para justificar nuestro aserto, es completado por otro precepto que sanciona en forma terminante el principio de la discontinuidad: ‘Ningún habitante de la Nación Argentina será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe’ (artículo 19 in fine). Todo lo que está fuera de los hechos previstos es lícito; entre una y otra incriminación hay una zona de licitud penal”.

Tan tajantes y precisos razonamientos acerca de la discontinuidad de lo ilícito penal -que levantaron “enconadas objeciones” del profesor Pablo Mariconde- fueron ratificados al poco tiempo por el flamante y joven doctor en Derecho, en *El delito como instituto jurídico*¹⁴.

Allí sostuvo Núñez que a sus argumentos, sustentados en las opiniones de los profesores Soler y Aguiar, “*se ha respondido que la tipicidad es una característica común de lo ilícito penal y de lo ilícito civil, conclusión que se ha extraído del principio de la unidad de lo ilícito y del artículo 1066 del Código Civil*”.

A continuación expresó: “*Resulta, sin embargo, respecto a la primera objeción, que para afirmar o negar la continuidad de lo ilícito, en nada se debe recurrir al problema de su unidad. Este problema, para quien admite la unidad, posición que acepta mi impugnante, se resuelve sobre la base de que, formalmente todo injusto importa la transgresión a los mandatos y a las prohibiciones del ordenamiento jurídico, y sustancialmente, es la invasión a la esfera ajena de acción jurídicamente protegida. A nadie puede escapar que este contenido del concepto de unidad de lo ilícito, no es un inconveniente para que en el campo penal liberal, porque de éste sólo es un atributo la discontinuidad, la transgresión a los mandatos y a las prohibiciones de las normas y la ofensa a los intereses jurídicamente protegidos, puedan solamente realizarse a través de ciertos hechos, de ciertas figuras o tipos, y para que en el campo civil, no se requiera esta vía típica para llegar a la transgresión y a la ofensa*”.

¹⁴ En Daniel P. CARRERA, *Pensamiento penal vigente*, cit., págs. 124 a 127.

La segunda impugnación de Mariconde fue replicada en forma contundente por el joven adscripto a su cátedra y reciente doctor en Derecho, con la eficacia con que probablemente acostumbraba hacerlo como boxeador amateur: “No menos arbitraria es la cita del artículo 1066 del Código Civil. Si el régimen de lo ilícito se hubiera limitado en la ley civil a las prescripciones del Título VIII de la Sección Segunda del Libro Segundo, habrían tenido éxito las objeciones formuladas en base de dicho artículo, que establece que para que el acto se considere ilícito civilmente, debe estar expresamente prohibido por las leyes ordinarias o municipales, o por los reglamentos de policía; pero resulta, y esto ha sido olvidado por quien ha pretendido polemizar, que en el Código Civil existe un título cuyo epígrafe reza: *“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”*, ante cuyo artículo 1109, se muestra arbitraria la afirmación del impugnante. Este artículo que preceptúa que todo el que ejecute un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio, rompe, al decir de Aguiar, la estrechez de la definición del artículo 1066, complementándola y extendiendo la noción de lo ilícito a otros actos que aquellos designados expresamente en la disposición prohibitiva o imperativa emanada de autoridad competente, para comprender, en la amplitud de su concepto, todos aquellos actos que violan por sí o con sus consecuencias, los principios fundamentales del derecho y que él mismo nunca deja sin sanción, a pesar de no haberlos, previamente, prohibido u ordenado; o sea, todo aquello que importa *agere sine iure, id est contra ius*”.

Veinte años después, en 1959, al explicar la teoría de la imputación jurídico-delictiva, el ya maduro y renombrado catedrático de Derecho Penal de la Universidad cordobesa, en el prólogo de la Parte General de su *Derecho Penal Argentino*¹⁵, sostuvo que *“un estudio del derecho penal positivo encarado con más espíritu de enseñanza científica que de exposición de sus propios principios, con arreglo a sus fuentes, a su doctrina y a su práctica, no respondería a las necesidades del país”*.

En base a tales premisas, y partiendo del principio *nullum crimen sine praevia lege poenali*, Ricardo Núñez enseña que los hechos punibles

¹⁵Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I.

están especificados por la ley mediante las *figuras delictivas*, que señalan sus elementos propios y tiene la función de “*tipos* (modelos) para establecer si, desde el punto de vista *descriptivo*, una conducta cae o no en alguno de los círculos cerrados y discontinuos (con soluciones de continuidad) de lo punible”¹⁶ (lo resaltado nos pertenece).

Más adelante¹⁷, explica que “lo que el derecho no puede hacer sin caer en una contradicción fundamental, es *aprobar* objetivamente una conducta en un sector y luego desaprobala en otro. El derecho no le puede decir al homicida; mereces pena, pero como mereces mi aprobación desde el punto de vista civil, no debes reparación. O viceversa. No existe, sin embargo, contradicción, porque el derecho le diga al destructor de la cosa ajena: no mereces pena porque lo hiciste sin intención, pero basta tu culpa para que repares el daño. Ni existe contradicción porque tipifique penalmente un hecho y excluya la reparación por falta de daño; o porque, existiendo éste, excluya la pena por falta de tipificación. Todas éstas son circunstancias que, sin afectar la unidad de la desaprobación del hecho, modifican sólo el campo de sus efectos”.

La vigencia y actualidad del pensamiento de Núñez

Setenta años más tarde en Alemania se planteó una situación similar con la concepción normativa de Roxin, quien postulaba un derecho penal abierto y orientado a las consecuencias mediante su vinculación a las valoraciones de carácter político-criminal, que hicieran posible su permanente remodelación.

Ello se traduce en la exigencia de elaborar las distintas categorías de la estructura del delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena -tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial- que debe aña-

¹⁶ *Derecho penal argentino. Parte General I*, pág. 221.

¹⁷ *Ob. cit.*, pág. 297.

dirse a la culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal; de tal modo, la culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad, pero la culpabilidad del autor tampoco puede legitimar por sí sola la imposición de una pena sin necesidades preventivas que la justifiquen.

Para el modelo programático formulado por Roxin -que propugna conciliar la política criminal con el sistema teórico conceptual- no se presenta una disyuntiva entre dogmática jurídico-penal y decisiones político-criminales correctas, sino que introduce estas valoraciones en cada una de las categorías de la teoría del delito, para acercar el derecho penal, a la realidad y al caso concreto, sin renunciar a la seguridad jurídica como meta última de la elaboración del sistema.

La particular forma de organización socio-política de la comunidad en que haya de ser aplicado el derecho penal, con las pautas emergentes de la Constitución como ley fundamental del Estado, determinará -para Núñez como para Roxin- qué criterios político-criminales serán preferibles.

A nuestro modo de ver, las premisas valorativas consagradas por nuestro Estado constitucional de derecho que resultan decisivas en la elaboración de un sistema de imputación penal más racional, previsible y uniforme, que sirva para limitar el poder punitivo estatal, son los principios de acción-exterioridad, lesividad, legalidad, reserva penal o máxima taxatividad, intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad y culpabilidad.

Nuestra posición, fundada en un modelo constitucional penal-liberal, cuyos lineamientos fueron puestos de manifiesto por el profesor Ricardo Núñez, afirma que el contenido material de la antijuridicidad deriva del art. 19 C.N., el cual garantiza la libertad individual al limitar las potestades estatales tendientes a la seguridad, estableciendo que para que una conducta pueda ser mandada o prohibida deberá existir una ley (*antijuridicidad formal*), y ésta no podrá ordenar o prohibir comportamientos que no sean ofensivos al orden y a la moral pública o perjudiciales de los derechos de terceros (*ilicitud sustancial*). De modo tal, que el criterio diferenciador entre las acciones *privadas* y las *públicas* es el de la ofensividad o lesividad de las últimas, y su consecuencia es la posibilidad legal de su prohibición o mandato.

En esa línea de pensamiento, sostenemos que -por imperio del primer párrafo de la mencionada disposición constitucional- sólo pueden ser

antijurídicas en general aquellas acciones humanas externas (“acciones públicas”) que -de algún modo- ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen los intereses de un tercero; pero sólo a la ley penal “anterior al hecho del proceso” (art. 18 C.N.) le compete de manera exclusiva la tarea de seleccionar -de entre los múltiples comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico general- el elenco de conductas penalmente antijurídicas taxativamente descriptas en los tipos delictivos de la Parte Especial del Código Penal.

Sin embargo, el legislador no está legitimado para prohibir bajo amenaza de pena cualquier comportamiento ilícito en general. En un derecho penal de mínima intervención cuya función primordial es la protección subsidiaria de bienes jurídico-penales, sólo puede tipificar como delitos los comportamientos humanos exteriorizados que signifiquen las modalidades de ataque más peligrosas e intolerables para aquéllos.

Ello es coherente con las enseñanzas de Santiago Mir Puig¹⁸: “Que el derecho penal *sólo* deba proteger ‘*bienes jurídicos*’ no significa que *todo* ‘*bien jurídico*’ haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente protegidos deba determinar la intervención del derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal. El concepto de ‘*bien jurídico*’ es, pues, más amplio que el de ‘bien jurídico penal’”.

Conforme al principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos sólo está autorizado el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada, que implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, cuando dicha afectación no esté justificada por la necesidad de preservar otro bien jurídico prevaleciente.

De tal forma, realizando una operación de integración normativa de los tipos de la Parte Especial del Código Penal con las causas de justificación contenidas en la Parte General, podemos obtener una visión completa del ámbito de prohibición penal y así conocer cuáles son los comportamientos socialmente dañosos que -por implicar riesgos prohibidos por los tipos de injusto específicamente penales- están amenazados con pena.

¹⁸ *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor S.L., 1998, págs. 91 y 92.

En consecuencia, una misma conducta no puede -al mismo tiempo- estar penalmente prohibida por ser típica, y permitida por no ser antijurídica, al estar cubierta por una causa de justificación.

En la arquitectura político-criminal de la Constitución argentina no existen normas *permisivas* -los denominados “permisos fuertes”, diferenciables de los comportamientos jurídicamente irrelevantes, llamados “permisos débiles”- que puedan configurar excepciones a la regla, representada por las normas prohibitivas o imperativas.

El ámbito de libertad que garantiza ampliamente el art. 19 C.N., comprende no sólo las ideas y pensamientos no traducidos en acciones humanas externas, sino también aquellas conductas que los ciudadanos pueden facultativamente realizar o no realizar, sin consecuencias jurídicas, porque no han sido objeto de un mandato o de una prohibición. Estas son las dos únicas normas previstas en el segundo párrafo del art. 19 C.N., cuya infracción puede dar lugar a la antijuridicidad, razón por la cual consideramos incoherente e ilógica la distinción entre lo “no prohibido” y lo “prohibido permitido”.

De tal manera, podemos decir que la libertad de obrar es la regla, y que las restricciones a tan amplia facultad, emergentes de los mandatos y las prohibiciones, constituyen las excepciones. Por ese motivo, se dice que “todo lo que no está prohibido o mandado, está jurídicamente permitido”, pero no con el significado de “permisos en sentido fuerte”, que excepcionen a las normas prohibitivas o imperativas, pues no compartimos las opiniones que interpretan que la forma negativa de redacción de la segunda cláusula del art. 19 C.N., “demuestra que la conducta será *prohibida u obligatoria* cuando no esté específicamente permitida”¹⁹, dado que aquéllas significan una inadmisibles inversión del sentido garantista y liberal de dicha cláusula constitucional.

Combinando los arts. 18 y 19 C.N., y teniendo en cuenta la limitación emergente del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, a través del principio de *ultima ratio* del derecho penal, estimamos que no sólo se trata de saber cuándo puede legitimarse desde el punto de vista constitucional que un determinado comportamiento pueda

¹⁹Fabián BALCARCE, “La antijuridicidad”, en *Derecho penal. Parte General. Libro de estudio*, Carlos J. LASCANO (H) (dir.), Córdoba, Advocatus, 2002, pág. 375.

estar, en general, prohibido o mandado (*antijuridicidad general*), sino cuándo podría estar prohibido o mandado bajo amenaza de pena (*antijuridicidad penal*).

Por ello, la *antijuridicidad general* satisface los principios de legalidad, reserva penal y lesividad; la *antijuridicidad específicamente penal*, los de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal.

En definitiva, el programa político-criminal de la Constitución argentina configura un sistema de garantías para la libertad del ciudadano, quien no podrá verse sometido a sanción alguna si su comportamiento no encuadra en algún supuesto de hecho, previamente determinado en forma clara y taxativa por la ley, que describa con precisión aquellas acciones socialmente dañosas que -por implicar riesgos prohibidos por los tipos de injusto específicamente penales- sean objetivamente merecedoras de pena. Con ello se puede evitar el ejercicio abusivo de la coerción penal estatal con objetivos puramente ideológicos, que era una de las principales preocupaciones del profesor Ricardo Núñez, quien fue un auténtico “cruzado” en contra del derecho penal autoritario.

PREMIOS

DISTINCIÓN MAESTRO DEL DERECHO

Resolución 12/2008

Córdoba, 23 de abril de 2008.

VISTO:

El Premio “*Maestro del Derecho*” instaurado por esta Corporación con el objeto de galardonar y reconocer la trayectoria de aquellos juriconsultos que hayan sobresalido y alcanzado consagración en el estudio, la investigación y la enseñanza del derecho y, en este caso además, en el ejercicio de la magistratura;

Y CONSIDERANDO:

Que el Dr. Carlos Santiago Fayt, ha recorrido un trascendental camino en la enseñanza del derecho y como magistrado.

Que por su trayectoria, su persona constituye el arquetipo de juez, en el que se destaca su probidad y coherencia en el dictado de las sentencias y en particular, su constancia en defender la independencia del Poder Judicial, ejemplo a seguir por los magistrados del país.

Que el mismo ostenta los títulos de abogado, doctor en Jurisprudencia y profesor emérito de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Que entre sus méritos académicos y profesionales podemos mencionar que fue profesor regular titular de Teoría Política en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Resolución N° 2208 - Exp. 300.634/64); profesor de Derecho Político en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de las Universidad Nacional de Buenos Aires y La Plata; profesor de Ciencias Políticas en la Facultad de Ciencias de la Información (U.M.S.A).

Profesor titular de Política Social en las Escuela de Asistentes Sociales del Museo Social Argentino; profesor titular de Teoría Política en la

Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Belgrano, y profesor titular de Sistemas Políticos Comparados de la Universidad de Belgrano; profesor invitado por varias instituciones internacionales, al igual que por Universidades extranjeras.

Que ha dictado conferencias en el país y en el extranjero.

Que ha publicado numerosas obras jurídicas entre las que se mencionan: *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Dávila, 1943; *Derecho político*, editoriales Abeledo-Perrot (1962), Ghersi (1984) y Depalma (1985); *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Depalma, 1994; *El self-moving. Garantía de independencia del Poder Judicial. La inamovilidad de los jueces federales, nacionales y provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 1999; *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el siglo XXI*, Buenos Aires, La Ley, 2001; *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes*, La Ley, 2004, y recientemente ha publicado, entre otras obras, *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad. El legado del siglo XX y los desafíos del siglo XXI*, Buenos Aires, La Ley, 2007; *El efectivo cumplimiento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La fuerza imperativa de sus pronunciamientos*, Buenos Aires, La Ley, 2007 y *La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje*, La Ley, 2007.

Que ha sido galardonado con diversos premios y distinciones vinculados con la especialidad, entre ellos: Diploma de Honor del Colegio de Abogados de Buenos Aires, conferido al trabajo sobre *Fuentes de la Constitución Argentina*, 1943; becario nacional en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Comisión Nacional de Cultura, año 1945; Premio Derechos Humanos del Congreso Judío Latinoamericano correspondiente al año 1983; Premio Konex de Platino en Ciencias Políticas conferido en 1986; Primer Premio Nacional a la Producción Científica en el Derecho y en las Ciencias Políticas, otorgado por la Secretaría de Cultura del Ministerio de Cultura y Educación en el año 1997; académico honorario de la Academia Argentina de la Historia, octubre de 2001.

Que ha sido miembro e integra en la actualidad numerosos instituciones entre ellas: presidente del Centro de Estudios de Derecho Constitucional; miembro de la Comisión nombrada por decreto-ley 14.594/56 para el estudio de un nuevo régimen de ciudadanía y naturalización que elevó al Poder Ejecutivo un proyecto completo sobre la materia; miembro de la

Comisión Revisora y Consultiva del Proyecto de Reformas al Procedimiento Penal de la Capital Federal.

Miembro fundador de la Asociación Argentina de Ciencias Políticas, cuya Junta Ejecutiva actualmente integra; miembro correspondiente a la Asociación Internacional de Ciencias Políticas.

Que en la actualidad es profesor emérito de la Universidad Nacional de Buenos Aires; profesor titular en la Universidad de Belgrano y del Museo Social Argentino; miembro del Consejo Académico de la Universidad del Museo Social Argentino; académico honorario de la Academia Argentina de la Historia; miembro honorario de la Asociación Argentina de Derecho Político; ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el 23 de diciembre de 1983 hasta la fecha.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

1º) Acordar la distinción “Maestro del Derecho” al Sr. ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos Santiago Fayt.

2º) Establecer la fecha 14 de mayo de 2008 para la entrega de la Distinción.

3º) Designar para la presentación del galardonado, al Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa.

4º) Invitar a participar en el Homenaje a los decanos de las facultades de Derecho y Ciencias Sociales de las Universidades de Córdoba, como así también a la Honorable Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a la Academia Nacional de la Historia, a la Universidad de Buenos Aires y a la Universidad del Museo Social Argentino.

5º) Comuníquese y archívese y remítase copia a las Instituciones invitadas.

Julio I. Altamira Gigena
Académico Secretario

Luis Moisset de Espanés
Académico Presidente

Palabras iniciales del Sr. presidente de la Academia, Dr. Luis Moisset de Espanés

Seré muy breve. Nuestra Academia periódicamente, para cumplir con las finalidades de su Estatuto suele discernir dos premios: uno destinado a jóvenes abogados, menores de treinta y cinco años de edad; es el premio Joven Jurista, que tiene como finalidad fomentar vocaciones. La otra distinción a que me refiero es el Premio Academia, que se entrega a personas en plena madurez, que se encuentran en actividad y acreditan una destacada trayectoria, premio que constituye un jalón en su vida de docentes e investigadores.

A ello se suma de manera extraordinaria, como lo ha dicho ya el maestro de ceremonias, el premio denominado Maestro del Derecho que con anterioridad sólo se ha entregado en dos oportunidades; la de hoy es la tercera vez. En este caso no se pretende estimular vocaciones, ni consagrar a una persona que ya la ha obtenido, sino reconocer una trayectoria completa, propia de una vida dedicada al derecho en todos sus campos: en el ejercicio profesional, en la docencia y, en este caso especial, en la magistratura, terreno en el cual el doctor Fayt ha dado ejemplo a todos los magistrados de la República de lo que debe ser la conducta intachable de un juez insobornable.

Cuando en reunión de Mesa Directiva se habló de la posibilidad de que nuevamente se otorgara el premio Maestro del Derecho, el académico De la Rúa sugirió el nombre del Dr. Fayt que, desde ese momento, obtuvo pleno consenso de todos los académicos.

Hoy nos reunimos aquí para hacer efectivo ese consenso y, el Dr. De la Rúa, que tuvo esa brillante idea, ejercerá la representación de la Academia para saludar al Dr. Fayt y recordar sus altos méritos.

Nada más y gracias a todos los presentes.

Palabras pronunciadas por el académico de número Dr. Jorge de la Rúa en representación de la Academia de Derecho

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba me ha encomendado hablar en su representación en éste, uno de sus

actos más trascendentes, cual es la entrega, por tercera vez en varias décadas, del premio Maestro del Derecho al doctor Carlos Santiago Fayt.

El señor presidente ha expuesto ya el sentido de este premio, presentándolo, con razón, como reservado para personalidades que por el testimonio de su vida en su relación con el derecho y las ciencias sociales, son merecedoras de esta distinción. De su exposición resulta claro que estamos en un acto en el que se entrega uno de los más importantes premios de esta Academia cordobesa. Cabe a mí, ahora, presentar al premiado.

Incurriría en un burocratismo expositivo si me abocara a exponer el vasto currículum del doctor Fayt. Cuando una persona como él ha accedido, en la vida social y cultural, al nivel de símbolo o paradigma, no es necesario tanto recorrer las etapas de su camino existencial, como en cambio valorar los horizontes que guiaron a esa persona a lo largo de su vida, y las respuestas, a través de la conducta, de las incitaciones o dilemas, a veces acuciantes o dolorosos, de los tiempos vividos.

Soy un convencido de que la obra insigne de los constituyentes de 1853 ha producido, entre sus muchos efectos, un tipo particular de ciudadano. Lamentablemente, no es el ciudadano que podría conformar las mayorías de la población a lo largo de la historia, lo que no quiere decir, tampoco, que se escude en un perfil aristocrático separado del pueblo.

El ciudadano a que aludo es ese producto de la introyección de los principios de un liberalismo político significativo y profundo, no incompatible con su proyección social.

En las bases agonales de estos ciudadanos se encuentran los principios que resultan esenciales para definir su arquetipo: son convencidos del ideal de un estado civil, democrático, laico e igualitario. Un modelo en el que las libertades individuales del ciudadano son valores innegociables, un modelo en el que la voluntad popular es la condición esencial de un gobierno legítimo, un modelo que respetando la libertad religiosa deslinda con claridad el ámbito de lo secular, y un modelo, por fin, que comprende que la igualdad sólo se logra a través de la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, y que en tal objetivo la educación estatal popular y gratuita es una herramienta esencial.

La República constitucional inicial, la del siglo 19, estuvo insuflada de gran parte de estos principios fundantes, aunque los reducidos beneficiarios de un liberalismo político y económico en una sociedad no culturalizada y discriminatoria, no supieron orientar los excedentes que la naturaleza

dotaba a la Argentina, hacia la consolidación de un estado moderno en base a una clara conciencia civil y participativa, y a una economía que no se limitara a la venta de productos naturales. Sin embargo, a través de Sarmiento, Alberdi y Avellaneda, se dejaron sembradas las semillas de la educación como vía de acceso del pueblo a los beneficios de la libertad. Valga como ejemplo la ley 1420.

En cambio, es en la República del siglo 20, en la que corresponde ubicar a nuestro homenajeado. En esta etapa comienza un proceso necesariamente complementario del sistema diseñado en 1853: la participación popular a partir del sufragio universal. Sin dudas, la ley Sáenz Peña es la que completa el modelo democrático de 1853.

El sufragio universal generó gobiernos populares que, no obstante, no han gozado del consenso de la historia. Y esas vicisitudes del producto del sufragio universal -valor insoslayable- todavía las está viviendo la República. Porque, lamentablemente, la crítica a los gobiernos sirvió para ignorar y conculcar principios, aprovechando orientaciones populistas o mesiánicas, y abrió al paso a innecesarias asonadas militares generadores de largas noches autoritarias. En los tiempos actuales, una fuerte desculturización, particularmente política, ha sido generadora de aparatos electorales publicitarios al margen de los partidos de la constitución, que implican rápidas victorias y al poco tiempo desencantos, en ciclos cada vez más breves e inmaduros de euforia y decepción.

Ese es el escenario, la República del siglo 20, donde transitó en la mayor parte de su vida el ciudadano Fayt. Demostró con su conducta pertenecer al arquetipo al que aludíamos: férrea defensa de la soberanía popular, de las libertades individuales, de la laicidad del gobierno civil, y de la educación como herramienta igualadora.

Desde niño, fue un beneficiario agradecido de la educación pública y gratuita, generando actos de participación estudiantil (defensas, gremialismo, revistas, etc.) y ejerciendo docencias solidarias con otros jóvenes que mostraban la calidad del material. Todo en colegios públicos, lo mismo que su carrera profesional, en universidad pública.

A partir de entonces, armado Fayt de su bagaje educativo, cultural y social, la defensa de sus principios hace que se cumpla una regla que informa a la mayoría de los hombres públicos que se han distinguido en la Argentina: son soldados de varias trincheras, participando en diferentes batallas. ¡Y qué bien vale la expresión para el doctor Fayt! La actividad

política en el socialismo primero y en otras organizaciones sociales después, la actividad comunitaria (profilaxis, educación cívica, etc.), el cultivo de la ciencia jurídica a través de su carrera académica en La Plata y Buenos Aires, con una vastísima y calificada producción, la sacrificada actividad gremial profesional en la que sentó desde la Asociación de Abogados los cimientos del hoy prestigioso Colegio Público de Abogados, y por fin, la magistratura como ministro superior de la Corte democrática desde 1983.

No obstante ser un residente en el puerto desde temprana edad, el doctor Fayt no es un hombre del puerto. No lo es, en tanto no ha sido prebendario de beneficios económicos, profesionales o corporativos que la ciudad malsana ofrece seductoramente; no lo es, pues toda su carrera se fundó en la verdad y en el sacrificio personal, sin apoyarse en estructuras de privilegio; no lo es, en tanto siempre ha sido su preocupación la Argentina integral, la que existe más acá y más allá de la Avda. General Paz; su carrera académica se desarrolló en gran parte en la provincia, en la ciudad de La Plata, ciudad que comparte con Córdoba el resguardo de los principios de la reforma universitaria de 1918 que el doctor Fayt siempre defendió.

En su obra científica, siempre fue su preocupación deslindar los límites y establecer las relaciones entre derecho y poder, como base del estado de derecho. La carga social de las normas determina a veces conflictos que desequilibran esa relación. Pero la Constitución aparece, en la concepción de Fayt, como el eje fundamental del sistema democrático. Sus desarrollos sobre el imperio de la ley como basamento fundamental del Estado de derecho resultan magistrales:

Leo a Fayt en su *Derecho político*: “*El imperio de la ley adquiere un sentido permanente de aplicación universal. Su esencia radica en el mantenimiento y amparo de los derechos humanos de orden individual y social, que constituyen lo único por lo que la vida merece ser vivida*”.

“*Es necesario el respeto de los derechos individuales y el establecimiento de medios que posibiliten su ejercicio, con gobiernos libres y democráticos, surgidos de elecciones libres y sinceras para que pueda hablarse de imperio efectivo de la ley*”.

“*El Estado social de derecho ha venido a sustituir el estado liberal de derecho, como estructura de la convivencia occidental,*

con un nuevo contenido, esta vez positivo de la libertad individual. El bienestar social y la realización de la justicia, en su más alto y cabal sentido, aparecen, junto con la planificación, como funciones del Estado. Y esto no es incompatible con el mantenimiento del principio del imperio de la ley”.

Así lo ha demostrado como juez, cuando, entre sus innumerables tomas de posición en defensa de la constitución, rechazó enfáticamente concepciones utilitarias que propugnaban la inobservancia de garantías superiores, como la cosa juzgada y el non bis in idem. Lo dijo en frases profundas por su sencillez:

“No debe permitirse, entonces, que los grandes beneficios hagan desaparecer los grandes principios”(caso Mazzeo).

La libertad de prensa constituye uno de los capítulos más apasionantes entre los aportes de Fayt al derecho nacional. A través del examen de las numerosas sentencias de la Corte (a 193 alude Fayt en su libro de 2001), se puede advertir, en el proceso democrático, la continuidad de su participación en la generación de una sana doctrina de la libertad de prensa. Así, en algunos momentos como disidencias, luego como mayoría, ha sido Fayt participe del desarrollo de un contexto jurisprudencial de alto valor. Según sus hitos principales, la vinculación de las noticias propaladas por el periodismo con sus fuentes, mínima exigencia ética para el comunicador (Campillay), la real malicia tomada de la jurisprudencia americana que impide presunciones restrictivas (Ramos), y el derecho de réplica (Ekmekdjian).

Y podríamos continuar casi indefinidamente refiriendo obras, historias, conductas, aportes, solidaridades, valentías, consecuencias, austeridad, desprendimiento, modestia, del doctor Fayt. Sin embargo, creemos que a esta altura resulta una obviedad reconocerlo como maestro del derecho, y como ciudadano de la Constitución.

Temo haberme salido de la ortodoxia del presentador de un homenajeado. Pero las emociones han traicionado la lógica racional del expositor. Veo en el Dr. Fayt, en el ciudadano Fayt, calidades que me traen recuerdos de ciudadanos similares, como mi padre, o como mi maestro Ricardo Núñez, han sido para mí modelos de conducta. Por eso, este homenaje y este premio son, a la vez una muestra de confianza en la República democrática y, a su vez, confianza de una prestigiosa Academia en uno de sus jueces en la Corte Suprema, al que la ventura de su vida lo llevará a

defender principios fundamentales de la Constitución que comienzan a tensionarse cada vez más.

Palabras iniciales pronunciadas por el Dr. Carlos S. Fayt en ocasión de recibir la distinción

Jóvenes, señoras y señores: estoy abrumado y seguramente ustedes también por cuánto se ha dicho tan brillante y generosamente en este acto, razón suficiente para dar por terminado el mismo.

Pero se han reunido en este recinto hombres de primerísima línea. Están los miembros de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, a quienes les agradezco sinceramente la distinción que me han conferido, que excede lo que yo suponía. En particular, quiero señalar la presencia de los doctores Pedro Frías y Narciso Lugones. Yo había preparado un tema estrictamente jurídico relacionado con la independencia del Poder Judicial de la Nación y vinculado estrictamente con lo dispuesto por el artículo 110 de la Constitución Nacional. En su momento, defendí y logré la anulación de la cláusula constitucional que alteraba la inamovilidad de los jueces y publiqué un libro con el título de *Self-moving*, que significa inamovilidad en inglés. Ahora iba a hablar sobre la absoluta garantía de las remuneraciones de los jueces que consagra la intangibilidad, la incolumidad y la irreductibilidad de las remuneraciones de los jueces federales, nacionales y provinciales; su título es *La independencia del Poder Judicial*, y en este momento hago su entrega al señor presidente de la Academia Nacional de Derecho, Dr. Luis Moisset de Espanés.

Y ahora voy a dejar en libertad mis palabras para que expresen mis sentimientos. En rigor, el tema que elegí es de gran actualidad porque desde el Poder Ejecutivo se ha propuesto que los jueces deben pagar el impuesto a las ganancias porque consideran que es un privilegio indebido el que les confiere la Constitución al garantizarles su intangibilidad.

No solamente eso, se ha instalado en la mente del hombre y la mujer común la idea de que los jueces gozan de un privilegio injustificado y los han logrado convencer, por más que se trate de una falacia, por la divulgación a través de los medios de comunicación, cuya fuerza es enorme. Lo más grave es que incluso hay jueces que creen que debe quitarse esa

supuesta prerrogativa. Esto, lo afirmo nuevamente, es una falacia. Y vamos a los antecedentes. En Inglaterra, cuando los barones se sublevaron y terminaron con la dinastía de los Estuardo, se dicta un estatuto, la *Settlement Act*, donde se establece que los jueces duran mientras dure su buena conducta, es decir, se consagra el *self moving*, la inamovilidad. Años después, se dicta un estatuto complementario, el *self depending*, según el cual no se puede reducir la remuneración de un juez mientras esté en funciones. Esta norma del derecho inglés la reciben las colonias de América del Norte que se sublevaron cuando el gobierno de Inglaterra quiere imponerles un impuesto que ellas consideran indebido. Esa fue la causa de la independencia de los Estados Unidos. Las trece colonias se declararon estados, y cuando decidieron federarse y para ello dictar su propia Constitución, tomaron para sí las normas de la Constitución no escrita que poseía Inglaterra. Es así que en la Constitución norteamericana, en su artículo tres, sección primera, se estableció con meridiana claridad que los jueces duran mientras dure su buena conducta y reciben una remuneración que no podrá ser disminuida mientras estén en funciones. En cuanto a nuestro país, con menos de doscientos años de existencia como nación independiente, el proceso histórico demuestra que las etapas que llevaron siglos en Europa se reducen aquí a decenas de años. Así, el feudalismo que duró cinco siglos en Europa aquí duró 50 años. Los caudillos que obraron como señores feudales vernáculos vieron reducidos sus poderes locales por la mano fuerte de Rosas. Con el dictado de la Constitución, termina así la etapa del feudalismo argentino y comienza la edad moderna, con trece ranchos y una aldea dueña del puerto, como calificaban al país los unitarios. Es entonces cuando los trece ranchos se reúnen en noviembre de 1852 en Santa Fe, decididos a organizar el país y dictar la Constitución, pero no concurre la aldea dueña del puerto, es decir, Buenos Aires. En esa oportunidad, uno de los primeros actos de la Convención fue designar a la comisión redactora, compuesta de cinco miembros, dos de ellos hombres de excepcionales condiciones intelectuales. Uno fue Gutiérrez y el otro Gorostiaga. Este último, de treinta años de edad, nacido en Santiago del Estero, y que años después fue ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, había leído la Constitución de los Estados Unidos, las *Bases* de Juan Bautista Alberdi y *El Federalista*. José María Gutiérrez se ocupó de la parte dogmática del proyecto constitucional y Gorostiaga de la parte orgánica y en relación con la independencia judicial éste tuvo presente la opinión de Hamilton cuando dice, en

El Federalista, que quien domina económicamente a un hombre, domina totalmente a ese hombre, lo que lo induce a incorporar en su preproyecto las tres palabras que sostienen lo absoluto de las garantías que, aprobadas por la Convención, fueron consagradas en el art. 96 de la Constitución de 1853, ratificado por la Convención de 1860, que significó la incorporación de Buenos Aires a la organización nacional, y que fueron sucesivamente ratificadas mediante los arts. 91 de 1949 y el 110 de la actual Constitución Nacional vigente. Esas tres palabras dicen “de manera alguna” y es la única Constitución que establece lo que Joaquín V. González, en su libro *Manual de la Constitución*, califica de garantía absoluta, porque de manera alguna impide que se la viole incluso en los casos de emergencia. La cuestión que afecta a la independencia del Poder Judicial cobró actualidad a partir de que el Poder Ejecutivo dijo que era necesario que los jueces pagaran impuesto a las ganancias y como consecuencia se han presentado en el Congreso de la Nación dos proyectos que, a mi juicio, violan la letra y el espíritu de la Constitución Nacional. A partir de este momento, considero que debo dar un lugar de preferencia en mi discurso a los jóvenes estudiantes de derecho que están presentes en este recinto. En esa dirección y con ese propósito, recuerdo que las Naciones Unidas declararon 33 derechos fundamentales, pero no pronunciaron uno que falta: “el derecho a tener esperanza, el derecho a tener ilusiones, el derecho a soñar”. Yo quiero que este nuevo derecho, el derecho de tener esperanzas y el derecho de soñar con un mañana mejor, sea reconocido porque los jóvenes, lo crean o no, les guste o no, son el futuro, y el país necesita imperiosamente que se crea necesario tener esperanzas en su porvenir, y en consecuencia reclamo que nada ni nadie arrebatase del alma y el corazón de los jóvenes, la certeza de que sus esfuerzos por construir un país libre social y económicamente, sobre la base de una auténtica inteligencia para gobernar, es posible, es realizable y dejar de ser un sueño. Siempre he creído que debe sustituirse la sobornería popular por la soberanía nacional y sigo creyendo en eso, no quiero un país fragmentado. Pero el futuro depende de ustedes, y en su condición de estudiantes de derecho y futuros abogados paso a informarles la realidad de la abogacía en el siglo XXI. Y en ese sentido les informo que había en el país 30 universidades estatales cuyas universidades expiden títulos, y había un montón de entidades que presionaban por ser universidades. Lograron que se reconocieran 22 universidades, la Católica entre ellas, pero no les bastó porque no podían dar títulos. Insistieron, presionaron, y lograron al

fin que les reconocieran que podían dar títulos y ya eran 80 facultades, y en conjunto pasaron a existir 132 universidades que producían hasta por Internet abogados. La Universidad Católica fundó sus subsedes en todas las provincias y hay universidades barriales, como la de Palermo y Belgrano. Y ahora corresponde formular una pregunta: ¿cuál es la capacitación que reciben los abogados, son realmente abogados? La respuesta es no. Existen fallas en la capacitación que les ha sido brindada. No conocen suficientemente los procedimientos civiles y penales, les es difícil cuando no imposible promover adecuadamente una demanda o una contestación de demanda y menos aun cuando tienen que interponer recursos ante tribunales superiores. No pueden evacuar una consulta, les falta práctica profesional. En todos los países de Europa, inclusive en Brasil, existen pasantías. En Estados Unidos, la Barra de Abogados examina a los que van a ejercer la abogacía y no los admite sin pasar un severísimo examen; tienen que haber hecho prácticas, dominar los procedimientos, saber hacer una demanda, contestarla, evacuar una consulta, tener la práctica necesaria para ejercer con responsabilidad su función ante los estrados judiciales. Como lo he sostenido siempre, el abogado debe tener clara conciencia de la dignidad de su profesión, sentirse contemporáneo del futuro, con profunda pulsión de sangre, la incondicionada indignación y desprecio por la injusticia, la corrupción y la mentira. El abogado siente que cada despertar es un génesis; que cada día tiene su tarea y cada tarea sus obreros y, superando las infinitas dificultades de la labor tribunalicia, asume con responsabilidad su función de celosos auxiliares de la justicia. El abogado sabe que tiene el deber de conocer la ley, la doctrina, la jurisprudencia y los procedimientos para defender a sus clientes, asegurar el orden jurídico y garantizar a la sociedad el imperio del derecho. Como lo he sostenido siempre los abogados son los artífices de una inmensa y siempre inconclusa obra de bien público: la de hacer posible, cada vez en mayor grado, la justicia entre los hombres. Calamandrei escribió su libro *Demasiados abogados* al término de la Primera Guerra Mundial teniendo en cuenta la hipertrofia numérica de la abogacía en Italia. Pero jamás en ese país llegaron a tener, como nosotros tenemos, 207 mil abogados. Y el abogado del siglo XXI se ve obligado a ser nómada; ya no tiene su estudio propio, ni la secretaria, ni espera al cliente. Ahora van con el celular y con una laptop e imaginan cómo inventar un juicio. Les doy un dato: la Corte de Estados Unidos, nosotros somos copia de la misma, entiende en ocho expedientes por mes que selecciona como los

de mayor interés institucional, mientras que tiene 300 millones de habitantes y se le presentan a la Corte entre 50 y 100 mil *certiorari* en un año, a los que dice simplemente no, sin siquiera notificarlos. Es decir, que en los últimos diez años la Corte de los Estados Unidos conoció 801 casos, en tanto que la Corte argentina en ese mismo lapso conoció más de 200 mil. De ahí que les señale que el libro es sumamente importante y que deben huir de la imagen. Antes de ingresar a este recinto, les contaba a los periodistas los cinco efectos que produce la televisión. El primer efecto es la adicción: se duerme y se come y se ve a toda hora la televisión. El segundo efecto es la hipnosis. El tercer efecto es el de las pulsiones autógenas, es decir, impulsos que no nacen en la mente ni en el corazón ni en la voluntad. El cuarto efecto es el de la cretinización a escala industrial pues la televisión ha convertido los sucesos en noticias, las noticias en mercancías, y ha colonizado la mente del hombre y la mujer común, que cree a pie juntillas que lo que están viendo es la verdad absoluta, y es utilizada hoy en el campo político para comunicarse con grandes multitudes porque les basta el atril y tienen un millón o dos millones de espectadores cada vez que por cada punto que grafica la audiencia de la televisión significa cien mil personas. Por último, el quinto efecto es la inducción, es decir, que la gente se desespera por aparecer un minuto en la televisión, porque considera que quien no ha estado allí no existe. Esto significa que el abogado del siglo XXI, es decir ustedes, cuando se reciban se van a encontrar con esa realidad, esto es, no sólo con la telepolítica sino con la globalización, con la mundialización y con los cambios que esta ha producido a nivel planetario. En rigor, los avances tecnológicos han internalizado el derecho y los tratados internacionales han penetrado y se han incorporado en las constituciones. Y en cuanto al ejercicio de la profesión el abogado del siglo XXI tiene que prepararse de una manera especial: no hay carreras fáciles y deben crearse pasantías como condición para autorizar el ejercicio de la profesión de abogado, requisito que hoy está vigente en la mayoría de los países desarrollados del mundo. Por mi parte he luchado permanentemente por el Estado de derecho, por el imperio de la ley, la independencia de la justicia y el enaltecimiento de la abogacía como la única profesión privada que tiene una función pública. Creo sinceramente que la abogacía es tan antigua como la magistratura, tan noble como la virtud, tan necesaria como la justicia. No quiero un país desvertebrado, deseo para la Argentina un Estado social y democrático inteligente, planificador y gradualista, orientado a eliminar la exclu-

sión social y a reducir la simetría social y económica, que cuente con la solidaridad en sus fines de toda la ciudadanía. En cuanto a ustedes, jóvenes estudiantes de derecho, recuerden siempre que es más noble, digno e importante ser un hombre de bien que un hombre con bienes, y pertenecer al Pueblo del Estado, es decir, ser un ciudadano cabal, que pertenecer al pueblo en el Estado, es decir, un simple integrante de la población. Por último, para ustedes, toda la ternura que merecen, y les reitero que nada ni nadie les arrebate el derecho a tener esperanza, a creer en que los esfuerzos que realicen en beneficio de la grandeza de nuestro país podrán construir un futuro mejor. Reitero, es misión de ustedes trabajar por la grandeza de nuestro país.

LA GARANTÍA DE INTANGIBILIDAD DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS JUECES

por CARLOS S. FAYT *

SUMARIO: I. La intangibilidad de las retribuciones de los jueces como garantía fundamental de la independencia del Poder Judicial. II. Aclaración preliminar. III. El Congreso General Constituyente de 1853 y la influencia de Gorostiaga. IV. El modelo norteamericano como referente ineludible.

I. La intangibilidad de las retribuciones de los jueces como garantía fundamental de la independencia del Poder Judicial

El art. 110 de la Constitución Nacional (art. 96 conf. numeración de la Constitución de 1853/60) establece que “los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

Se incorporó así al texto constitucional, la garantía de inamovilidad en el cargo y la de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces. Ambas ya estaban previstas en el derecho norteamericano, modelo del diseño constitucional del poder seguido por nuestros constituyentes. Al respecto, la Corte federal de los Estados Unidos sostuvo: “la Cláusula de la Compensación ¹ se origina en la antigua tradición anglo-americana de

* Discurso pronunciado con motivo de la ceremonia de entrega de la distinción, con fecha 14 de mayo de 2008.

¹ Tal es la denominación que se le da a la norma del art. III, sección 1ª en la parte correspondiente a la intangibilidad de las remuneraciones.

un Poder Judicial independiente. Una judicatura libre del control del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo es esencial si existe el derecho a que los reclamos sean decididos por jueces que actúan libres del dominio potencial de otras ramas del gobierno”².

En esa inteligencia es que ambas garantías, tanto la de inamovilidad como la de intangibilidad, fueron instituidas como pilares fundamentales de la independencia objetiva o funcional de la magistratura, en cuanto instrumentos para el correcto cumplimiento de las funciones y deberes propios del cargo³. Estas, junto con la independencia subjetiva de la función judicial -constituida por el valor o regla de conducta a seguir por los jueces⁴- no son otra cosa que la manifestación del principio republicano de separación de poderes en su faz más sensible, esto es, la de la protección de la independencia de la magistratura⁵.

De suerte que tales “inmunidades de las cuales se rodea la magistratura no constituyen privilegios personales, sino que se relacionan directa-

² Casos: “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros” (15 de diciembre de 1980), traducción al castellano con comentario de Miguel Angel Ekmekdjian, publicada en L.L. 1985-B-1004.

³ Ver Carlos S. FAYT, *Principios y fundamentos de la ética judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 297.

⁴ Ver Carlos S. FAYT, *ib. anterior*.

⁵ Tanto es así que, en punto a compensación económica de los funcionarios integrantes de los dos órganos de poder restantes, la Constitución fija pautas bien diferentes a la prohibición absoluta contenida en la norma del art. 110.

En efecto, al referirse a los miembros de ambas cámaras del Congreso, el texto constitucional en su art. 74 dispone que sus “servicios (...) son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley”. De resultas de ello, el monto de las remuneraciones de diputados y senadores podría ser aumentado o reducido en cualquier momento.

En lo que respecta al Poder Ejecutivo, el texto constitucional dispone en su art. 92 que “el presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos”. En consecuencia, aunque tales remuneraciones se encuentren protegidas frente a un eventual menoscabo -bien que no de manera absoluta como en el caso de los magistrados judiciales-, en rigor, ello se corresponde con los reparos que también allí se establecen respecto de una modificación en sentido contrario, esto es, un aumento del monto. En esa misma dirección debe ubicarse lo dispuesto en el art. 107 del texto constitucional respecto de la remuneración del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo.

mente con la función que ejerce y su objeto es protegerla contra los avances, excesos o abusos de otros poderes en beneficio de los justiciables y, en definitiva, de toda la Nación. La magistratura se desempeña en el interés general y sus garantías explícitas tienen fundamento en el principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, de modo que todo avance sobre la independencia del Poder Judicial (...) importa un avance contra la Constitución Nacional”⁶.

Sobre este punto, Hamilton entendía que *“quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”*⁷.

Como consecuencia de ello -advertía Hamilton- resulta que el Poder Judicial es el más débil de los departamentos del poder⁸. En esa inteligencia, consideró que eran *“precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de (los otros dos poderes)”*⁹. En rigor, la trascendencia de la independencia judicial reside en que ella se erige como “salvaguardia esencial” de la

⁶ Carlos S. FAYT, *Principios y fundamentos...* cit., pág. 302.

⁷ HAMILTON, “El federalista, LXXVIII”, en HAMILTON, MADISON y JAY, *El federalista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1974, pág. 330 y ss..

⁸ *Ib.* anterior. Allí el autor citó a Montesquieu quien, en su obra *Espíritu de las leyes*, había afirmado que *“de las tres potestades de que hemos hablado, la de juzgar es en cierto modo nula”*.

⁹ *Ib.* anterior.

Constitución y los derechos individuales, “*contra los efectos de esos malos humores circunstanciales que suelen penetrar a las sociedad*”¹⁰.

Asegurada la permanencia en el cargo¹¹, el otro factor que debe confluir a fin de contribuir a la independencia de los jueces, es el de “proveer de forma estable a su remuneración”¹². Tal como lo expresó Hamilton, “*conforme al modo ordinario de ser de la naturaleza humana, un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad*”¹³. De ahí que los jueces no pueden ni deben “*depender para sus necesidades pecuniarias de las asignaciones del Legislativo*”¹⁴.

Por lo demás, la intangibilidad de las remuneraciones también opera como factor compensador en orden al restablecimiento del equilibrio planteado frente a las limitaciones e incompatibilidades impuestas por el cargo que impiden a los magistrados ejercer tanto su profesión, como el comercio y otras actividades. En efecto, el régimen de incompatibilidad al que deben someterse los magistrados judiciales es particularmente severo en cuanto a otras fuentes de ingresos, respecto de otros funcionarios públicos. Así, el decr. ley 1285/58 de Organización de la Justicia Nacional, establece en su art. 9º que “es incompatible la magistratura judicial con toda actividad política, con el ejercicio del comercio, con la realización de cualquier actividad profesional, salvo cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres y de los hijos, y con el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios de carácter honorario. No estará permitido el desempeño de los cargos de rector de universidad, decano de facultad o secretario de las mismas. Los magistrados de la justicia nacional podrán ejercer, exclusivamente, la docencia universitaria o de enseñanza superior equivalente, con la autorización previa y expresa, en cada caso, de la autoridad judicial que ejerza la superintendencia. A los jueces de la Nación les está prohibi-

¹⁰ HAMILTON, ob. cit., pág. 334.

¹¹ Sobre la garantía de inamovilidad ver Carlos S. FAYT, *El self-moving. Garantía de Independencia del Poder Judicial. La inamovilidad de los jueces federales, nacionales y provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

¹² HAMILTON, “El federalista, LXXXIX”, en ob. cit., pág. 336.

¹³ *Ib.* anterior.

¹⁴ *Ib.* anterior.

do practicar juegos de azar, concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo”.

En razón de ello, los jueces constituirían un grupo específico sobre el cual pesa una serie de restricciones que lo transforma en la excepción a la regla constituida por el universo de habitantes de nuestro país a los que sí se les reconoce tales derechos en el art. 14 de la Constitución Nacional.

Ello, a su vez, debe ser evaluado en el contexto de otras limitaciones impuestas a los jueces tanto en orden a las exigencias en punto al comportamiento y a las normas de ética judicial a las que ha de someterse¹⁵, como respecto de las normas penales que establecen disposiciones especiales en punto a la prescripción de los delitos cometidos en ejercicio de la función pública¹⁶. Los jueces están obligados a conducirse en el respeto de severas restricciones que le son impuestas en razón en la delicada función que les ha sido asignada.

En consecuencia, la garantía del art. 110 no sólo no constituye un privilegio en favor de los jueces sino que constituye una elemental reparación frente a la situación de desventaja en la que son colocados los magistrados.

En ese orden de ideas, Joaquín V. González entendió que *“los jueces no obtienen ganancias por su trabajo, sino una compensación institucional por un servicio que la Constitución ha considerado prioritario para el Estado”*, razón por la cual *“el gravamen a las retribuciones de los jueces debe ser declarado inconstitucional”*¹⁷.

De conformidad con lo expuesto, el enunciado del principio debe ser *“lo bastante terminante para cerrar la puerta a los subterfugios le-*

¹⁵ Al respecto, ver Carlos S. FAYT, *Principios y fundamentos...* cit..

¹⁶ V.gr., ley 25.188 de ética en ejercicio de la función pública. En su art. 29 dispone: “Sustitúyese el artículo 67 del Código Penal por el siguiente: artículo 67: La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso. La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público (...)”.

¹⁷ Ver Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 553.

gislativos. Es necesario algo (...) positivo e inequívoco (...)” ¹⁸. Ello permite al juez “*estar seguro de la situación en que se halla, sin que le desafíe del cumplimiento de sus deberes el temor a que se le coloque en condición menos favorable*” ¹⁹.

En consecuencia, siguiendo a Hamilton, “*los salarios de los funcionarios judiciales podrán alterarse de tiempo en tiempo, a medida que lo requieran las circunstancias, pero nunca para disminuir los emolumentos a que tiene derecho un juez determinado en la época en que ingresa al servicio*” ²⁰.

Estas mismas directrices que guiaron a los “padres fundadores” de la Constitución norteamericana, se vieron plasmadas en nuestro texto constitucional, en el art. 96 (actual 110). Allí se consagra -juntamente con la inamovilidad en el cargo- la garantía de intangibilidad, incolumidad e irreductibilidad de las remuneraciones. La prohibición de disminuir sus remuneraciones “de manera alguna” se erige como la única garantía que nuestra Constitución reconoce con carácter absoluto, habida cuenta de lo categórico de su formulación. En consecuencia, la protección constitucional operaría incluso en situaciones de emergencia.

Ello es así en razón de que la prohibición que contiene la garantía no es unívoca sino que se proyecta en tres dimensiones, al conferirle a éstas el carácter de *intangibles*, en la medida en que no pueden ser tocadas, *incólumes*, a fin de evitar cualquier tipo de daño o menoscabo y, por último, *irreductibles*, esto es, no pueden verse disminuidas.

II. Aclaración preliminar

La génesis histórica de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales la constituye la norma contenida en el art. 96 de la Ley Fundamental, ratificada en las reformas de 1949 y 1994.

¹⁸ *Ib.* anterior.

¹⁹ *Ib.* anterior.

²⁰ *Ib.* anterior.

El alcance de la garantía de intangibilidad también se extiende a la puntualidad en el pago²¹; la exigencia de pago en moneda de curso legal²²; la prohibición de afectación de la garantía por problemas de déficits presupuestarios o fiscales²³ y la cuestión relativa a la actualización de las retribuciones para hacer frente a las devaluaciones monetarias producto de la inflación²⁴.

No obstante, lo que hoy nos ocupa, es reflexionar acerca de esta garantía desde una perspectiva en particular: su manifestación en términos de exención del pago del impuesto a las ganancias exclusivamente en los casos de las retribuciones percibidas por los jueces integrantes del Poder Judicial de la Nación en actividad. En consecuencia, quedan excluidos de este estudio otros supuestos, en términos del ámbito de aplicación de la garantía.

Desde el punto de los sujetos alcanzados, debe tenerse en cuenta la situación de los demás funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación que, sin tener el rasgo de jueces, también se ven alcanzados por la exención. En igual sentido, cabe hacer mención de los jueces jubilados. Luego, en términos del ámbito territorial de aplicación, también debe tenerse presente la aplicación del principio a los magistrados de poderes judiciales de provincia.

En el plano metodológico, el estudio se apoyará en los dos ejes sobre los cuales se ha proyectado la garantía constitucional: la legislación y la

²¹ Ver Fallos 254:286. En aquella oportunidad, el alto tribunal expresó que “el retardo en el pago de las remuneraciones judiciales (...) conspira contra la mejor administración de justicia y no se compadece con la letra ni el espíritu del art. 96 de la Constitución Nacional”.

²² Ver Joaquín V. GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 552.

²³ *Ib.* anterior. Asimismo, ver doctrina del Tribunal Superior de Córdoba en J.A. 1965-I-403.

²⁴ Ver “Bonorino Perú” (Fallos 307:2174), oportunidad en que la Corte, integrada por conjuces, entendió que “habiéndose acogido favorablemente al restablecimiento del valor económico de prestaciones afectadas por la inflación en relaciones jurídicas donde no se agraviaba ninguna garantía de funcionamiento de los poderes del Estado, con mayor razón debe aplicarse criterio semejante cuando sufre detrimento una garantía de esa naturaleza, expresamente formulada en la enfática cláusula del art. 96, sin que sea óbice el carácter general del perjuicio que la depreciación monetaria proyecta sobre toda la sociedad”.

respuesta que a ella ha dado sistemáticamente la jurisprudencia, así como los argumentos aportados por la doctrina iuspublicista.

III. El Congreso General Constituyente de 1853 y la influencia de Gorostiaga

¿Cómo se materializa entonces la garantía estudiada en nuestro derecho nacional? ¿Quiénes fueron los responsables y bajo qué circunstancias, del trasplante del esquema de garantías ideado por los constituyentes norteamericanos? No obstante algunos antecedentes en nuestro derecho patrio²⁵, la respuesta definitiva debe ser rastreada en las actas de las asambleas del soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina que tuvo lugar entre los años 1852 y 1854²⁶. En ese contexto, y desde una perspectiva más integral del proceso constituyente, es que podrá entenderse más acabadamente la cuestión.

De la lectura de todas y cada una de esas actas resulta imposible no advertir el rol fundamental que en el Congreso Constituyente de 1853 cumplió la figura de Benjamín Gorostiaga quien, con tan sólo 30 años de edad, había sido nombrado congresal constituyente en representación de la provincia de Santiago del Estero. En tal sentido, se ha dicho que tanto él como Juan María Gutiérrez fueron “*las grandes figuras del Congreso Constituyente*”²⁷. Ambos pertenecían a la corriente liberal que en el

²⁵ En efecto, en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813 ya se había previsto -en el art. 168 del Capítulo 21- que los jueces de la Suprema Poder Judicial recibiesen una compensación que “no deberá disminuir durante la permanencia del individuo en su magistratura”. La Constitución unitaria de 1819, por su parte, establecía en su art. CIII que los miembros de la Corte Suprema debían recibir “una compensación por sus servicios, que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en el oficio”. También en referencia a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Constitución de 1826 preveía en su art. 129 que “sus miembros gozarán de una compensación que no podrá ser disminuida mientras duren en sus puestos”.

²⁶ Conf. Emilio RAVIGNANI, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. IV (1827-1862), Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, 1937, pág. 404.

²⁷ Ricardo HARO, “Algunos de los abogados en el Congreso Constituyente de 1853: Gorostiaga, Gutiérrez y del Campillo”, E.D., *El derecho constitucional 2004* (serie especial), pág. 298.

seno del Congreso se enfrentaba con la tendencia conservadora de Zuviría, Centeno y Leiva, entre otros.

Gorostiaga, al igual que José María Gutiérrez, fue designado miembro de la Comisión de Negocios Constitucionales encargada de la redacción del proyecto de Constitución²⁸. Así, ambos convencionales resultaron ser los “*artífices principales*”²⁹ del texto constitucional: Gorostiaga redactó el Preámbulo y las normas relativas a la organización de los poderes que integran el gobierno federal así como lo atinente a los gobiernos de provincia. Gutiérrez, de su lado, trabajó en la parte dogmática.

El proyecto elevado al Congreso Constituyente por la Comisión de Negocios Constitucionales se estructuró sobre cuatro ejes temáticos, coincidentemente con lo expresado a lo largo de todos los debates³⁰.

La primera cuestión a resolver no era otra que la organización general del país bajo un sistema federal respetuoso de las autonomías provinciales, conforme con lo expresado en los “pactos preexistentes” a los que alude el Preámbulo. Así tomó forma lo que constituiría el presupuesto necesario de la construcción del diseño constitucional del país.

Asimismo, resultó también determinante la condición de cristianos y demócratas de los constituyentes, en la expresión de las raíces religiosas y la indiscutible vocación democrática que los inspiraba³¹.

Luego, el proyecto es también producto de la influencia del pensamiento de los publicistas de esa época y, en definitiva, de las instituciones e ideas políticas del momento.

Finalmente, la misión de la unión nacional habría de presentarse como una preocupación constante de los constituyentes, en la “*convicción clara y categórica de la vocación hacia la unidad confederativa, más allá de la transitoria y lamentable separación de la provincia de Buenos Aires*”³².

²⁸ También integraron esa comisión, el diputado Pedro Díaz Colodrero, Pedro Ferré y Manuel Leiva. Luego de haberse reducido a sólo tres miembros, la comisión fue integrada por Derqui -luego reemplazado por Campillo-, Zapata y Zavalía.

²⁹ HARO, *ib. anterior*.

³⁰ Ver HARO, *ib. anterior*.

³¹ Ver HARO, *ib. anterior*.

³² Ver HARO, *ib. anterior*.

Luego de que la Comisión de Negocios Constitucionales les asignara la tarea de redactar el proyecto de Constitución, Gorostiaga y Gutiérrez presentaron el texto aprobado por la Comisión Redactora que más tarde sería ratificado por el Congreso Constituyente.

La parte del texto relativa a la organización del poder, al igual que el Preámbulo, es el reflejo casi perfecto del anteproyecto de autoría de Gorostiaga³³, no obstante lo cual, hay quienes le han asignado al joven iuspublicista la autoría de todo el texto constitucional³⁴. El aludido anteproyecto no es otra cosa que el conjunto de la totalidad de los borradores en los que Gorostiaga, de su puño y letra, había redactado los artículos relativos a la composición y facultades del Congreso, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, así como lo referente a los gobiernos de provincia³⁵. Según se ha dicho, Gorostiaga -al igual que Gutiérrez- conocía el idioma inglés, lo que le permitió trabajar con las distintas fuentes del derecho norteamericano³⁶.

De cualquier forma, y más allá de los debates respecto de la autoría del texto, lo cierto es que resulta imposible no reconocer en el proyecto de Constitución las diversas vertientes -nacionales y extranjeras- tenidas en

³³ HARO, ob. cit., pág. 300. Ver, asimismo, Jorge R. VANOSSI, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*, Pannedille, 1970, pág. 27.

³⁴ V.gr., José Rafael LÓPEZ ROSAS, *Los constituyentes de 1853*, edición de la Municipalidad de la ciudad de Santa Fe, mayo, 1994, pág. 75; Paul GROUSSAC, *Estudios de historia argentina*, Buenos Aires, 1918, pág. 300 y ss.; citados por HARO, op. cit., pág. 300.

³⁵ En Biblioteca Nacional, Sección Manuscritos, documento N° 14.079. Para una transcripción del texto del Anteproyecto, ver José Armando SECO VILLALBA, *Fuentes de la Constitución argentina*, pág. 271 y ss. Allí, el autor transcribe, entre otras fuentes de nuestra Ley Fundamental, el proyecto original del Dr. José Benjamín Gorostiaga. Lamentablemente, el original del proyecto definitivo del texto constitucional aprobado en definitiva por la Comisión de Negocios Constitucionales, sobre el cual trabajó el Congreso Constituyente, estaría, conforme palabras de Clodomiro Zavalía, en el Ministerio de Estado de Washington, a donde habría sido enviado por el embajador de los Estados Unidos en los días de mayor actividad de la Convención, a fin de informar sobre la marcha del proceso constituyente (conf. "Casi un siglo de vida constitucional", en *La Prensa* del 1° de mayo de 1943, citado en VANOSSI, ob. cit., pág. 28).

³⁶ Jorge R. VANOSSI, ob. cit., pág. 29.

cuenta al momento de su redacción. Las fallas con las que han sido confeccionadas las actas de las sesiones del Congreso Constituyente dificultan el acceso a la información relativa a las fuentes. Ello no obstante, tanto el estudio comparado del texto constitucional, así como las afirmaciones de la doctrina especializada, hacen posible la reconstrucción del camino recorrido por los redactores de nuestra Ley Fundamental hasta la aprobación de la entonces flamante Constitución de 1853 ³⁷.

Concretamente, los constituyentes se han nutrido de dos tipos de fuentes: las nacionales y las extranjeras. A propósito de ello, mucho se ha dicho en orden a la prioridad de una respecto de la otra. En tal sentido, se ha expresado que *“lo nuestro fue lo decisivo y lo norteamericano lo concomitante (...) pues si en alguna disciplina es menester ser celosamente nacional es en la del derecho constitucional, en la cual hay que tener siempre presente la argentinidad”* ³⁸. Por el contrario, el propio Gorostiaga, en un discurso como miembro informante de la Comisión Redactora, había afirmado que su proyecto *“esta(ba) vaciado en el molde de la Constitución de Estados Unidos”* en la medida en que ese era *“el único modelo de verdadera federación que exist(ía) en el mundo”* ³⁹. Ello no obstante, Gorostiaga quiso evitar que el proyecto fuese una copia formal de la Constitución norteamericana. Antes bien, ésta fue tomada como *“clave racional”* y modelo de organización del Estado, al ser *“una federación en pleno auge en esos momentos históricos”* ⁴⁰. En efecto, se ha dicho que Gorostiaga se había lamentado por el alcance atribuido a las palabras pronunciadas ante el Congreso Constituyente citadas *supra* ⁴¹.

³⁷ Así, Ernesto Quesada, luego de subestimar la influencia de Alberdi en la Constitución, afirmó que tanto Gorostiaga como Gutiérrez se habían servido de la obra de Rossi sobre la Constitución de Suiza y los comentarios de Story traducidos al francés; en Ernesto QUESADA, “Pujol y la época de la Confederación”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, 1917, pág. 265, citado en Jorge R. VANOSI, ob. cit., pág. 29.

³⁸ Ernesto QUESADA, ob. cit., Buenos Aires, Lajouane, 1923, t. II, pág. XXIX, citado en Jorge R. VANOSI, ob. cit., pág. 30.

³⁹ RAVIGNANI, ob. cit., pág. 468.

⁴⁰ Horacio M. SÁNCHEZ DE LORIA PARODI, *El pensamiento jurídico-político de José Benjamín Gorostiaga*, Buenos Aires, Quorum, 2006, pág. 37.

⁴¹ Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 1918, t. II, pág. XXX.

Entre las fuentes nacionales, corresponde mencionar las constituciones unitarias de 1819 y 1826, el Pacto Federal de 1831, el Acuerdo de San Nicolás y el libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* de Juan Bautista Alberdi. Luego, la influencia determinante de lo expuesto por Alberdi en su obra, se desplegó con mayor claridad en la parte dogmática redactada por Gutiérrez, habida cuenta del rol que éste desempeñó en el Congreso Constituyente como vocero de Alberdi, tal como da cuenta el intercambio epistolar verificado entre ambos⁴². Muestra de su incommensurable influencia es la declaración que Gorostiaga formuló en el seno del Congreso Constituyente, al afirmar que “*se había citado al distinguido publicista Alberdi a quien él tributaba su respeto, y que como un homenaje de su gratitud deseaba rectificar una idea que se le atribuía*”⁴³.

Concretamente, en lo que hace a las garantías previstas en pos de la independencia del Poder Judicial, esto es, inamovilidad e intangibilidad, el proyecto de Alberdi poco decía al respecto, al prever que “los jueces son inamovibles y reciben sueldo de la Confederación. Sólo pueden ser destituidos por sentencia”⁴⁴.

En cuanto a las fuentes extranjeras, es inevitable hacer referencia a la Constitución norteamericana de Filadelfia de 1787. Específicamente, en lo relativo a las garantías de independencia del Poder Judicial, Gorostiaga incorporó a su anteproyecto la prohibición que allí se establece en orden a la prohibición de que las remuneraciones de los jueces federales sean disminuidas mientras éstos se encuentren en función. En efecto, la primera sección del artículo tres de la referida norma establece, en lo que interesa, que “(l)os jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en períodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo”. Luego, Gorostiaga reforzó la garantía de intangibilidad al in-

⁴² Jorge MAYER y Ernesto MARTÍNEZ, *Cartas inéditas de Juan Bautista Alberdi a Juan María Gutiérrez y a Félix Frías*, pág. 54, en *Obras selectas de Alberdi*, Buenos Aires, La Facultad, 1920, t. IV, pág. 932; citado por VANOSI, ob. cit., pág. 29.

⁴³ RAVIGNANI, ob. cit., pág. 504.

⁴⁴ Art. 94 del proyecto de Constitución de Alberdi, en *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1966.

corporar el término “*en manera alguna*”⁴⁵, impidiendo así todo tipo de afectación a los salarios de los jueces, aun aquellas efectuadas encubierta o subrepticamente. Asimismo, también se habría servido de los comentarios que Joseph Store había hecho sobre el texto constitucional norteamericano.

También hubo de tenerse en cuenta como fuente los comentarios de *El federalista*, de Hamilton, Madison y Jay. Según se ha dicho, Gorostiaga habría tenido acceso a un ejemplar -de propiedad de Rivera Indarte- que circulaba en Santa Fe durante las sesiones preparatorias del Congreso⁴⁶. Luego, por fuera de las fuentes norteamericanas, se tuvo en consideración también lo expresado por Pellegrino Rossi en sus comentarios al Proyecto de Constitución Federal para la Confederación Suiza⁴⁷.

Con todo, y sin desmerecer la importancia de la influencia de las fuentes extranjeras, Gorostiaga siempre se preocupó por aclarar que “*la fuente decisiva de nuestra Constitución había sido la experiencia criolla*”, en la medida en que el “*anhelo vivo de los constituyentes*” no era otro que el de “*utilizar la experiencia dolorosa de las guerras civiles, y las peculiaridades típicas de nuestra existencia provincial y nacional*”⁴⁸. Tales fueron los principios que guiaron a nuestros constituyentes en su excelsa tarea. Finalmente, lo cierto es que el modelo norteamericano no fue imitado materialmente en el texto constitucional de 1853; antes bien, fue modificado y ajustado a las prácticas locales, tal como puede verificarse de la confrontación de los contenidos de ambos textos en todos los aspectos⁴⁹.

Así las cosas, en lo relativo específicamente a las garantías de independencia del Poder Judicial, Gorostiaga previó lo siguiente:

Art. 57: Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores, ([durarán]) (de la Confederación) conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una

⁴⁵ Jorge R. VANOSI, ob. cit., pág. 34.

⁴⁶ Ver HARO, ob. cit., pág. 300; Jorge R. VANOSI, ob. cit., pág. 27.

⁴⁷ Ver HARO, ob. cit., pág. 300; Jorge R. VANOSI, ob. cit., pág. 30.

⁴⁸ SÁNCHEZ DE LORIA PARODI, ob. cit., pág. 38.

⁴⁹ Ver Jaime GÁLVEZ, *Rosas y el proceso constitucional*, Buenos Aires, Huemul, 1961, pág. 154.

([dot]) compensación que determinara la ley, y que no podrá ser en manera alguna disminuida, mientras permanecieren en sus respectivas funciones ⁵⁰.

Tal como se afirmó *supra*, la expresión “*en manera alguna*” fue un agregado de Gorostiaga que no figuraba en el texto constitucional norteamericano, ello en sintonía con lo expresado en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales cuando, en referencia a la integración del máximo tribunal de la Nación, se dijo que “*(el) presidente de la Confederación con acuerdo del Senado nombre sus miembros; pero tanto en el número de los jueces, como en las calidades que han de acompañarles para ser dignos del cargo, hallará V.H. otras tantas garantías de rectitud y acierto en el desempeño de tan augustas funciones*” ⁵¹.

Finalmente, luego de aprobar sin debate y por unanimidad los artículos relativos al establecimiento del Poder Judicial de la Nación, así como aquellos referentes a las garantías previstas en pos de su independencia, los constituyentes suscribieron el texto constitucional definitivo en la sesión extraordinaria del 1º de mayo de 1853 ⁵².

Como designio que marcaría para siempre la historia constitucional argentina quedaron las palabras de cierre pronunciadas por Facundo Zuviría en su carácter de presidente del Congreso Constituyente: “*(a)cabais también de sellar con vuestra firma, vuestra eterna gloria y la bendición de los Pueblos, o vuestra ingnomia en su eterna maldición (...). A los Pueblos corresponde observarla y acatarla so pena de traicionar su misma obra*” ⁵³.

Las convenciones constituyentes de 1860 y 1949 respetarían el texto relativo a la intangibilidad, sin modificaciones en este punto. Lo cierto es que tampoco hubo debate al respecto, ya que su incorporación fue aprobada por unanimidad y sin tratamiento previo del tema en el recinto ⁵⁴. En rigor, en cada uno de esos casos, las prioridades fijadas en la agenda

⁵⁰ Conf. SECO VILLALBA, ob. cit., pág. 281.

⁵¹ RAVIGNANI, ob. cit..

⁵² RAVIGNANI, ob. cit., pág. 536.

⁵³ RAVIGNANI, ob. cit., pág. 537.

⁵⁴ Ver RAVIGNANI, ob. cit., págs. 870 y 871; allí, los constituyentes de 1860, al proponer las reformas correspondientes a los artículos relativos al Poder Judicial, no

política se anteponían a estas cuestiones. En la Convención Constituyente de 1860, el tema excluyente, sin lugar a dudas, no era otro que la unión nacional definitiva que recién habría de alcanzarse mediante la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la República. Por su parte, los constituyentes de 1949 se habían fijado como objetivo principal la adopción de un texto acorde al fenómeno del constitucionalismo social que se estaba expandiendo en todo el mundo.

La Convención Constituyente de 1994, por su parte, mantuvo intacto el texto del entonces art. 96 de la Constitución, bien que formuló cambios en punto a la garantía de inamovilidad de los magistrados, al aprobar el texto del art. 99 inc. 4 referente a las atribuciones conferidas al presidente de la Nación para la designación de los jueces. En efecto, la norma exigía un nuevo nombramiento para mantener en el cargo a los magistrados una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años a la vez que se establecía que todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor debían hacerse por cinco años, y podían ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

A propósito, cabe recordar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fayt”, en el cual el alto tribunal decidió declarar la nulidad de la reforma introducida en esa norma -así como en la disposición transitoria undécima- por entender que dichas modificaciones eran contrarias a la garantía de inamovilidad de los jueces establecida en el art. 110 (numeración actual) de la Constitución Nacional⁵⁵.

IV. El modelo norteamericano como referente ineludible

La influencia del derecho norteamericano en nuestros constituyentes -y, particularmente, en Gorostiaga- es imposible de desconocer. Ahora

hacen mención alguna de la cuestión relativa a las garantías de independencia concedidas a los jueces. Ver, asimismo, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente -año 1949*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1949.

⁵⁵ Fallos 322:1408, mayoría compuesta por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Bossert; voto del Dr. Vázquez; disidencia parcial del Dr. Bossert y abstención del Dr. Petracchi.

Para un análisis más acabado del caso, ver Carlos S. FAYT, *El self moving...* cit..

bien, ¿cuál es el peso real de ese modelo en el supuesto específico de la garantía de intangibilidad? ¿Hasta qué punto tiene sentido rastrear en esa dirección en búsqueda de los antecedentes de nuestra norma, tanto en el texto constitucional como en la jurisprudencia y doctrina de ese país?

Tal como se ha dicho *supra*, el “molde” de la norma del art. 96 de la Constitución Nacional de 1853/60 (hoy 110) -en palabras del propio Gorostiaga- no ha sido otro que el de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Ello no obstante, no debe perderse de vista que, tal como se adelantó, nuestro texto constitucional es aún más enfático que el norteamericano. En efecto, la norma local dispone que las remuneraciones no podrán ser disminuidas “de manera alguna”, de suerte que, en nuestro caso, la prohibición deviene absoluta, esto es, no puede ser restringida ni suspendida, ni siquiera ante un supuesto de emergencia. En ese mismo sentido se ha manifestado, entre otros destacados autores de la doctrina iuspublicista nacional, Joaquín V. González, al expresar que se trata de una “*prohibición (...) absoluta: ‘en manera alguna’, es decir, ni por reducciones generales o proporcionadas a toda la administración, ni por impuestos, ni cualquiera otro medio que pueda limitarlo*”⁵⁶. González Calderón también hizo lo propio, para lo cual se sirvió de las propias palabras de Joaquín V. González aquí referidas⁵⁷.

En ese mismo orden de ideas, G.W. Paschal había expresado en alusión al texto norteamericano que, por su naturaleza, la “*compensación prohíbe la imposición de un impuesto sobre salario de un juez*”⁵⁸.

En tales circunstancias, y más allá de las diferencias de grado entre el modelo norteamericano y nuestra Constitución, resulta insoslayable dar cuenta de cuáles fueron las razones y circunstancias en las que fue concebida la garantía de incolumidad de la remuneración de los magistrados judiciales en el derecho norteamericano.

La propia Corte federal norteamericana, al indagar sobre el origen de tal garantía, ha reconocido que “la relación entre la remuneración de

⁵⁶ Joaquín V. GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 252.

⁵⁷ Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Lajouane, t. III, pág. 430.

⁵⁸ G.W. PASCHAL, *La Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Lajouane, 1888, pág. 246.

los jueces y su independencia de ninguna manera fue idea de los autores de la Constitución, la ley de sucesión de 1701⁵⁹, concebida para corregir los frecuentes abusos cometidos durante el reinado de los Estuardo, incluye una disposición que con la ascensión al trono del sucesor de la princesa Ana ‘el cargo de juez se mantendrá *quamdiu se bene gesserint* (mientras dure su buena conducta), y su remuneración determinada y establecida...’ [12 & 13 Will, III, ch. 2, & III, cl. 7(1701)]”⁶⁰.

Así las cosas, según el más alto tribunal de los Estados Unidos, la ley inglesa referida es “el más antiguo reconocimiento de que el control sobre el ejercicio y la remuneración de los jueces es incompatible con una judicatura verdaderamente independiente, libre de la influencia nociva que pueden ejercer otras fuerzas dentro del gobierno. Más adelante, el Parlamento sancionó una ley que el rey promulgó, poniendo en práctica la ley de sucesión disponiendo que el salario de un juez no sería reducido ‘siempre que sus privilegios y cargos, o cualesquiera de ellos respectivamente, continuasen y permaneciesen en vigencia’ [1 Geo. III ch. 23, section III (1750)]. Estas dos leyes fueron ideadas ‘para mantener la dignidad e independencia de los jueces’ (1 W. Blackstone, Commentaries 267)”⁶¹.

Continuó el máximo tribunal federal norteamericano relatando el proceso de expansión de la protección reconocida en la norma, al sostener que “al principio esta misma protección también se aplicaba a los jueces coloniales. En 1761, sin embargo, el rey convirtió el ejercicio de las funciones de juez al servicio de su voluntad. La injerencia que acarreó este cambio a la administración de la justicia en las colonias pronto se convirtió en una de las objeciones más importantes contra la Corona. En efecto, la Declaración de la Independencia, al enumerar los agravios contra el rey,

⁵⁹ En inglés, *Settlement Act*, ley dictada en 1701 por el Parlamento inglés, con el objeto de regular la sucesión del poder con carácter previo al reinado de Ana Estuardo, considerado como un período de transición hacia la consolidación de un nuevo modelo político, cuya intención primera era alejar a Inglaterra del absolutismo imperante en el continente. Se trató, en definitiva, de una norma con carácter de ley fundamental, por cuanto dotó de cobertura legal al sistema político, al reconocer la supremacía de las instituciones y la consiguiente limitación del poder (ver Carlos S. FAYT, *Principios y fundamentos...* cit., pág. 299).

⁶⁰ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

⁶¹ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

manifestaba: ‘Ha hecho que los jueces dependan sólo de su voluntad, tanto en el ejercicio de sus funciones, como en el monto y pago de sus salarios’”⁶².

Ahora bien, continuó la Corte, “la independencia triunfó y los colonos no olvidaron las razones que los habían llevado a separarse de la Madre Patria. De esa manera, cuando los redactores se reunieron en Filadelfia en 1787 para redactar nuestra ley orgánica, se aseguraron de que en los artículos que trataban sobre el Poder Judicial, tanto el ejercicio como la remuneración de los jueces estuvieran protegidos de uno de los males que habían provocado la revolución y la independencia”⁶³.

Luego, “las notas de Madison en la Convención Constituyente revelan que los redactores primero llegaron a un acuerdo tentativo según el cual el Congreso no podía aumentar ni disminuir la remuneración de los jueces”⁶⁴.

Más tarde, “el gobernador Morris logró anular la prohibición sobre los aumentos; junto con otros, pensaba que el Congreso debía tener libertad para aumentar los salarios y así hacer frente a tales contingencias como la inflación, fenómeno tan conocido entonces como en la actualidad. Madison se opuso al cambio basándose en que los jueces podían inclinarse a deferir indebidamente al Congreso cuando éste estuviese considerando el pago de aumentos”⁶⁵.

Así las cosas, “el interés por los estragos de la inflación se revela en el comentario hecho por Madison: ‘Se pueden tomar precauciones contra las variaciones en el valor de la moneda adoptando como patrón el trigo o cualquier otro elemento de valor permanente’ [2 J. Madison, *The Records of the Federal Convention of 1787*, pág. 45 (M. Farrand ed. 1911)]”⁶⁶.

Luego, en lo relativo a las razones que motivaron el desarrollo de la garantía, los mismos jueces del alto tribunal norteamericano afirmaron haber reconocido que “la Cláusula de Compensación también sirve para

⁶² “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

⁶³ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

⁶⁴ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

⁶⁵ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

⁶⁶ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros” cit..

otro propósito relacionado. Además de fomentar la independencia judicial, asegura a un presunto juez que al abandonar la actividad privada, a veces tan lucrativa, su remuneración en el nuevo puesto no será disminuida. Indudablemente esa aseveración ha servido para atraer brillantes abogados al tribunal, y de tal modo realza la virtud de la justicia. [*Evans v. Gore*, 253 U. S. 245, 40 S. Ct. 550, 64 L. Ed. 887 (1920); 1 J. Kent, *Commentaries on American Law* 276 (1826)]”⁶⁷.

⁶⁷ “Estados Unidos v. Hubert L. Will y otros”, cit..

PREMIO ACADEMIA 2008

Dictamen del jurado

En la ciudad de Córdoba, a dieciséis días del mes de abril de 2008, en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se reunió el jurado encargado de dictaminar sobre el Premio Academia 2008 en el ámbito del “*Derecho extrapatrimonial*”, integrado por los Dres. Eduardo Fanzolato, Juan Manuel Aparicio y Luis Moisset de Espanés.

El jurado analizó los antecedentes de los dos postulandos, Dres. Jorge A. Mazzinghi y Marcos Mauricio Córdoba y luego de un amplio análisis, sostuvo que, atento a los objetivos y alcances del Premio en cuestión, por el cual se busca reconocer la trayectoria y consagración de profesionales del derecho que están en plena actividad y se destacan por su producción académica, al mismo tiempo que dicho Premio sirve de estímulo para continuar trabajando en dicha trayectoria, considera que el mismo debe ser otorgado al Dr. Marcos Mauricio Córdoba.

El Dr. Marcos Mauricio Córdoba, es argentino, casado, de 54 años de edad, abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, título otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con calificación de “sobresaliente” por su tesis “La posesión hereditaria”, y que fuera laureada con el Premio Facultad (Res. CD N° 11.838/98). Exhibe una larga y fecunda trayectoria de dedicación al estudio, la investigación y la enseñanza del derecho.

Que es docente investigador categoría I del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación.

Que es profesor regular a cargo de la titularidad de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la UBA.

Que es profesor de la carrera de especialización en Derecho de Familia de la UBA, en cuestiones relativas a derecho sucesorio; profesor de la Maestría en Magistratura (UBA); director y profesor de postgrados en las universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Rosario y el Colegio de Abogados de Zárate - Campana; director del curso de doctorado sobre “La buena fe en el derecho” en la Facultad de Derecho de la UBA; profesor en cursos y seminarios en carreras de doctorado en Ciencias Jurídicas organizadas por universidades nacionales y extranjeras (UBA, Universidad Museo Social Argentino, Brasil); director del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Zárate - Campana; subdirector académico del Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la UBA (Res. 14.784/07) mayo 2007; disertante y ponente en numerosas jornadas jurídicas nacionales y extranjeras (Brasil, Chile, Italia, Francia); presidente junto con el Dr. Eduardo Zannoni y la Prof. Lidia Hernández en la Comisión 6 de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2007.

Que ha realizado numerosas publicaciones entre las que podemos citar:

Autor de la obra *Finalidad del proceso. Principios procesales del derecho de familia*, Editorial La Ley, 2007.

Coautor de la obra *Alimentos*, Editorial La Ley, 2007.

Director del *Tratado de la buena fe* y autor del capítulo sobre “Efectos jurídicos de la buena fe en la Argentina” y de la Sección Tercera sobre la jurisprudencia pertinente, Editorial La Ley, 2004.

Director y autor de la obra *Derecho de familia. Parte General*, Editorial La Ley, 2002.

Autor de la obra *Derechos del heredero. La posesión hereditaria*, Editorial La Ley, 1998.

Autor de comentarios a numerosos artículos en la obra colectiva *Código Civil Comentado. Normas complementarias*, análisis doctrinario y jurisprudencial, t. I y t. VI A, dirigida por el Dr. Alberto Bueres.

Coautor de la obra en tres tomos: *Derecho sucesorio*, Editorial Universidad, 1991-1992-1993.

Autor del capítulo XII de “Private Law Beyond the National Systems”, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2007.

En definitiva, el profesor Dr. Marcos Mauricio Córdoba, exhibe una proficua labor como docente y publicista, por lo que este jurado *aconseja al cuerpo conferirle el Premio Academia - Año 2008.*

Eduardo Fanzolato

Juan Manuel Aparicio

Luis Moisset de Espanés

Resolución 13/2008

Córdoba, 30 de abril de 2008.

VISTO:

Que en sesión académica de fecha veintinueve de abril de dos mil ocho esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba resolvió designar un jurado cuya misión sería la de emitir opinión sobre candidatos para la adjudicación del Premio Academia correspondiente al corriente año 2008.

Y CONSIDERANDO:

Que el mencionado jurado, integrado por los académicos Dres. Juan Manuel Aparicio, Eduardo I. Fanzolato y Luis Moisset de Espanés, presentó su dictamen con fecha 16 de abril, aconsejando por unanimidad al cuerpo se adjudique el Premio al doctor Marcos Mauricio Córdoba quien acredita títulos suficientes para hacerse acreedor de la distinción.

Que tal dictamen, que se agrega como Anexo, ha sido tratado por el pleno de la Academia en sesión realizada en fecha de 29 de abril, oportunidad en la que fue analizada detenidamente su fundamentación, el cual se aprobó por unanimidad.

Por lo dicho y de acuerdo a la Reglamentación pertinente,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

RESUELVE:

Art. 1º.- Acordar el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba correspondiente al corriente año dos mil ocho al doctor Marcos Mauricio Córdoba.

Art. 2º.- Notificar formalmente al mencionado la presente Resolución.

Art. 3º.- Entregar el correspondiente diploma en acto público en fecha que se fijará oportunamente.

Art. 4º.- Comuníquese, publíquese, archívese.

Julio I. Altamira Gigena
Académico Secretario

Luis Moisset de Espanés
Académico Presidente

Palabras de presentación del premiado por parte del Sr. académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato

Tenemos la íntima complacencia de reunirnos esta tarde para entregar el Premio “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, al Dr. Marcos Mauricio Córdoba.

Mi intervención en este acto no cumple la función de efectuar una presentación curricular del premiado porque se sobreentiende que los antecedentes han sido evaluados por el cuerpo académico al efectuar la designación y un resumen de sus méritos fueron enumerados por el secretario administrativo que me precedió en la lectura de la resolución pertinente.

Con este entendimiento me referiré a otros aspectos de su personalidad.

Marcos nació en San Isidro, provincia de Buenos Aires, siendo el menor de siete hermanos, tres de ellos cordobeses y todos, descendientes de una familia criolla, muchos de cuyos miembros colaboraron activamente en las luchas por nuestra independencia.

Durante su infancia y juventud, además de los estudios propios de su especialidad, Marcos desplegó una destacada práctica deportiva en natación, rugby y pelota paleta. En esa época contrae matrimonio con Inés

Isabel Besada, de cuya unión nacieron sus cuatro hijos aquí presentes: Marcos, el mayor, médico veterinario; Lucila y Ramiro, abogados y Florencia, estudiante de derecho. El tiempo de la familia transcurre, en la actualidad, en el establecimiento agropecuario que han fundado en San Antonio de Areco para dedicarlo especialmente a las actividades de la cría y adiestramiento de caballos deportivos, siendo sus hijos eximios jinetes de la Federación Ecuestre Argentina.

Señalamos estos aspectos de su vida familiar no por curiosidad sino porque sus obras no son abstracciones individualistas y personalísimas que se enajenan de los objetos sensibles sino que, por el contrario, reposan sobre experiencias vividas en su propia realidad cotidiana, familiar y social.

Es fecundo en su vida familiar y en sus producciones jurídicas en proporción a las aptitudes y dones recibidos y al medio afectivo en el que se desenvuelve.

Si bien la distinción, el premio, que hoy entregamos, está formalmente fundamentado en los méritos y tesoneros esfuerzos personales de Marcos, es indispensable subrayar que sus logros también se sustentan *en esencia* en una correcta y ampliada concepción de lo que, en derecho llamamos *ganancialidad*, que, en este caso, se traduce en la silenciosa y casi imperceptible colaboración humana y apoyo afectivo de su esposa y de los miembros de su familia a quienes, por estas razones que no podemos ignorar, por su cooperación, por su callada contribución, hacemos extensivo el reconocimiento del premio Academia discernido en cabeza de Marcos.

Toda persona, en cualquier ámbito, pero especialmente en el campo de la investigación, no debe esconder, como un tesoro individual y oculto, las conclusiones a las que arriba sino que debe compartirlas con los demás dotándolas de una fuerza expansiva exigida por la ciencia y la ley de interdependencia universal. Esto requiere no encerrarnos egoístamente en nuestras afirmaciones, asertos, proposiciones, tesis.

Y traigo esto a colación porque Marcos es un *operador jurídico nacional* no sólo por su ciudadanía sino porque el territorio dentro del que comparte sus logros, en el que acciona y desarrolla sus ideas, no se circunscribe a su provincia y a los centros de estudio en los que ejerce la docencia sino que se extiende al resto del país, además de sus participaciones en el exterior, en foros internacionales de renombre (Londres,

Roma, Milán), en los que es invitado con frecuencia, por sus reconocidos sus méritos.

Es proverbial su disponibilidad a satisfacer las convocatorias que le formulan desde los más diversos puntos de la República (Patagonia, Formosa, Cuyo, el Litoral) para dictar clases de grado o posgrado, elaborar dictámenes, disertar, conformar tribunales de concurso y de tesis doctorales, maestrías, etc. Y, en este aspecto, señalamos que ha contribuido con nuestra Academia en la obra de ramificación o expansión que estamos realizando a través de los institutos creados en diversas regiones del país (Centro, Cuyo, Noreste) integrando un equipo de académicos que desarrollaron en la regional Cuyo un evento de tales características de extensión y difusión.

Su asidua concurrencia a las Jornadas Bonaerenses de Junín, en las que participan muchos juristas del interior del país, demuestra *disponibilidad* para exponer sus ideas y un singular interés por conocer y analizar las actividades jurídicas nacidas y desarrolladas dentro de la República, como lo acreditan las notas y citas que constan en sus numerosas publicaciones.

El Dr. Córdoba sabe conjugar la docencia y la investigación con el ejercicio profesional. Es autor de una producción intelectual, académicamente sólida y clara; aguda y sistemática en sus coherentes análisis, críticas y conclusiones de alto nivel científico.

Ha colaborado y dirigido obras colectivas de prestigio.

Es un sobresaliente familiarista que si bien se dedica con especial fortaleza al derecho privado extrapatrimonial, sin embargo, su labor jurídica abarca una visión más integral del derecho, fruto de su madurez como jurista.

Haciendo gala de una particular vocación por rejuvenecer el ordenamiento legal, ha integrando comisiones legislativas de reforma al Código Civil cuyas propuestas, si bien no han recibido la consagración legislativa, constituyen un valioso antecedente para el estudio y la investigación.

La Academia, a través de este acontecimiento, testimonia el gozo, el beneplácito de satisfacer el propósito perseguido al instaurar el Premio Academia, que en el presente año 2008 está específicamente orientado a distinguir a institutos científicos, órganos judiciales, equipos de investigadores o *autores que hayan hecho un aporte significativo en el ámbito del derecho privado extrapatrimonial*.

El elegido del año ha sido el Dr. Marcos Mauricio Córdoba, jurista y dilecto amigo, a quien le trasmitimos una cordial felicitación por su obra y un augurio de seguir ese derrotero nacional al que nos hemos referido.

Palabras iniciales del Dr. Marcos M. Córdoba

Buenas tardes señoras y señores.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Luis Moisset de Espanés, señores académicos, profesores, magistrados y miembros de mi familia. Agradezco la generosidad de los juicios expuestos en las palabras con que me han recibido y que atribuyo a la nobleza de ánimo que caracteriza a los que más saben y no al escaso mérito de mis desempeños, los que dedico a Mercedes Carrasco y Alfredo Córdoba, mis padres, quienes me formaron, y a Inés, mi mujer, a Marcos, Lucila, Ramiro y Belén junto con Joaquín y a Florencia, mis hijos, los inspiradores de todos mis esfuerzos.

El motivo de mi orgullo responde a que desde el comienzo de mi desarrollo en el estudio de las leyes, he sentido enorme admiración por esta Academia en virtud de sus objetivos los que fueron expresados en su fundación por el entonces rector de la Universidad Nacional de Córdoba, ingeniero Rodolfo Martínez, al exponer que la vocación jurídica de esta provincia requiere un centro puramente doctrinario, con posibilidad de cooperar en la elaboración de las leyes; el interés por los estudios imparciales y libres, capaces de provocar reacción ante los síntomas de las circunstancias que puedan dañar a la sociedad; la orientación de sus miembros y la autoridad que les otorga su madurez científica.

Que tan noble entidad haya reconocido algún valor en mi trabajo me coloca en una circunstancia que siempre consideré imposible. Es que implica, por un lado, la culminación de una trayectoria a la que aspiré, pero que jamás avizoré, y de otra parte, el deber de producir en el futuro ideas que resulten un aporte a la satisfacción del interés general. Vuelvo a reiterar que el estar hoy aquí y con motivo de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba responde a la bonhomía de los juristas que la componen. No debo dejar de ex-

presar el más alto grado de felicidad que provoca a un entusiasta del derecho civil el poder exponer sus ideas en la provincia de Dalmacio Vélez Sársfield, autor de las más notables obras cuyas extraordinarias cualidades cumplieron y cumplen en plenitud la función de afirmar la organización nacional a través de la regulación de las relaciones interpersonales, lo que me ha llevado a sostener públicamente, en oportunidad de conmemorarse los cuarenta años de la promulgación de la ley 17.711, modificatoria de nuestro Código Civil, que ésta posee como la mayor de sus virtudes lo que dejó subsistir de los textos originales, de los textos de Vélez. Teniendo en consideración que he expuesto como mérito de esta institución, la capacidad de reacción ante los síntomas de las circunstancias que puedan dañar a la sociedad es que he elegido como tema de mi disertación: “Última y próxima evolución del derecho de familia”. Y con ello ya quedan adelantadas las conclusiones que sostengo.

ÚLTIMA Y PRÓXIMA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

por MARCOS M. CÓRDOBA *

En lo jurídico, fue característica esencial del siglo XIX la devoción incondicional a la ley. Se tuvo por cierto que el derecho nacía y terminaba en los preceptos legales, se reclamaba para él respeto religioso ¹.

A principios del siglo XX, y como consecuencia mayormente imputable al pensamiento de Gény se comenzó a sostener que la omnipotencia de la ley resultaba una mera ilusión, una vía de la que el legislador se sirve para traducir, de manera provisoria, una regla de derecho ya existente susceptible de ser ampliada, restringida y hasta dejada sin efecto si ese medio social así lo exigía ².

Coincidente con ello se exponía que la extensión inconmensurable de lo imprevisible hacia expirar las posibilidades del derecho positivo lo cual provocaba también la expiración de su autoridad ³.

En casos se atempera el efecto de ello cuando como enseña Moisset de Espanés, *“El estudio de otros sistemas facilita la posibilidad de previsión que tienen las ciencias sociales. Si se advierte que en otras sociedades aparecen ciertos fenómenos generales sobre los que operan los mismos factores en nuestro medio, lo que provoca procesos similares, se puede pensar que existen grandes posibilidades de que*

* Conferencia pronunciada con motivo de la ceremonia de entrega del Premio, con fecha 16 de septiembre de 2008.

¹ F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Francais*, París-Bruxelles, 1878.

² Paul ROUBIER, *Théorie General du Droit*, París, 1946.

³ RENARD, *Le droit, la justice et la volonte*.

*se plantee una situación semejante en nuestro país. De allí que puedan inferirse tendencias que permitan adoptar medidas que preparen el sistema jurídico para hacer frente a la realidad que se acerca”*⁴.

En esa extensión de la imprevisibilidad seguramente corresponde que situemos al desarrollo que al derecho de familia argentino le correspondió a partir de la década de 1980 en la que se verifica su más profunda transformación pudiendo determinarse como comienzo de esta etapa el acontecimiento legislativo que constituyó la sanción, promulgación y publicación de la ley 23.264 de “Filiación y patria potestad”, que se caracterizó por eliminar discriminaciones entre sujetos de la familia, siendo seguida al poco tiempo por la ley 23.515 de “Matrimonio civil” y por otras, tales los contenidos normativos de la ley 23.570 de “Derecho a pensión en el caso de convivencia en aparente matrimonio”; la ley 24.193 de “Trasplante de órganos y materiales anatómicos” que en su artículo decimoquinto establece los vínculos por consanguinidad, adopción, matrimonio o apariencia conyugal que habilitan la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante; la ley 24.270 de “Régimen de visitas de menores”; la ley 24.417 de “Violencia familiar”; la ley 24.779 de “Adopción”; la ley 25.673 de “Procreación responsable”; la ley 25.864 del “Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos” y otras leyes locales.

La transformación jurídica no se detuvo allí, pues fue entonces donde la labor de los jueces se ha producido.

Tengo en consideración que en nuestra doctrina llamamos jurisprudencia a una pluralidad de sentencias que al resolver casos jurídicos análogos lo han hecho en el mismo sentido aceptando toda una doctrina común. Es necesario saber que las decisiones judiciales sólo obligan a las partes del juicio, creando así una norma individualizada, y no una norma general. Hasta hace relativamente poco tiempo atrás se entendía pacíficamente que los jueces no creaban derecho, puesto que sus fallos, en nuestro sistema romanista no vinculan para el futuro. En la última mitad del siglo pasado numerosos autores de reconocido prestigio sostuvieron que la jurisprudencia es fuente formal de derecho, fundando esta aser-

⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio social y cambio legislativo”, en *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalia, 1994, pág. 17,

ción en lo dispuesto en el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que asigna carácter vinculatorio, de aplicación obligatoria a “la interpretación de la ley” establecida en una sentencia plenaria. No comparto esa opinión porque la forma de nuestro régimen institucional, es llamada, por el art. 1° de la Constitución Nacional como “representativa, republicana, federal”, “con división de poderes” y los órganos del Estado que tienen la función de crear normas jurídicas, son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo por sus facultades de iniciativa y de veto o promulgación, correspondiendo a los jueces sólo “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes”. Debo recalcar que el art. 303 del Código Procesal invocado, sólo establece que “la interpretación de la ley será obligatoria” y, obviamente, interpretación de una norma vigente no significa creación de ella, los jueces interpretan, esto es, desentrañan el exacto significado de una norma preexistente creada por los poderes colegisladores.

Lo aseverado resulta útil toda vez que si bien en la República Argentina rige el sistema jurídico continental de derecho privado codificado, en algunos sectores de la educación se ha optado, según considero en exceso, por un sistema de enseñanza extremadamente casuístico, el cual puede resultar útil para el sistema del derecho anglosajón del *common law*, donde la enseñanza del derecho se basa fundamentalmente en la existencia de los precedentes judiciales y en nuestro medio puede resultar de utilidad para provocar la reflexión, pero teniendo siempre en cuenta que la jurisprudencia, o fallo, es el resultado de la interpretación de la ley y no la ley. En este orden de ideas no puedo dejar de destacar que la doctrina, tal como nos enseña Planiol desempeña en la ciencia del derecho, aproximadamente, el mismo papel que la opinión pública en la ciencia política. Prepara con anticipación los cambios de la legislación por la influencia de su enseñanza e influye en la interpretación judicial, en la medida de su fuerza de convicción por el vigor de sus fundamentos. Ello debe obligar al publicista a que al citar la obra de los jueces, e invocar la doctrina sea con respeto estricto a la ley, siempre atendiendo a que el ordenamiento jurídico de la familia ofrece notables peculiaridades. No puedo dejar de invocar su contenido ético ya que su más íntima y esencial regulación es moral, un conjunto de reglas éticas que luego el derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente.

Debo recordar también que en las relaciones de familia prima el interés superior de ésta y de ahí que los poderes y facultades familiares

tengan un acentuado aspecto de función. Se debe enfatizar que en este ordenamiento particular la autonomía de la voluntad se encuentra limitada y que entre las normas del derecho de familia, la mayoría son imperativas, tal el caso de las que regulan las potestades familiares. Se produce la fusión del derecho y del deber. Los derechos se conceden para cumplir mejor ciertos deberes que a su vez son indisponibles. Es que, como afirma Cicu, la posición particular que la persona tiene en la familia, el estado de familia que le corresponde, no es una posición de autonomía, sino de subordinación a fines superiores⁵. Recordemos junto con esto, siguiendo a Fanzolato, que el orden público es el conjunto de principios que sirven de fundamento a la organización del Estado, de la sociedad y de la familia, es decir, la protección especial o privilegio que concede el derecho a la familia. Son principios que el legislador en una época concreta, estima indispensable defender a través del ordenamiento jurídico para conservar la particular concepción que se tenga sobre la familia, la sociedad y el Estado. Una ley íntegra de orden público familiar cuando a través de su normativa procura garantizar, llevar a la práctica o desarrollar, los principios inspiradores de la particular organización política y socio familiar. Por eso las leyes de orden público pueden ser sólo deducidas o extraídas del espíritu de las bases esenciales de la legislación. Las normas de orden público son imperativas en el sentido de que, por existir un interés superior -social o colectivo- comprometido en su observancia, la voluntad de los particulares no la pueden derogar o modificar. El derecho de familia, por ser de orden público, se integra con normas imperativas, irrenunciables, inderogables por la voluntad de los particulares, que atienden el interés superior del Estado o interés familiar del Estado⁶. Este derecho particular y de orden público es el que están facultados los jueces para aplicar en la decisión de las causas sometidas a su conocimiento y decisión.

⁵ Antonio CICU, *Derecho de sucesiones, Parte General*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, pág. 45,

⁶ Eduardo I. FANZOLATO, *Derecho de familia*, Córdoba, Advocatus, 2007, t. I, pág. 85.

Prescendencia del derecho positivo en la enseñanza del derecho de familia y en la resolución judicial de sus causas

Por variados motivos, nuestra República ha sufrido innumerables circunstancias de crisis de legalidad. Durante muchos años el Poder Legislativo no funcionó y ello fue la consecuencia de la atribución de roles por sujetos no legitimados para ello. Cesado el estado ilegítimo del ejercicio del poder público, ya hace casi un cuarto de siglo, otros motivos obstan a su correcto funcionamiento, así es que en 2005 la Cámara de Diputados de la Nación tuvo sólo once sesiones ordinarias. Ello seguramente ha facilitado la tendencia a la creación de “normas particulares” lo que acarrea la permisividad de la ilegalidad. Es habitual que se efectúen referencias al desconocimiento del principio de legalidad como consecuencia del inadecuado ejercicio de las potestades otorgadas por la ley a los funcionarios públicos. Dentro de esto que constituye un género, una de sus especies resulta ser la consecuencia emanada del ejercicio irregular de la jurisdicción. Es necesario recordar cuáles son los límites de la facultad de los jueces en la interpretación de la ley, es decir, cuáles son los márgenes en la aptitud o poder de derecho respecto del conocimiento y decisión de las causas que versan sobre los puntos regidos por las leyes de familia. Esta atribución que efectúa al Poder Judicial el art. 116 de nuestra Constitución Nacional constituye la norma que en conjunción con las contenidas en los arts. 16, 17, 18 y 19 del mismo cuerpo legal tipifican el Estado de derecho por la sujeción de todos los actos a la ley, excluyendo la existencia de lo arbitrario y “aun de una gran autoridad discrecional”⁷. Resulta claro entonces que la Constitución Nacional consagra expresa y genéricamente el principio de legalidad, toda vez que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 C.N.); tampoco puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso (art.18 C.N.); ni privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17 C.N.); como que no podrá exigírsele ningún servicio personal, salvo que ello resulte de la aplicación de un texto legal (art. 17 C.N.).

⁷ Marcos M. CÓRDOBA, “A un mes de los cuarenta años de la ley 17.711”, Derecho al Día, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Linares Quintana expresa que así el Estado crea un ámbito de vida jurídica en la que el hombre desarrolla su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, con verdadera libertad y responsabilidad⁸. Sarmiento expone que de este modo la Constitución Nacional da seguridad, que es elemento de la libertad⁹. Muy cierto resulta, para garantizar seguridad jurídica, que no basta la redacción “*enfática y solemnemente proclamada en la Constitución Nacional sino que es necesario que todos y cada uno de los habitantes tengan el goce efectivo y cabal de sus derechos*”¹⁰. Al decir de Alberdi, la libertad además de escrita debe vivir palpitante en los usos y costumbres del país, sino es tan sólo una libertad muerta.

Los textos citados establecen el férreo límite al que inexorablemente deben ajustarse todas las leyes de la Nación, por ser éstas consecuencia de la Constitución Nacional, estando obligadas las autoridades a conformarse a ellas (art. 31 C. N.). En tal contexto, como ejemplo, podemos citar al art. 399 del Código Procesal Penal de la Nación que establece como regla que hace a la validez y existencia de toda sentencia, en la materia, la invocación de las disposiciones legales aplicables; lo prescripto en los códigos procesales en lo civil y comercial que imponen, como deber del juez, fundar las sentencias respetando la jerarquía de las normas vigentes provocando que lo resuelto sea derivación razonada de ellas con referencia a las circunstancias del caso. “*La omisión trae aparejada la nulidad del acto*”¹¹. La imposición legal que resulta de las normas alegadas armonizan con lo que expresan los arts. 1º, 2º, 3º, 16 y 17 de nuestro Código Civil de los que resulta que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de nuestra República pero sólo mediante publicación, no admite aplicación retroactiva, y la analógica sólo es

⁸ Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, 1963, pág. 191.

⁹ Domingo F. SARMIENTO, Cámara de Senadores de la Nación, 11/7/1876.

¹⁰ FRANCISCO LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1956, t. V, pág. 195.

¹¹ ELISA M. DÍAZ DE VIVAR, *Comentario al art. 34. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Elena I. Highton, Beatriz A. Arean, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 547.

admitida subsidiariamente, en materia civil, ante un vacío legal. A su vez, la ley obliga a que si con ello no se pudiese resolver la cuestión, en un posterior grado de subsidiariedad cobra validez la aplicación de los principios generales del derecho. No admitiendo el derecho vigente lo que resulte de los usos y costumbres salvo cuando la ley se refiera a ellos o en situaciones no regladas por ésta, lo que importa que jamás podrán prevalecer sobre una imposición efectuada en un texto legal. Cuando nos referimos a la ley estamos aludiendo a su acepción material, es decir a regla o norma de conducta general establecida por el órgano competente del Estado.

Siguiendo a Ripert y a Boulanger sostenemos que *“el juez no tiene la pretensión de hacer la ley. El entiende y declara aplicar la ley. No se trata de poner frente al legislador un poder concurrente. El juez sigue siendo el servidor de las leyes; no se arroga el poder de crear normas jurídicas”* ¹².

El principio de legalidad impone el sometimiento pleno a la ley, implica la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general.

“La seguridad jurídica exige el respeto del principio de legalidad, que deriva de la noción de soberanía popular y rige cuando las disposiciones son dictadas por los representantes de los gobernados en la órbita en que tienen facultades para obrar. Va de suyo que el principio de legalidad queda arrasado cuando un funcionario se arroga facultades normativas que no le correspondan, como suele suceder en la Argentina” ¹³.

Recuerdo entonces que arbitrario es el proceder contrario a las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado arbitrarios a los pronunciamientos judiciales que incurren en apartamiento de la solución normativa prevista para el caso ¹⁴. Es que, como enseña Salvat, cuando existe una ley cuyo texto es claro y expreso, debe ser aplicada estrictamente y *“en el sentido que resulte de sus propios términos, aun cuando pareciere injus-*

¹² Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de derecho civil...* op. cit., pág. 191.

¹³ Atilio A. ALTERINI, “Un sistema teñido de inseguridad”, L.L. 2002-C, 1015.

¹⁴ Fallos 311:346.

*ta; el juez es un ministro de la ley para aplicarla tal cual es y no para juzgar su bondad o su justicia; ni el juez ni el intérprete, pueden eludir la aplicación de una ley clara, so pretexto de penetrar en su espíritu”*¹⁵. Coincide ello con reciente doctrina emanada del más alto tribunal de justicia de nuestra República que ha resuelto que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto¹⁶.

Actual tendencia a la creación de normas particulares

La permisividad a la ilegalidad

Es conveniente en este estado del desarrollo, incluir en el análisis el contenido de la producción no sólo de la doctrina jurisprudencial sino también de la doctrina autoral de nuestros días y así nos sorprenderemos al poner en evidencia que se ha generalizado entre los profesores del derecho de familia y los jueces del fuero, el desconocimiento o apartamiento consciente a la estructura jurídica obligatoria. Leía, diez días atrás, que un prolífico publicista de esta rama del derecho expresaba que *“El deber de fidelidad luego de la separación de hecho implica introducir una suerte de espera conyugal que de ningún modo surge del derecho positivo y que violenta la libertad y autonomía de las partes. Por el contrario, debe buscarse el argumento en lo normado en el art. 198 del Código Civil, interpretándose que la misma al referirse al deber de fidelidad, presupone la normal convivencia de los cónyuges, no rigiendo su contenido luego de la ruptura de la vida en común”*¹⁷.

¹⁵Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1922, pág. 142.

¹⁶“Banco Ganadero Argentino c/ Medicina Técnica s/ Ejecución Hipotecaria”, 18/12/03, L.L. 21/4/04, N° 107.287, t. 326, pág. 4909.

¹⁷Néstor SOLARI, “El deber de fidelidad y el factor tiempo”, L.L. 3/9/2008.

No existe regla de interpretación que pueda derivar en tal conclusión, que solo responde al capricho de quien la formula.

También y al solo efecto ejemplificativo recuerdo el contenido del art. 232 del Código Civil que establece “En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de lo dispuesto en los arts. 204 y 214, inc. 2º” y que, tal lo dicho por Escriche, la ley se ha de entender general e indistintamente. Cuando la ley no hace excepción alguna pudiendo haberla hecho y ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho¹⁸. Agrega el autor que el juez que pusiere excepción a una ley concebida en términos generales y absolutos comete una arbitrariedad, un exceso de poder. Su pensamiento encuentra identidad con lo que ya se había dispuesto como norma para aplicar en América en las Leyes de Indias y que resulta creación jurídica de conocimiento general en la invocación de que allí donde la ley no discrimina el intérprete no puede hacerlo. Esta regla básica de interpretación no ha sido respetada de forma absoluta y unánime, por otra parte el texto transcrito no exige esfuerzo en su hermenéutica lo cual impone, según la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia que sea aplicada directamente¹⁹. No obstante la claridad de la norma, la regla de interpretación enunciada y la doctrina emanada de la Corte, la sala E de la Cámara Nacional en lo Civil ha resuelto que “la salvedad contenida en el art. 232 del Código Civil, relativa a lo dispuesto por los artículos 204 y 214 inc 2º del mismo cuerpo legal, se refiere exclusivamente al reconocimiento de la existencia de la separación de hecho sin voluntad de unirse durante el lapso previsto por la ley, mas no en lo relativo a las causales imputadas por uno de los cónyuges al otro, puesto que si uno de ellos alega que no dio motivo a dicha separación y pretende ser inocente de tal situación deberá acreditarlo debidamente tal como lo preceptúa el citado art. 204, y en este aspecto retomará vigencia el principio general de la mencionada norma del art. 232 que impide tener por suficiente la confesión judicial o el reconocimiento de los hechos”²⁰. Resulta evidente el apartamiento del

¹⁸ Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado*, París, 1861, pág. 953.

¹⁹ C.S.J.N., 23/12/04, “Asociación Civil Jockey Club c/ D.G.I.”.

²⁰ CNCiv., Sala E, 14/10/93, “M., E. R. c/ B., M. E. s/ Divorcio”, E.D. 158-447.

texto legal en la solución del caso concreto, apartamiento que coincide con lo publicitado por doctrina autoral destacada toda vez que se ha expuesto que *“El reconocimiento no es suficiente, en cambio, para prescindir de prueba si se trata de determinar cuál de los cónyuges es el responsable de ese fracaso: ... en relación a la hipótesis del artículo 204, si se imputa a uno de ellos haber dado causa a la separación de hecho”*²¹. Coincidiendo con ello se ha sostenido *“el art. 232 no resulta suficientemente claro, en lo relativo a si para acreditar el hecho referido en la última parte del art. 204 de no haber dado causa a la separación, es o no aplicable la disposición de aquella norma, en cuanto en la misma se admite como suficiente la prueba confesional y el reconocimiento de los hechos, con relación a los artículos 204 y 214 inc 2°. Nosotros creemos que la admisión de la suficiencia de esa prueba se refiere solo y exclusivamente a los hechos configurativos de la causal contemplada en el arts. 204 y 214 inc 2°, y no, en cambio, a la prueba del hecho de no haber dado causa a la separación, cuestión ésta que, a nuestro juicio, debe ser acreditada por aplicación de las normas comunes”*²².

Recuerdo también que el art. 312 del Código Civil establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Judicialmente, no obstante la claridad del texto, se ha considerado que *“no existe impedimento legal alguno para que aquélla la concrete el concubino de la madre”*²³. No dudo que lo resuelto judicialmente responde a una motivación de justicia. Responde a la intención de satisfacer un interés superior. Lo que ocurre es que la satisfacción de ese interés superior ha debido ser decidida por aquellos a los cuales el ordenamiento establecido les ha otorgado la facultad de dictar normas exigibles. En el caso, el Poder Legislativo.

El interés en la seguridad jurídica rechaza, al decir de Botero Bernal, que cada cual tenga su propia respuesta, pues ello se traduce en un relativismo extremo que atenta contra la previsibilidad jurídica. El mismo

²¹ Eduardo A. ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989, t. II, p. 120.

²² Eduardo A. SAMBRIZZI, *Separación personal y divorcio*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. 1, pág. 321.

²³ Sala M, Expte. N° 341172, 7/10/02, “R., S.A. s/ Adopción”.

autor ataca la tendencia actual que cree que el juez puede ser un Hércules que soluciona todo a partir de sus propios principios ²⁴.

Un tribunal nacional de apelaciones en lo civil, el 20 de octubre de 2005 consideró que: “1. si bien la separación de hecho de los cónyuges no produce la disolución de la sociedad conyugal, los bienes adquiridos por uno de ellos con posterioridad a la ruptura de la convivencia no están sujetos a división entre los esposos, ello en virtud del fallo plenario “C.G.T. c. A.J.O. s/ liquidación de sociedad conyugal” -29/9/99, La Ley, 199-F, 3- que ha extendido la aplicación del art. 1306 3° párrafo del Código Civil a los supuesto en los cuales se decreta el divorcio por la causal del art. 214 inc 2° del citado Código ²⁵. 2. Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales ‘puros’ en tanto están alcanzados por la regla del art. 1315 del Código Civil, en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales ‘anómalos’ y no sujetos a división conforme lo previsto en el artículo 1306 párrafo tercero del mencionado ordenamiento” ²⁶. La doctrina que de tal pronunciamiento emana omite la aplicación de la norma que resulta del último apartado del art. 1306 ya que éste establece que el que fuere culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable, de lo que resulta claramente que al inocente no se lo priva de tal participación toda vez, como ya se dijo “*cuando la ley no hace excepción alguna pudiendo haberla hecho, y ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho*” ²⁷. Es cierto que la ley hace una excepción en el último apartado del art. 1306 Código Civil, esa excepción sanciona al culpable, la ley pudiendo haber hecho excepción no lo ha hecho respecto del inocente y por lo tanto a esto se le aplica la disposición general del primer apartado del art. 1306

²⁴ Andrés BOTERO BERNAL, “Derecho al día”, Buenos Aires, año 4, N° 81, pág. 9, 22/12/05.

²⁵ CNCiv., Sala B, 20/10/05, “H., M.B. c/ G. S., M. R.”, L.L. 9/2/06.

²⁶ CNCiv., Sala B, 20/10/05, “H., M.B. c/ G. S., M.R.”, L.L. 9/2/06.

²⁷ Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado...* ob. cit., pág. 953.

del Código Civil que indica que la sentencia de separación personal o divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges. Ninguna mención efectúa la ley respecto de “bienes gananciales puros” o “bienes gananciales anómalos”, clasificación ésta que resulta tan solo de la voluntad del juzgador, o de la doctrina autoral que lo inspiró, que con ello crea una norma individual que posee efecto retroactivo toda vez que la aplica a circunstancias y consecuencias pasadas, contradiciendo entre otras normas vigentes la contenida en el art. 3° del Código Civil en cuanto a la irretroactividad de la ley, sin perjuicio de que la función legislativa le corresponde a otro poder del Estado. Cabe por otra parte advertir que la resolución judicial a la que aquí aludimos invoca el plenario de ese mismo tribunal de fecha 29 de septiembre de 1999 y la doctrina de éste resulta contraria a los postulados de la nueva sentencia pues es claro que el tribunal en su reunión plenaria sostuvo que si “no se han analizado las causas del conflicto ninguno de los cónyuges conservará los derechos que la ley reconoce al que no dio causa al divorcio, estando fuera de discusión que la separación de hecho no disuelve *per se* la sociedad conyugal, efecto que se produce con el dictado de la sentencia de divorcio de acuerdo a la directiva que emana del art. 1306, que protege al cónyuge inocente, quien no pierde sus derechos a los bienes gananciales adquiridos por el culpable después de la separación”²⁸.

Debe quedar en claro que lo aquí expuesto no implica la creencia de que la omisión de la aplicación legal constituye un hábito de nuestra doctrina autoral y jurisprudencial, claro queda esto tras las remisiones efectuadas a los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema cuya doctrina no resulta divorciada de la que producen otros tribunales de nuestra República. Así es que se ha decidido “aunque la realidad social debe ser tomada en cuenta no sólo en la formación de la ley sino también en la interpretación, cuando esa realidad fáctica es susceptible de ser captada por la inteligencia de la norma legal resulta aventurado otorgar a los hechos entidad suficiente para modificar o derogar la normativa vigente, o forzar o torcer la interpretación para adecuarla a soluciones, en principio, contrarias al régimen legal vigente. De ahí que, esa adecuación para in-

²⁸CNCiv., en pleno, 29/9/99, “C., G. T. c/ A., J. O.”, L.L. 1999-F, 3.

terpretar con un criterio más flexible la previsión explícita del art. 198 del Código Civil del deber de fidelidad inherente al matrimonio dentro del contexto de normas actualmente vigentes que regulan el derecho de familia, requerirá una solución legislativa”²⁹.

En una interpretación en un todo acorde con el ya mentado criterio de nuestro más alto tribunal, la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Sala 1ª, ha resuelto revocar parcialmente una sentencia de primera instancia, que otorgaba la adopción de un menor de edad a dos personas que conviven en pareja sin estar casados, subsistiendo el vínculo matrimonial de uno de sus miembros con su ex cónyuge, mediando a su respecto separación de hecho, resolviendo en consecuencia, otorgar la adopción plena tan sólo al conviviente soltero, en virtud de que “en el contexto de la regulación legal actual, los arts. 312, 320 y 337 inc. 1.d Código Civil no son inconstitucionales. La Cámara, sostuvo en este fallo que pese al esfuerzo del juez por señalar que no se aparta del texto de la ley, es evidente que lo hace, ya que la palabra cónyuge en nuestro ordenamiento jurídico tiene un significado muy preciso, y es el que le da el Código Civil en el Tít. I de la Secc. 2ª cuando regula la institución del matrimonio. De manera que no es posible, sin incurrir en una interpretación *contra legem*, su equiparación con el término consorte o concubino. Como ha resuelto la SCBA en más de una oportunidad, al intérprete de la ley no puede acodársele el poder de variar el contenido del texto legal al grado de prescindir de él, pues la materia de la ley no es un caucho tan elástico, y la técnica interpretativa no es de una flexibilidad tal que a fuerza de tirar sobre el texto se llegue siempre a solucionar el caso. La apelación al espíritu de la ley (naturaleza y finalidad del instituto de la adopción) no puede sortear la valla del texto expreso de los arts. 312 y 337 C.C. Es que no se trata de que la interpretación literal sea dudosa -caso en el cual, se recurre a la interpretación sistemática y a la teleológica-, o de que exista una laguna normativa, que deba ser llenada por el recurso a la analogía, o a los principios generales del derecho (art. 16 C.C.). La no previsión del carácter de concubino como habilitante de la adopción por más de dos personas no es una omisión de la ley. Se deriva por exclusión de la exigencia expresa de la condición de cónyuges, cuyo no cumplimiento la

²⁹ Sala C, Expte. 341671, 30/10/02.

norma fulmina con la nulidad absoluta. *De lege ferenda* podrá propiciarse que se habilite a las parejas unidas en concubinato con determinados años de permanencia a adoptar, pero mientras ello no ocurra, los jueces debemos atenernos a la ley ³⁰.

Esta sencilla pero contundente frase “Los jueces debemos atenernos a la ley”, resume la base de nuestro sistema jurídico. Corresponde no olvidar que en nuestro estado de derecho la Constitución Nacional indica el marco límite en el cual el poder al que corresponde la función de crear las normas exigibles debe hacerlo, es decir que el producto del legislador, la ley posee como límite la Constitución y es esa ley el límite que se le impone a quien tiene la función de juzgar. Subsidiariamente, como ya se expresó y sólo en el caso en que medie oscuridad o insuficiencia de las leyes podrá recurrirse a la analogía y en su defecto a los principios generales del derecho. El intérprete de la ley no debe considerarse con facultades de crear normas tan sólo debe aplicarlas desentrañando el significado que el legislador les ha otorgado. “Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación” ³¹.

“Concierno a la seguridad jurídica la adecuada administración de justicia. Cuando esa administración fracasa, la regularidad inviolable del derecho es desplazada por la irregularidad caprichosa de la arbitrariedad, y por lo tanto, se afirma la irracionalidad, se consagra imprevisibilidad y se arruina la confianza” ³².

En razón de que resulta imprevisible la intervención de los órganos del Estado, mas allá de los poderes otorgados por la Constitución es condición esencial de la seguridad jurídica la vigencia efectiva de la división de poderes: el Poder Legislativo es el productor de las normas generales, el Poder Ejecutivo administra aplicando con respeto el marco brindado por las normas legislativas, el Poder Judicial tiene a su cargo la resolución

³⁰ Del voto del doctor Emilio Armando Ibarlucía, Cámara de Civil y Comercial de Mercedes (5/7/05, “Navarro, Miguel Domingo y otra s/ adopción plena”).

³¹ C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. P.E.N. M° E. -Dto 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, 24/5/05, L.L. 15/6/05 N° 103.032, E.D. 31/10/05, N° 365.

³² Atilio A. ALTERINI, “Un sistema teñido de inseguridad”, L.L. 2002-C, 1015.

de controversias mediante la aplicación de esas normas generales, creando así normas individuales.

De cualquier modo, no puedo templar el ánimo con la esperanza de que será el legislador el capaz de suministrar las pautas adecuadas a la conducta correspondiente en este lugar y tiempo toda vez que lo que se anuncia desde la escasa producción de proyectos legislativos indica la desorientación que prima en esta materia. El último Proyecto de Unificación de Códigos Civil y Comercial ingresado en la legislatura nacional impulsa para el matrimonio un régimen de separación de bienes. Simultáneamente y mediante otro trámite parlamentario, número 131 del 9 de septiembre de 2004 se promueve que exista una comunidad de bienes entre concubinos. Tal el Proyecto de la Cámara de Diputados 5773-D-04.

También resulta motivo de alarma que mientras la generación vigente de profesores del derecho de familia impulsó y logró la supresión de desigualdades sin justa causa entre sujetos de la familia con la promulgación de la ley 23.264, el Proyecto de Unificación aludido impulse la creación de una nueva desigualdad, tan injusta como las que se han logrado derogar, al proponer en el art.o 229 del Proyecto que “Pueden suceder los que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crío conservados del causante o de la crío conservación de un embrión formado con gametos de aquél”. Lo que implica poner a iguales en situación desigual. Pero allí no terminan los motivos provocadores de las circunstancias que nos obligan a la reacción que propició el rector ingeniero Martínez al impulsar la creación de esta Academia, ya que también por estos días leíamos que considerar a la familia la célula básica de la sociedad, el depósito de todas las virtudes, el origen del afecto y la barrera frente al delito así como el gran refugio al que la humanidad debería retornar, suele implicar exageraciones y anacronismos. Continuaba el autor al que aludo con que la propia sociedad conyugal está perdiendo justificación social a favor del mayor reconocimiento de la independencia económica de los cónyuges y que ello es sólo un pálido reflejo de la obsolescencia de las categorías jurídicas que en un tiempo servían. Se sostiene también que los jóvenes prefieren a menudo prescindir del matrimonio para asumirlo, acaso más tarde, como la coronación de una larga convivencia, se agrega que las familias ensambladas dan lugar a que -biología y ley aparte- cada niño tenga varios padres y madres y que las personas adultas adquieran con facilidad hijos ajenos. Se expone que algunos juzgan estos cambios como escandalosos y otros se habitúan a vivir con ellos y se

preguntan si, ¿no es hora de que el pensamiento jurídico tome nota de lo que sucede? Se interroga el autor ¿qué función cumple en nuestros días la familia como institución jurídica, frente al estado de la familia como institución social? Para finalizar aseverando que es tiempo para planificar instituciones civiles que coincidan mejor con esa evolución. Desde esa postura del pensamiento se indica que, entre otras, una buena idea puede ser abolir el concepto jurídico de estado civil, suprimir toda distinción o discriminación legal entre varones y mujeres, salvo en cuanto la biología lo haga indispensable, y respetar la inclinación de cada uno a convivir o dejar de convivir con quien le parezca como una elección personal que se adopta de a dos. El autor de estas palabras advierte que es posible que estas sugerencias se consideren excesivas, imprudentes y hasta perversas y afirma que el hecho es que el conjunto de las personas ya no responde a las clasificaciones civiles y hace surgir espontáneamente otras impulsadas por los sentimientos, sin pedir permiso a los legisladores ni a los jueces. Indica también que la realidad termina siempre por imponerse y que el derecho puede oponer alguna resistencia durante algún tiempo, pero a la larga debe adaptarse a las costumbres para mejor encauzarlas o bien resignarse a ser exhibido como una pieza de museo³³.

Luego de esto opto por coincidir con Maquiavelo en cuanto a que unos pueblos difieren de otros en sus instituciones y costumbres porque éstas hacen que el carácter de sus habitantes sea distinto, pero también dentro de una misma población se nota gran diferencia entre la familia. Todas las ciudades justifican esta verdad y presentan sus ejemplos, y así los nacidos en unas resultan siempre duros y tenaces, en otras benignos y amantes del pueblo, también en algunas ambiciosos y enemigos de la plebe, y así sucesivamente, cada familia tiene peculiares dotes de carácter que las diferencian de las demás. Esta distinción no puede nacer sólo de la sangre porque ha de variar a causa de las distintas alianzas matrimoniales, sino de la diversa educación en el seno de las familias. Cuando un niño oye expresar desde sus primeros años tales o cuales juicios que impresionan vivamente su entendimiento, estos juicios se convierten en reglas de conducta para toda su vida³⁴.

³³ Ricardo GUIBOURG, L.L. 2008-C- 1325.

³⁴ Nicolás MAQUIAVELO, *Obras políticas, Discursos sobre la Ira. Década de Tito Livio*, Buenos Aires, Poseidón, 1943, Libro Tercero, Capítulo 46.

Así como el célebre pensador relaciona las circunstancias de los pueblos a los efectos en las familias que los componen, sugiero educar en la familia para trasladar sus efectos al conjunto de la sociedad, postura que coincide con la que la ministro de justicia de Québec, profesora Dra. Linda Goupil expuso como la motivación del Código Civil de ese estado al referir que la estructura jurídica se había desarrollado a partir de la consideración de que la fundación social debe realizarse sobre la estructura familiar que es no solo el centro sino además el órgano vital de la sociedad³⁵.

Con lo expuesto considero haber brindado una brevísima síntesis de la situación actual y la próxima de nuestro derecho de familia. No dudo que algunos pensamientos no resultaron adecuadamente expresados, ni que otros fueron voluntariamente omitidos. Tal vez sea esto último lo que actúe como bálsamo para tan educado auditorio que valorará más mis abstenciones que mis acciones.

Tengo la esperanza de que hayan recibido mis palabras teniendo en consideración las intenciones que me inspiraron y no lo que ellas significan en sí mismas.

³⁵ Mesa de recepción y Conferencia de la Misión de Justicia del Gobierno de Québec, Palacio del Congreso de la Nación Argentina, 31 de octubre de 2000.

PREMIO PUBLICACIÓN “TESIS SOBRESALIENTES DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD”

En la ciudad de Córdoba a veintidós días del mes de julio de 2008 en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, sita en Artigas 74, siendo las once horas se reunieron en definitiva, luego de una serie de reuniones preliminares, los señores académicos integrantes del Jurado, Dres. Luis Moisset de Espanés (presidente), Dr. Juan Manuel Aparicio, Dr. Eduardo I. Fanzolato (civilistas); Dr. Efraín Hugo Richard (comercialista); Dr. Antonio María Hernández (derecho público); Dr. Jorge de la Rúa (penalista) Dr. Armando Andruet (h) (director de Publicaciones)

Se evaluó para una decisión final la tesis presentada: “La acción de reducción” del Dr. Roberto M. Natale.

La tesis sometida a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se valora como un trabajo de distinguida factura en el que se exponen con profundidad y solvencia las normativas del derecho positivo argentino sobre la legítima hereditaria y los diversos instrumentos jurídicos que la protegen frente a las diversas violaciones posibles, desarrollando, en particular, la acción de reducción.

La complejidad del tema elegido obedece a las distintas fuentes utilizadas por Vélez Sársfield en la redacción de las normas respectivas pertinentes, a la existencia de una nutrida doctrina nacional con interpretaciones diversas, a la aparición en el derecho nacional de instituciones que implican excepciones a la intangibilidad de la legítima, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por el tesista.

Las personales posturas asumidas sobre temas íntimamente vinculados con la acción de reducción (naturaleza jurídica de la legítima, la legítima como parte de los bienes, igualación de la acción de reducción y la de complemento, la reducción contra legitimarios, deducción de deudas, cargas de la sucesión) se encuentran sólidamente fundamentadas y, más

allá de poder disentir con sus conclusiones, es indudable que se trata de un trabajo coherente, claro y abarcativo de las divergentes opiniones que se han sostenido en nuestro país.

Se trata de un aporte académico que contribuye al esclarecimiento de una temática tradicionalmente confusa y que pone en evidencia la imperatividad de una reforma legislativa sobre el particular. El presente trabajo puede servir con provecho a tales fines, además de colaborar al esclarecimiento y comprensión de la normativa vigente.

Los integrantes del jurado destacan la importancia de este premio, con el cual se galardona y se difunde a través de su publicación, aquellas producciones que alcanzaron el máximo reconocimiento por los tribunales que evaluaron los trabajos de los doctorandos.

Que dicho premio brinda una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de Instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por tal motivo, el jurado académico resolvió por unanimidad de los presentes:

1º) Aconsejar se adjudique el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” a la Tesis “La acción de reducción” del Dr. Roberto M. Natale.

2º) Elevar este dictamen al pleno de la Academia para su consideración.

Resolución 33/2008

Córdoba, 26 de agosto de 2008

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 5 de agosto se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” edición 2008.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron la única tesis presentada, titulada “La acción de reducción” del Dr. Roberto M. Natale. aprobada por la Universidad Nacional de Rosario,

Que el trabajo sometido a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valora como de distinguida elaboración; en él se exponen con profundidad y solvencia las normativas del derecho positivo argentino sobre la legítima hereditaria y los instrumentos jurídicos que la protegen frente a las diversas violaciones posibles, desarrollando, en particular, la acción de reducción.

Que la complejidad del tema elegido obedece a las distintas fuentes utilizadas por Vélez Sársfield en la redacción de las normas pertinentes, a la existencia de una nutrida doctrina nacional con interpretaciones diversas, a la aparición en el derecho nacional de instituciones que implican excepciones a la intangibilidad de la legítima, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por el tesista.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

Art. 1º.- Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2008 a la tesis doctoral “La acción de reducción” del Dr. Roberto M. Natale

2º) Fijar como fecha para la entrega de las distinciones a los galardonados para el día 2 de diciembre de 2008.

3º) Designar al señor académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato, para que haga uso de la palabra en el acto aludido.

4º) Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

Julio I. Altamira Gigena
Académico Secretario

Luis Moisset de Espanés
Académico Presidente

Palabras de presentación del premiado por parte del Sr. académico de número Dr. Eduardo I Fanzolato

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en la sesión extraordinaria de esta noche, se alegra en distinguir al Dr. Roberto Miguel Natale con el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes”, instituido para galardonar a los autores de tesis doctorales inéditas, en español sobre temas jurídicos, aprobadas con la más alta calificación prevista en la reglamentación de la respectiva Universidad.

El premio, que consiste en diploma, medallón de Vélez Sársfield y publicación de los trabajos doctorales sobresalientes, a cargo de nuestra Academia, se instituyó dentro de los festejos programados para conmemorar el 200° aniversario del nacimiento del ilustre Codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, entregándose por primera vez en julio de 2000, y dándole carácter regular para los años venideros.

La publicación, incorporada a las “Ediciones de la Academia”, que avala los méritos del autor de la obra, es la forma que utiliza nuestra Academia para comunicarse con el medio, estimulando a los juristas y estudiosos de las ciencias del derecho a profundizar en la investigación cuyos resultados y conclusiones, a menudo, quedan en el olvido por carecer de difusión.

El Dr. Roberto Miguel Natale es un profesional serio, esforzado y prolífico que, en sus numerosas ponencias, comentarios a fallos, publicaciones de artículos, opúsculos, libros, sabe conjugar lo teórico con lo práctico. En este aspecto se destacan sus comentarios a todos los artículos correspondientes al procedimiento sucesorio, del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe, dentro de la obra dirigida por Peyrano y Vázquez Ferreira (Rosario, Juris, 1998, t. III).

En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, se desempeña como profesor titular de Derecho Sucesorio, codirector de la Carrera de Doctorado en Derecho y codirector del Departamento de Derecho Civil.

Señalamos estos antecedentes para destacar la distinta repercusión, en orden al riesgo personal y profesional, que tiene la presentación de un trabajo de tesis, para un principiante o investigador que recién se inicia respecto de la trascendencia jurídica y social que el hecho puede significar para un docente consagrado y maduro.

Cuando un prestigioso profesor titular, de reconocidos méritos aquiridos a través de largos años de ejercicio de la especialidad, somete a juzgamiento una tesis de su autoría, esa decisión conlleva, una mayor responsabilidad y riesgo, porque el resultado de ese trabajo es una mezcla de autoevaluación y rendición de cuentas que el propio tesista se realiza a sí mismo y al medio en el que actúa. Se trata de una tarea en la que se vuelcan todas las experiencias jurídicas vividas, científicas y prácticas, y las conclusiones parciales a las que se arriban en un dilatado camino profesional y docente, cumpliendo con el deber de devolver a la sociedad, los frutos enriquecidos, de una perseverante labor de desarrollo de las potencialidades humanas recibidas.

El tema de su tesis gira alrededor del destino de los bienes de una persona que, al morir, deja herederos forzosos, y las facultades y limitaciones que tiene el titular para disponer de ellos a título gratuito a través de actos entre vivos o de disposiciones testamentarias.

Ello implica movernos dentro del marco de la legítima hereditaria, y de la acción de reducción como una de las defensas más serias que aseguran la observancia del sistema hereditario adoptado por la ley nacional.

Metodológicamente desarrolla su trabajo en cuatro capítulos referidos a “la libertad de testar y sus límites”; “la legítima”; “la determinación de la legítima”; enfocando por último, el tema central de su tesis, consistente en “la protección de la legítima y las acciones de complemento y reducción”. En cada uno de los capítulos señalados trata con profundidad la temática pertinente, exponiendo las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas en el país y fundamentando su particular concepción.

Para la tesis premiada la legítima es parte de los bienes (*pars bonorum*) y consecuentemente, admite la figura del legitimario no heredero.

Entre los resortes jurídicos susceptibles de vulnerar la legítima, además de los tradicionales (donaciones encubiertas, transmisiones onerosas simuladas, gravámenes o condiciones que exceden la porción disponible) analiza, con provechoso detalle, el fideicomiso testamentario y el uso de ciertas sociedades a través de las cuales se intenta defraudar a la legítima, defendiendo y fundamentando para estas situaciones la postura jurisprudencial que autoriza penetrar el velo de la personería y desconocerla para tomar sólo en consideración el sustrato humano y patrimonial que constituye la realidad enmascarada. La sociedad no será nula ni care-

cerá de efectos, sino que será inoponible a aquel en cuyo perjuicio se han consumado los actos que se consideran fraudulentos.

Afirma que la inoponibilidad de la persona jurídica en caso de violación de la legítima, es el recurso que mejor se adecua a la posibilidad de conciliar, la eventual continuación de la sociedad y el respeto a la legítima.

Sostiene que aun existiendo herederos legitimarios es válida la institución hereditaria a favor de otros familiares o extraños. Con fundamentos jurídicos y axiológicos hace jugar los arts. 3605 y 3715, y afirma la posible concurrencia en una misma sucesión de herederos forzosos e instituidos.

Para la determinación de la legítima defiende la deducción de la masa hereditaria tanto de las deudas como de las cargas, y éstas primero que aquellas.

Compatibiliza las acciones de complemento y reducción, siendo la reducción el medio para lograr el complemento que, en su caso, constituye el límite de la reducción.

Defiende el régimen vigente que no tiene en cuenta la época en que se hizo la donación para poder eventualmente atacarla, desechando el criterio del Proyecto de Código Civil de 1998 que sólo incluye dentro de las donaciones atacables las efectuadas en los diez años anteriores a la muerte del causante

Cuando para ejercitar la acción de reducción es necesario previamente demostrar la simulación del aparente acto oneroso que encubre la liberalidad, la prescripción bienal de la acción de simulación queda subsumida por la prescripción decenal de la acción de reducción, ya que la acción de simulación es un medio y la acción de reducción es la acción fin. Por ende, la simulación es accesoria a la reducción que es la principal.

El trabajo es excelente y proporciona soluciones creativas, aunque podamos disentir en algunas conclusiones porque nuestras formas de razonar no son idénticas ya que hemos sido creados únicos y originales, ya que somos realidades singulares e irrepetibles.

La Academia distingue y reconoce las bondades, fortalezas y virtudes del trabajo premiado así como la dedicación y esfuerzo de su autor, el profesor Natale; pero sería imperdonable desconocer la colaboración recibida de su entorno familiar, en especial de su esposa Mariana, aquí presente, que, sin duda, lo ha apoyado material y afectivamente en esta

tarea y cuya aparición en la vida de Roberto, según su propia confesión, “cambió el argumento de su existir”.

Gracias.

Palabras del galardonado del Premio Tesis sobresalientes, Dr. Roberto M. Natale

Comenzaré por agradecer a la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el premio con el cual me ha distinguido, en las figuras de su presidente Dr. Luis Moisset de Espanés, su vicepresidente Dr. Juan Carlos Palmero y todos sus demás miembros. En la misma línea, seguiré también con el Dr. Eduardo Fanzolato por las elogiosas palabras con que me ha presentado y las que le ha dedicado a la obra galardonada. Y finalmente continuaré con mi amigo el Dr. Francisco A. M. Ferrer, quien me hizo conocer de la existencia de este concurso y me alentó para que me presentara.

Yendo al tema que nos reúne, es sabido que el monto de las legítimas nacionales es el más alto de la legislación comparada, imponiéndole al causante respetarle a sus legitimarios una porción de sus bienes o de su herencia -según sea el criterio que se adopte sobre su naturaleza jurídica-, salvo que exista justa causa de desheredación, que no puede ser afectada por liberalidades entre vivos o disposiciones testamentarias. Tanto es así que no ha faltado quien haya sostenido que todos los montos de nuestras legítimas -no el instituto de la legítima- son inconstitucionales al ir más allá del 33% fijado por la Corte Suprema Nacional como confiscatorio en materia tributaria, afectando así la libertad de testar y el derecho de propiedad¹. Sin perjuicio de lo opinable que resulta el criterio, no en vano el Anteproyecto de Babiloni, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954 y últimamente el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998 han propuesto su disminución.

¹ Alberto MOLINARIO, “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias”, L.L. 90-900.

Tangencialmente diremos que con ese mismo deseo de ampliar la libertad de testar, existen opiniones de autores y de jornadas de derecho que han propiciado la adopción en nuestra legislación del tercio de mejora del derecho español, cercenado expresamente por el codificador en la parte final del art. 3605. Por el contrario, vemos inconveniente la adopción entre nosotros del tercio de mejora español, donde, amén del tercio con el cual se puede mejorar a extraños o herederos, legitimarios o no, es posible extraer de los dos tercios que constituyen la legítima larga un tercio precisamente para mejorar exclusivamente a hijos y descendientes, pero no a otras personas (arts. 808 inc. 1, 808 inc. 2 y 823 del Código Civil español). Baste recordar por ahora que, amén de que en nuestro país no es costumbre testar -con lo que la cuestión resulta de relativa importancia práctica ya que las sucesiones se defieren generalmente en forma *ab intestado* y ni se usa prácticamente la facultad de testar sobre la porción disponible que actualmente rige-, puede ser un instrumento de desigualdad filial no siempre movido por equitativas razones y producir entonces irritación entre los hijos no mejorados. Puede conducir a posibilidades aberrantes, como sería, en caso de haber dos hijos, la de dejar un sexto del haber a uno y cinco sextos al otro. Aberración que aumenta a medida que crece el número de hijos, ya que siempre existe la posibilidad de disponer de dos tercios más la porción de legítima rigurosa a favor de uno de ellos: a mayor número, mayor posibilidad de distribución desigual (por ejemplo, si son cinco, puede dejarse a uno $\frac{2}{3}$ más $\frac{1}{5}$ del otro tercio que constituye la legítima corta o rigurosa, es decir $\frac{11}{15}$, y a los restantes solamente $\frac{1}{15}$ a cada uno).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de reducción, se ha señalado que en la reducción hay una aglutinación de acciones, ya que -siguiendo a la doctrina francesa- envuelve dos acciones: una personal y otra real. Es que toda donación lleva implícita la cláusula de que será ineficaz si excede la porción disponible del donante, y que la reducción se obtiene sobre la base de este convenio tácito. Se ejercita entonces una acción personal derivada de un contrato (art. 4023 y nota). Pero, al mismo tiempo, la acción personal abre camino a una acción real de reivindicación, y declarado el derecho del heredero, éste recupera los bienes de cualquier mano que se encuentren (art. 3955).

Comienza aquí a aparecer el efecto reipersecutorio de la acción de reducción que, como se verá, prácticamente resulta el eje sobre el cual giran gran parte de las cuestiones atinentes a la misma.

Así, la discusión sobre si ella es viable no solamente contra el donatario extraño sino también contra el donatario heredero forzoso. Quienes opinan que contra éstos aun cuando la liberalidad excediera el monto de su legítima personal, y la porción disponible en caso de que haya dispensa de colación, el medio idóneo será siempre la acción de colación -que es de carácter personal y siempre se hace en valores y carece de efectos reipersecutorios-, concluyen que ante la insolvencia del beneficiario legitimario que ha dispuesto del bien donado, el perjuicio recaerá definitivamente sobre el legitimario damnificado. Por el contrario, nosotros creemos que la regla es la siguiente: la acción de reducción juega no solamente contra donatarios extraños sino también contra los herederos forzosos que han recibido donaciones, cuando el valor de éstas, medie o no dispensa de colación, superen además el monto de legítima individual del beneficiario.

El régimen vigente adecuadamente no tiene en cuenta la época en que se hizo la donación para poder eventualmente atacarla. Sin embargo, sin lugar a dudas en otro ejemplo para disminuir el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, el Proyecto de 1998 establece que el legitimario solamente puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso (art. 2402). Este plazo luego fue reducido a cinco años por la Comisión de Legislación General. Esto lleva al siguiente razonamiento: aquel donatario que haya recibido la liberalidad habiendo corrido diez años del contrato, o mejor dicho cinco años, poco le importará -sepa perdonársenos la crudeza de la idea- la posterior muerte del causante, podrá disponer del bien y su adquirente, cualquiera sea su título, estará amparado. Mientras tanto, para el donatario que no ha pasado el plazo eventualmente seguirá jugando la acción de reducción con todos sus efectos. Con ese criterio se crea, pues, una discriminación que lesiona gravemente el régimen de protección a la legítima. Por lo demás, cabe preguntarse si, atento que la primera donación no será alcanzada por la acción de reducción, cabrá computarla en la masa para determinar la legítima, porque la normativa proyectada, por otro lado, habla que para el cálculo de la legítima se tomará en cuenta todas las donaciones hechas por el causante desde los trescientos días anteriores al nacimiento del descendiente, o del representado por él, o desde la celebración del matrimonio (art. 2395, últ. párr.).

Tan ha sido el deseo de dicho Proyecto de minimizar, y quizás anular, el efecto reipersecutorio que llega al extremo de reglar que “Transcurridos veinte (20) años desde la realización no se admite ninguna acción por

ineficacia, aunque tenga efectos reipersecutorios. Este plazo no se suspende ni se interrumpe” (art. 2513). La norma, que es la única dentro del Capítulo de “Caducidad de acciones”, precisamente por esto importa que la acción de reducción, corrido dicho término, se extingue aunque no hubiese muerto el donante y por ello antes de haber nacido (arg. art. 3953 Código Civil).

También lo es la posibilidad de detener la restitución en especie pagando su equivalente en valor, aunque en este caso estamos de acuerdo porque en realidad es convertir el acto gratuito del donante en oneroso y no habría razón valedera alguna para no aceptarlo porque pagando el valor afectado desaparece el interés del accionante. Se asegura así la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones (arg. arts. 966, 1857 y 3924, *in fine*).

Cuando la donación se ha ocultado bajo la forma de un acto oneroso, hay que deducir dos acciones: la de simulación y la de reducción. Pero en estos casos, el término bienal de la primera (art. 4030) -acción accesoria-cede a favor del decenal de la segunda (art. 4023) -acción principal-. Se aplica así analógicamente la misma solución adoptada por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la acción de simulación cuando es envuelta o se acumula a la acción de colación.

Sin embargo, dicha opinión no es pacífica, ya que inexplicablemente varios autores y tribunales -incluso participantes de la asimilación analógica antedicha- independizan los plazos de prescripción de ambas acciones, y por lo tanto si se ha producido la prescripción de dos años de la acción de simulación contados desde la muerte del causante, queda cortado el camino para obtener la reducción.

He aquí otro ejemplo que apunta a disminuir el efecto reipersecutorio en aras de la protección de los terceros adquirentes y la disminución de títulos imperfectos. En la colación se acepta que su plazo decenal absorba al bienal de la simulación porque, precisamente, no tiene carácter reivindicatorio; pero en la reducción se procede al revés -el decenal queda disminuido al bienal- por tener aquel efecto.

Ha sido un acierto del Proyecto de 1998 que haya unificado bajo la prescripción de dos años a las acciones de simulación, colación y reducción (art. 2502, incs. a, ap. III, y f). Sin perjuicio que ello contrasta, repetimos, con la altamente criticable norma que establece la caducidad veinteañal de las acciones de ineficacia desde la realización del acto, aunque tenga efectos reipersecutorios (art. 2513).

Fácil es advertir que existe gran preocupación por amparar a los terceros adquirentes a los bienes donados. ¿Pero acaso los legitimarios perjudicados en su legítima, no son también terceros frente a las liberalidades del causante? Por lo demás, el heredero no pudo evitar la donación realizada por el causante ni la ulterior enajenación del donatario. El tercero, en cambio, pudo abstenerse de adquirir frente a un título imperfecto (art. 2663). Con el agregado que el efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los terceros adquirentes de lo donado y el consecuente resultado de lesionar sus derechos, es fruto de la primacía de los derechos de los legitimarios ante el enérgico sistema de defensa de la legítima adoptado por nuestro régimen.

Pero, en caso de transmisión del bien objeto de la liberalidad a terceros, cabe distinguir: a) Si se trató de un legado, el damnificado en su legítima no puede perseguir el bien de manos del subadquirente, ya que entendemos que, en principio, la entrega del legado importa la renuncia tácita a la acción de reducción. Al legitimario sólo le quedará -en tanto pruebe que, pese a haber entregado el legado, ignoraba la cuantía de los bienes sucesorios- el derecho de obtener del legatario el valor del bien en la medida necesaria para cubrir la legítima; pero ello será imposible cuando el legatario sea insolvente, quedando insalvablemente perjudicado el legitimario afectado; y b) Si se trató de una donación, sí es posible hacer jugar el efecto reipersecutorio contra el tercer adquirente a fin de que devuelva el bien en especie. Sin embargo, éste puede detener tal circunstancia desinteresando al perjudicado con la suma dineraria necesaria para completar la legítima.

Entendemos que la reipersecución de la acción de reducción contra terceros adquirentes que obtuvieron el inmueble del donatario, a título oneroso o gratuito, prevista en el art. 3955, no es afectada por el nuevo art. 1051. La vicisitud que afecta a las donaciones inoficiosas determinando su ineficacia no es la nulidad propiamente dicha, sino la resolución.

Últimamente existen un par de proyectos ² que le quitan el efecto reipersecutorio a la acción de reducción que se desprende del art. 3955,

² Uno es el Proyecto del diputado Luis F. Cigogna (véase diario de Sesiones ordinaria -2005- Orden del día N° 2290 de la Cámara de Diputados de la Nación); y el otro es un Proyecto del mismo diputado junto con su colega Balestrini (véase "Proyectos de reformas al Código Civil", en La Ley Actualidad del 20/12/07).

el que solamente queda limitado a establecer que la acción que se desprende de los arts. 1831 y 1832 es prescriptible desde la muerte del causante, reiterando el principio que se desprende del art. 3953 del Código Civil. Además incorpora al art. 1831 de dicho cuerpo el siguiente párrafo: “La reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles, constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido”, lo que fundamentalmente resulta innecesario atento la mencionada desaparición del efecto reipersecutorio. Y además, si bien puede entenderse que la mala fe de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso de los bienes donados no puede presumirse, resulta prácticamente inaplicable que el tercero pueda conocer o no que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del legitimario perjudicado, ya que si la enajenación tuvo lugar antes de la muerte del causante mal puede el tercero tener conocimiento alguno, ostensible o no, ya que la masa para determinar la legítima se calcula al tiempo de dicha muerte y no antes (arg. art. 3602 CC.) y si la disposición onerosa se efectuó después del fallecimiento del *de cuius*, lo más probable es que la acción de reducción ya esté iniciada. Por otra parte, el término “ostensible” es de una gravedad mayúscula ya que castizamente significa que la afectación de los derechos del legitimario por medio de la donación debe manifestarse o mostrarse de una manera clara, manifiesta, patente ³, lo que -como se ha dicho- no sólo es imposible antes del deceso del causante, sino que aun después del mismo no siempre la cuestión aparece diáfana y con el vocablo propuesto la liberalidad quedaría validada en todos los casos y, por ende, la adquisición realizada por el tercero del bien donado.

Por último, resultan actuales las enseñanzas de Fornieles, quien ha dicho: “*No soy de los que creen que debe quitarse a la reducción todo efecto reipersecutorio, dejando la propiedad libre en manos del adquirente y entregando al legitimario un derecho de crédito. No es por oposición a los principios en boga sobre la buena circulación de los bienes, sino por entender que las donaciones y sobre todo las*

³ *Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española*, 21ª ed., Espasa, Madrid, 1992, t. II, pág. 1492, 2ª columna.

de inmuebles, deben mirarse con disfavor y entorpecerse cuando existen legitimarios. Por lo demás, son tan poco frecuentes que no influyen de modo sensible en la economía de la propiedad. Un padre de familia, que olvidando sus deberes regala propiedades a extraños, tal vez a personas que explotan las debilidades de su vejez, merece un régimen de excepción. Si los donatarios o las donatarias, para ser más explícito, pudieran vender, los hijos se verían defraudados, pues hay que desengañarse sobre el éxito de una acción personal por cobro de un crédito. ¿Es tanta la necesidad de la libre circulación como para producir ese resultado? No lo creo, tanto más si se considera que al lado de la tendencia anotada, se descubre otra en todos los códigos modernos, de protección a la familia, autorizando al padre para impedir que sus herederos forzosos dispongan de la legítima, o concediendo a la viuda el usufructo de la que pertenece a los hijos, en forma tal que éstos, mientras viva uno de los cónyuges, queden defendidos contra sus propios errores o dissipaciones. Así lo proyecta el doctor Bibiloni, IV, pág. 396. ¿No es esto estancar los bienes por todo el tiempo que dure la vida del último de los esposos? 'Ningún motivo de orden público, económico o de otro carácter -dice la nota de Bibiloni- se opone a la inmovilización de los bienes en los casos ordinarios de disposición testamentaria' -pág. 399-. ¿Y por qué no hemos de inmovilizarlos también en manos del donatario, en defensa de la legítima?

En cuanto a los terceros, se hallan amparados por el solo hecho de conocer el origen de la propiedad: nunca se llamarán a engaño. Y permitiendo a los donatarios o a los terceros retener los bienes llenando la legítima con dinero, se da suficiente flexibilidad a la institución, evitando el inconveniente de restituir”⁴.

Muchas gracias.

⁴ Salvador FORNIELES, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, TEA, 1958, t. II, pág. 1124.

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA DEL PRESIDENTE
HONORARIO DR. OLSEN GHIRARDI, “EL CONTROL
DE LOGICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”**

Palabras de la Dra. Mónica Ghirardi, en representación de su padre el Dr. Olsen Ghirardi

Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sr. Presidente Dr. Moisset de Espanés, Sr. Director de Publicaciones, Dr. Armando Andruet, Sres. académicos, profesores, editores, personal de la Academia, señoras, señores, amigos queridos.

En nombre de mi madre, Rosa Dolly Tampieri, de mis hermanos, Juan Carlos y Graciela Ghirardi, de mi esposo Raúl Hillar y cuñada Cristina Filippi, de nuestros amados hijos y nietos, deseo expresar nuestro agradecimiento a todos por acompañarnos esta tarde en la presentación de este libro de mi padre, tal como él, había proyectado y esperado.

Quiero además transmitirles que él se encuentra bien y estable, y a pesar del inesperado quebranto que afecta su salud, su firme voluntad, paz espiritual y resignación cristiana, lo sostienen y apuntalan.

Tras largos días de reclusión en cuidados intensivos, en el transcurrir de horas que debieron parecerle interminables, una total conciencia de su situación, conjugada con su espíritu sensible hizo que reclamara una pluma, que su mano se negó a sostener, y sus ojos a guiarla en el papel, pero cuya prosa murmurada de sus labios alcanzamos a plasmar en un pequeño trozo de papel.

La misma decía así:

“En mi larga tribulación viene a mi tortuosa letanía, y me afirmo en mi dolor de mi congoja, cual corazón herido se desahoga y llora en la obscura noche de mi pensamiento que, quejándose, se deshoja con la lentitud del hastío”.

En este difícil momento por el que atravesamos queríamos compartir con Uds. la intimidad de este pensamiento de nuestro padre, Olsen Ghirardi, profesor, filósofo, académico, abogado con más de 50 años de trayectoria en el foro local pero, fundamentalmente, para nosotros, un hombre justo.

Muchas gracias.

Dra. Mónica Ghirardi

Palabras por parte del Sr. académico de número Dr. Armando S. Andruet (h)

I

Permítanme comenzar la presentación de esta obra, por un camino heterodoxo.

Varias semanas atrás, mi salud comenzaba a recomponerse después de haber sido atacada por un linfoma que con agresividad se apersonó en mi cuerpo, lo dominó y por poco lo abatió; pero aquella era una tarde especial, no sólo porque volvía a caminar por calles familiares, sino porque tenía realmente una cita que movilizaba siempre mi ánimo. Me volvía a reunir con Olsen Ghirardi, en su estudio, lugar éste, donde ya no atiende clientes ni organiza causas, tampoco diagrama estrategias abogadiles dignas del mejor general romano, sino donde simplemente goza del iracundo privilegio de la lectura reflexiva, de la producción de pensamiento: de aquello que tantas veces él y yo por caminos diferentes hemos creído que son las vías auténticas de transformación de lo real, siempre desde la praxis.

En la reunión, que no tenía agenda preasignada, me comentó sus últimas lecturas, la persistente preocupación por Alberdi y la historia deformada que a veces sobre tal prócer se hace. Me pidió opinión también, sobre los capítulos de otro libro suyo ya terminado. Le hice mis comentarios y quedé que luego le ampliaría por escrito; me comentó por último algunos temas de nuestro Instituto; es decir que hablamos de las cosas que académicamente ocupan el tiempo de los profesores.

Sin embargo, advertía en lo personal, que todo eso tan importante era simplemente vestibular a lo que no se había dicho todavía y que finalmente explicaba la razón de ser de la reunión misma. Ello se develó cuando me señaló su deseo de que la presentación del libro que ahora tenemos a nuestro alcance y del cual también habíamos conversado en varias ocasiones, estuviera a mi cargo. En dicho momento, yo mismo advertía las complejas relaciones que maestros y discípulos completan a lo largo del tiempo y en realidad no podía sustraerme tampoco a la responsabilidad del pedido.

En aquella ocasión y con tal solicitud de por medio, se ponía bajo mi responsabilidad no sólo la presentación de un libro, que siempre es una cuestión desafiante intelectualmente hablando, sino que en este caso, casi con un cuarto de siglo de labores académicas conjuntas le otorgaba una entidad diferente y que mucho valoro. En aquel momento, mi espíritu explotó de alegría aunque con el inveterado temor, de no tener certeza de poseer la destreza suficiente para obtener el cometido y mucho más, con su ausencia en este encuentro.

Ha sido el destino -la *moira* diría él- quien no ha querido que el Maestro esté hoy aquí presente, es la salud suya ahora la que está enferma. Ha sido un mal año para nuestro Instituto de Filosofía; de cualquier manera ha sido su voluntad la que nos ha movido a estar en esta ocasión para hablar de su obra, se lo ha expresado a su familia y también a mí personalmente.

Olsen Ghirardi, quien seguramente en el tiempo próximo volverá a los ámbitos académicos que le son tan familiares como el agua a la tierra, porque su afectación de hoy integrará parte de un recuerdo que será mejor olvidar; se sentirá esta misma noche, muy contento de conocer de qué manera la comunidad académica, sus amigos, su familia y quien habla le queremos en lo personal, lo respetamos en lo intelectual y valoramos en gran forma el permanente esfuerzo que a lo largo de estos últimos treinta años viene haciendo, para enseñar a abogados y jueces, que el razonamiento forense no se entiende sin diálogo, que las instituciones jurídicas y políticas no admiten la arbitrariedad y que la falta de prudencia es incompatible con la función juzgadora.

II

Este libro, *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, cuidadosamente realizado por la editorial

Advocatus, y del cual hasta podría ventilar la discusión por su mismo título, es la obra de la madurez de Ghirardi en estos tópicos. Ha revisado en ella pocas cosas, ha reafirmado con severidad la mayoría de ellas y siendo él, un hombre de persistente obstinación en las cosas, cada ratificación deviene consagratoria de la misma definición que allí está dispuesta.

Los hitos que jalonan este segmento de la historia temática que ahora culmina con este volumen, se inicia al correr del año 1984 con un artículo publicado en revista La Ley Córdoba intitulado “Motivación de la sentencia y control de logicidad”; continuado en 1987 cuando se publicó por editorial Lerner *La lógica del proceso judicial* -obra ésta de la cual habrá dos ediciones posteriores-. De este libro, todavía recuerdo que cuando ya estaban las galeras hechas, le acercaba a Ghirardi el proyecto de reforma constitucional que mi padre, por aquel tiempo convencional constituyente había presentado y que yo personalmente había redactado, usando fundamentos y abusando de citas bibliográficas de Ghirardi para sostener la incorporación de lo que terminó siendo casi textualmente el art. 155 *in fine* de la Constitución Provincial, en cuanto exige que las sentencias sean dictadas con fundamentación lógica y legal.

Cabe decir que con la reforma constitucional en cuestión, el universo de los temas del control de logicidad por los errores *in cogitando* de las resoluciones judiciales, pasó a tener una atención no ya meramente fundada desde lo natural, racional y académico, sino que vino a quedar integrando parte de una exigencia constitucional y así es como la jurisprudencia provincial lo viene pacíficamente reiterando. Diríamos hoy, que con la fundamentación de las sentencias se han ampliado las garantías constitucionales mediante la cual el justiciable deposita confianza pública en los jueces y éstos, legitiman su propio ejercicio jurisdiccional. Posteriormente otro libro, *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, publicado en Bogotá en 2001 y luego de ello, una extensa cantidad de artículos menores, fueron construyendo la cartografía de la temática que nos ocupa. Estos opúsculos, para ser justos, seguían haciendo excavaciones profundas en los mencionados temas y son, síntesis mediante, puestos en valor y difusión por esta nueva obra que tenemos por delante.

A todo ello no se puede obviar indicar, que dedicamos desde el Instituto de Filosofía del Derecho de esta Academia Nacional y bajo su dirección, diez volúmenes a la cantera de la lógica del razonamiento forense, proyectando una *Escuela de Razonamiento Forense de Córdoba* con tres ejes principales: el lógico, el procesal y el argumentativo-retórico.

Muchas de sus contribuciones en tal ámbito, vuelven a aparecer ahora, debidamente integradas en un pensamiento mayor. Por todo ello es que se puede decir, que los temas que ocupan el libro, se fueron instalando progresivamente no sólo en la jurisprudencia cordobesa, sino también en ámbitos allende de la filosofía del derecho que es donde en un primer momento, parecía que iban a quedar ahogados. Cada uno de estos libros y artículos, fueron como botellas que arrojadas al mar han devuelto a la orilla del tiempo, un libro que es verdadera sustancia de los problemas discutidos.

Por lo dicho es que bien se puede decir que el libro que ahora tenemos a la vista, es la muestra de la persistencia en la provocación intelectual de su autor. En la obra se advierten tres cualidades entre otras del autor, a saber: la persistente atención por la realidad jurídica judicial, la honestidad del pensamiento y la coherencia en el razonamiento. Estas variables fuertemente advertibles en el discurso de la obra, le imponen a ella de un verdadero escudo protectorio frente a cualquier adversidad.

Ghirardi ha querido ahora, mirar a la jurisprudencia última de la República, a ella la ha venido estudiando durante mucho tiempo atrás, el fichado de los casos que son presentados a lo largo de las 588 páginas, son sin dudarle el fruto de una selección efectuada entre varios cientos de ellas y que fueron decantadas sin dudarle después de fatigosas lecturas, buscando encontrar lo sustantivo en lo farragoso y no haciéndolo bajo un motor de búsqueda con un par de palabras del tesoro dispuesto por la editorial oferente de la jurisprudencia.

Olsen Ghirardi ha trabajado con la artesanía respetuosa de quien sabe leer sentencias de la Corte Suprema. Pues por ello es que hay un tratamiento diverso para la jurisprudencia en cuestión, a veces es completa, a veces es fragmentada. No es la extensión lo que vale, sino el contenido buscado en cada inmersión que en los fallos se ha hecho; tanto las efectuadas para la ilustración del principio lógico jurídico de razón suficiente como para el restante de no contradicción. Aquí, una importante consistencia del pensamiento del autor reflejado en su nuevo libro, ha querido profundizar en el carácter de principio lógico aunque modelado a lo jurídico, y con ello salvar toda disputa conexas al modo en que los jueces y los abogados deben razonar para hacerlo no sólo desde la corrección formal, sino también desde la razonabilidad que la prudencia impone. Por ello es que los principios son lógicos jurídicos.

Respecto de los conceptos que en manera principal son considerados como axiales en la obra, son los del control de logicidad, el principio lógico jurídico de no contradicción y también el de razón suficiente. Además hay que agregar lo concerniente al saber práctico, lo cual lleva ínsito lo referido a los conceptos prácticos y su correspondiente evolución.

Así es como poco a poco el autor, desde los conceptos jurídicos simples va permitiendo divisar la construcción de una auténtica constelación que con ellos formula, y que culmina cuando se advierte que quedan emplazados en el mundo jurídico con una fisonomía propia que es la de conformar ellos, un silogismo práctico prudencial. Dicho sintagma de su autoría, ya con una vieja maestría intelectual le ha permitido a Ghirardi desde hace dos décadas y media atrás, vertebrar dos ejes primarios sobre los cuales habrá de asentarse el llamado control de logicidad y que son los principios de verificabilidad y racionalidad los que también hay que remarcar tienen suficiente carta de ciudadanía en la jurisprudencia local. El autor con su nuevo libro no nos está invitando a una aventura doctrinaria, pues nos está enseñando la analítica de una teoría completa y de incuestionable andamiaje a más de teórico, práctico e instrumental.

A su vez, por la vía de dicha constatación de logicidad logrará el autor, discurrir acerca de cuáles son los adecuados niveles de cumplimiento u observación que corresponden a los principios lógico jurídicos de no contradicción y de razón suficiente y que son testeados en forma escrupulosa a lo largo de la obra en el importante caudal jurisprudencial que está registrado.

De cualquier manera, el profesor advierte que la complejidad del razonamiento jurídico impone excavar túneles no corrientes para realmente entenderlo al problema tal como es; y quizás aquí estén, parte de las razones del acierto de la obra jurídica de Olsen Ghirardi, y de la cual este libro aparece como epílogo suficiente. El autor mejor que ningún otro iusfilósofo, sabe qué cosas hacen los jueces con su pensamiento al tiempo en que dictan sus resoluciones; porque una dilatada y observante vida profesional dedicada a ello le ha permitido ignorar pocas cosas a tal respecto y por lo cual, una teoría del razonamiento forense como la que ha construido y ahora nos presenta, no podría tener la aceptación que ha sido ganada en la jurisprudencia y en la vida profesional corriente, si no tuviera para sí, la evidencia de la realidad y el signo de la utilidad.

Durante muchos años hemos conversado sobre estas cosas con Olsen Ghirardi, conozco de su preocupación por buscar en todo momento lo

simple en las explicaciones complejas, la claridad en el léxico de materias controversiales, la concisión en la exposición discursiva y libre de todo ornato y, por último, la permanente búsqueda de utilidad instrumental en los aportes doctrinarios que efectúa. Nos animamos a decir que Ghirardi no escribió para el mundo académico, sin perjuicio de que éste valora y de gran modo su proficua labor intelectual, su objetivo antes de eso, fue poner a disposición de la comunidad de abogados y jueces instrumentos para un mejor cumplimiento de la justicia en el derecho. Desde este punto de vista, bien se puede colegir que su labor es un aporte notable para una mejor realización de la abogacía y por carácter extensivo alcanza al bien común de la misma sociedad civil.

Indaga el profesor también, en la consideración de que el razonamiento sentencial como le gusta nombrar al judicial, presupone una teoría del discurso judicial porque a su vez éste se formaliza en un proceso judicial mediante el cual se anhela un resultado determinado. Así es como en dicho tránsito el autor indica que el razonamiento que se construye no le basta con la utilización de una mera lógica aplicada al derecho, sino que en verdad se trata de la ejecución de lo que se da en nombrar como una dialógica, esto es, una realización humana auténticamente atravesada por la razón.

Este último concepto mencionado: la dialógica, le permite al autor revisar otro tema que le es muy caro a su sentimiento y nuclear en su pensamiento, como es lo relacionado con la fundamentación de las sentencias y la motivación respectiva de ellas. Está seguramente allí, la idea primaria y profunda de la *ratio* de su pensamiento y que luego volverá pedagógicamente explicada, bajo el ropaje de principio lógico jurídico de razón suficiente. Ratifica que la idea de motivar, supone la exclusión de la arbitrariedad. En su lacónico estilo afirma que el razonamiento jurídico es incompatible con lo arbitrario.

De esta manera, las primeras cien páginas del libro se ocupan de brindar los conceptos fundamentales o dicho de manera diferente, aportan la entidad cognitiva suficiente para poder llevar adelante la comprensión de los aportes críticos que a la jurisprudencia seleccionada habrá de hacer en los próximos dos apartados de la obra. Así es como dedica uno, al principio lógico jurídico de razón suficiente y el restante al de no contradicción, precedidos ambos por una explicación profundizada y sistemática del control de logicidad. De tal manera que el grueso de la obra, aproximadamente 450 páginas estarán dedicadas a realizar con la incuestionada habilidad de un orfebre que prohija sobre material precioso

la bella joya, nos mostrará lo recónditamente valioso que en dicha jurisprudencia se esconde y vinculado directa e incluso mediatamente con el tema central del libro, esto es, el control de logicidad. En dicha exégesis nos apuntará el Profesor Ghirardi sus agudas glosas, oportunos apuntes, maduras críticas y notas explicativas a la centena de fallos que han sido deliberadamente sistematizados para la ocasión de este libro.

Obviamente que no es nuestro propósito el realizar los comentarios que se anotan pedagógicamente a muchos de esos pronunciamientos, pues será sin duda cada lector quien encontrará en ellos una radiografía completa del problema en estudio y tomará en su interés lo que corresponda o advierta de mayor valía. Mas lo que no se puede dejar de apuntar, es la manera en la que explica y con total razón Ghirardi, la poca generosidad, académicamente hablando, que la Corte Suprema ha tenido para con la misma Escuela de Córdoba; toda vez que no ha querido aceptar en su léxico lógico jurídico, alguno de los tópicos aquí utilizados, tales como el de control de logicidad o la de los defectos por errores *in cogitado*, sino que inveteradamente el alto tribunal federal ha caratulado los defectos en cuestión, bajo el impreciso concepto de la doctrina de la arbitrariedad.

Tal consideración, comenta el autor, es sin duda un déficit, porque lo arbitrario es necesariamente el resultado o la consecuencia del defecto lógico de no contradicción o de razón suficiente pero no su causa, de donde entonces la nominación es formalmente incorrecta. Agregamos por nuestra parte, que la Corte Suprema conoce sobradamente lo que Ghirardi dice en la materia, pero así como los hombres, las instituciones también tienen sus egoísmos, sin embargo a pesar de ello la Escuela de Córdoba, ha trascendido exitosamente la localía provincial y por tal razón esta obra ha focalizado el análisis en la materia federal.

Por último, el libro cierra con un capítulo de una veintena de páginas que se nombra bajo el epígrafe conclusiones; pero que en realidad no lo son. Pues se trata en dicha ocasión de algo más importante pedagógicamente que lo epilodal de un libro. En tal lugar, en rigor de verdad se dibuja el verdadero mapa que la Corte Suprema tiene ejemplarmente diagramado respecto a este problema de la lógica del derecho en sentido amplio y por lo cual, resulta de un gran aprovechamiento práctico aprender los códigos descifrados por Ghirardi y que reconstruye para nosotros, luego de haber anotado individualmente las 102 resoluciones utilizadas.

Así es como hemos sobrevolado un texto extenso: de lectura y de consulta; desde ya que muy meditado y que resultará simple para quien busque lo rápido y contingente; sustancialista para otros que aspiren a la comprensión profunda de las cosas allí consideradas. Y si bien el autor no lo dijo, resulta obvio, que sólo en la madurez plena de un pensamiento las personas pueden volver a formular las cuestiones que ya fueron materia de su estudio, para volver a escribirlas mejor a la manera en que inicialmente fuera ello realizado.

III

Nosotros aquí terminamos con este examen hasta si se quiere técnico de la obra. Ahora alguna línea desde el afecto personal a Olsen Antonio Ghirardi de quien, deliberadamente ningún calificativo a su dilatada carrera académica y de publicista corresponde formular, por aquello que lo obvio es acerca de lo cual, todos compartimos en un ideario común.

Sólo quiero agradecerle a usted Dr. Olsen Ghirardi, públicamente en este acto, lo mucho que por mí hiciera y que siempre le estaré reconocido por ello y que muchos de estos temas, que siempre entretuvieron nuestros encuentros, de seguro que habrán de seguir siendo nuestra preocupación constante.

Hoy el Maestro no está presente aquí, en los próximos días como buen discípulo, le estaré leyendo junto a su lecho de enfermo estas consideraciones, porque en realidad es lo único que le puedo brindar: humildes palabras. Apreciado Dr. Olsen Ghirardi, con su familia por testigo en este acto de presentación de su libro, reciba mi sincero sentimiento de afecto permanente, gratitud constante y desde ya la amistad que es la concordia más generosa que la vida nos permite brindarnos.

Por último, no puedo sustraerme de compartir con el calificado auditorio, el decir que todo libro tiene siempre una valoración encriptada y que por muchas razones son los mensajes intransferibles que cada autor deja allí dispuestos, en función de ello, es que invito a cada uno de los presentes que los sepan descubrir, yo ya tengo para mí, las enseñanzas que de los mismos me corresponden.

Nada más y gracias por la atención que me han dispensado.

RECENSIONES

TUTELA JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE,

de AA.VV.,

Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, 391 págs.

La creación del Instituto de Derecho Ambiental en la Academia de Córdoba promete una actividad positiva, ya que lo dirige Zlata Drnas de Clément, altamente especializada. Y este libro lo demuestra con la Jornada de Reflexión de 2007, a la que se agrega la Reunión Conjunta de las Academias de Derecho de Córdoba y Buenos Aires sobre el tema y los aportes argentinos al VI Congreso de Academias de Colombia.

Este volumen de 391 páginas, incluye la síntesis de casi todos los trabajos. Presento en pág. 19 los de la Jornada de Reflexión y por ello me remito a esas breves líneas sobre los de Mirta Liliana Bellotti, Rafael Consigli, Cristina del Campo, Zlata Drnas, Ernesto Rey Caro, M.C. Rodríguez de Taborda, María Susana Sartori y Graciela Rosa Salas, de los que digo que tienen adecuada bibliografía y sistematización legislativa, lo que da sustento a sus sugerencias.

En sus palabras preliminares al libro, Zlata sintetiza las palabras inaugurales de la reunión conjunta habitual de las dos academias de derecho, a cargo del presidente Julio César Otaegui y las conclusivas de Luis Moisset de Espanés, presidente de Córdoba.

Víctor Martínez, especializado en temas de esta naturaleza, se centra en los conflictos y propone la creación del “Sistema jurídico interamericano para la conservación de la naturaleza”, con una Secretaría General en el seno de la O.E.A. y un Tribunal Internacional Permanente en el seno de la O.N.U..

Juan Carlos Cassagne expone sobre el daño ambiental colectivo. Interesante su distinción entre el daño ambiental colectivo y el daño individual y los efectos de cada uno.

Efraín Hugo Richard, con el daño ambiental y seguro, analiza el riesgo asegurado y el daño asegurable.

Otaegui se ocupa novedosamente del daño ambiental y responsabilidad directorial. Frías, del humanismo ambiental.

Aída Kemelmajer de Carlucci se ocupa de la interpretación dinámica de la Corte Europea de Derechos Humanos. Recuerdo con gran alegría esa Jornada tan positiva.

Por fin, el libro concluye con los estudios argentinos del Congreso de Colombia ya mencionado. Aldo Guarino Arias, correspondiente a la Academia de Córdoba en San Rafael, se ocupa del agua con dura crítica; Eduardo Ignacio Saux y Enrique Carlos Müller proponen jueces comprometidos y de protección.

Paulina Martínez se ocupa del principio preventivo y precautorio del derecho ambiental. Zlata señala que todos esos trabajos son de gran actualidad y enumera los grandes temas: las políticas y los instrumentos necesarios de la gestión ambiental, el manejo integrado de cuencas, la diversidad biológica y el cambio climático.

Creo que es un libro indispensable y promete acciones acertadas para la defensa del ambiente, tantas veces descuidado.

Pedro J. Frías

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL,

de Antonio María HERNÁNDEZ (coordinador); Pedro J FRÍAS; Alberto R. ZARZA MENSAQUE; Guillermo E. BARRERA BUTELER; Luís CORDEIRO PINTO; Arturo H. ITURREZ; Armando MAYOR; Ricardo A. VERGARA, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, 662 págs.

Mi condición de coautor no me excusa de presentar este libro que tanto he esperado, porque mi docencia ha sido el constitucionalismo provincial. En el 2007 se cumplió el centenario de la incorporación del derecho público provincial a la Universidad Nacional y este libro es su mejor conmemoración.

Es tan rico el material elaborado por los autores que me limitaré a citar sus temas. Hernández trata el derecho público provincial (Cap. I),

los sistemas políticos federales (Cap. II) el federalismo argentino (Cap. III). Yo escribo sobre el proceso federal argentino y federalismo como sistema (en el Cap. III). Cordeiro Pinto, sobre el Estado Provincial (Cap. IV). Hernández vuelve con el poder constituyente en las provincias (Cap. V). Iturrez, sobre la provincia en la Nación (Cap. VI). Barrera Buteler nos ofrece en el Cap. VII, dominio y jurisdicción del gobierno federal, de las provincias y de los municipios. El Cap. VIII, de Zarza Mensaque trata de las provincias en las relaciones internacionales. En el Cap. IX, Frías vuelve con preámbulos y declaraciones generales en el constitucionalismo provincial y la regla federal en la Constitución Provincial. El Cap. X es de Hernández, y trata sobre los derechos y deberes en el constitucionalismo subnacional. Le sigue Barrera Buteler sobre derechos políticos. En el Cap. XII, Iturrez habla sobre garantías y Zarza Mensaque sobre garantías constitucionales y en el Cap. XIII, sobre el Poder Legislativo provincial. Cordeiro Pinto habla sobre el Poder Ejecutivo provincial en el Cap. XIV y Vergara en el Cap. XV sobre el Poder Judicial provincial y el Jurado de Enjuiciamiento. Y Armando Mayor se extiende sobre el control en todos sus aspectos. En el Cap. XVII, Hernández se ocupa de la Ciudad de Buenos Aires y Frías sobre metrópolis y país: una relación a equilibrar.

Lamentablemente esa es la relación que lejos de equilibrarse, va destruyendo el sistema federal en nuestro país. ¿Por qué? Por causas que todos conocemos: la delegación de facultades del Congreso en el Ejecutivo Nacional, sin las limitaciones deseables, como sería la de reducir a veinte por año los decretos de necesidad y urgencia; suprimir la prórroga de la emergencia y los poderes delegados. Y el colmo: la Constitución ordenó que la ley de coparticipación impositiva federal se dictara antes del final de 1996, y han pasado diez años. Y es esta ley la que mejora los ingresos del Ejecutivo Nacional y le permite al presidente un superávit con el que subordina a muchos gobernadores e intendentes, porque necesitan fondos.

Este espléndido libro, con autores reconocidos como personalidades de la sociedad y de sus universidades, nos impulsa a cambios necesarios para recuperar el Estado de derecho. Que así sea.

Pedro J. Frías

ESTADO DE DERECHO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD,

de Jorge Edmundo BARBARÁ,

Córdoba, Advocatus, 2008, 209 págs.

Como dice Jorge Vanossi en su calificado prólogo, el protagonismo docente del autor en público y político es tal, que siempre uno espera de él una obra tan altamente persuasiva e inspiradora como esta. Como también lo discierne el prólogo, la obra excede su título que abarca la dicotomía Estado-sociedad, la “estatización de la persona individual” y el marco general del pluralismo ideológico

Si nuestro Estado de derecho está en crisis, no lo está menos la autonomía de la voluntad, por el llamado “Estado benefactor” porque no siempre funcionan los mecanismos de defensa del usuario y del consumidor. La mala gestión, el prebendismo tradicional, la violencia salvaje de todos contra todos, Vanossi va marcando acuerdo con el libro, los desafíos que no superamos. No podemos confiar en el clientelismo sino en la justicia en la seguridad social en la transparencia inexistente de nuestra vida pública.

Interesantísimo el proceso de Barbará sobre el Estado de bienestar, que a su juicio concluyó colapsando la racionalidad política administrativa y económica

El análisis crítico de la reforma del ‘49 no es de menor importancia, pero la crítica del autor atraviesa sin soberbia todo el libro, y no molesta porque nos acerca a la realidad y nos invita a superarnos.

En las conclusiones finales, el autor advierte sobre un regreso al Estado benefactor “a la criolla” ahogando la potencia de la sociedad civil como disfraz de pluralismo, debilitando el principio de autonomía de la voluntad y comprometiendo el Estado de derecho.

Los que pensamos como él nos regocijamos de estas advertencias tan prudentes, de tanta calidad, que nos obligan a lo que no parece intentar la sociedad argentina.

Pedro J. Frías

CONTROL EXTERNO DE SOCIEDADES COMERCIALES

de Ricardo Augusto NISSEN,
Buenos Aires, Astrea, 2008, 293 págs.

Un libro testimonial en la vasta producción jurídica de este joven pero maduro jurista argentino.

Decimos testimonial porque brinda un panorama de la realidad argentina en los últimos veinte años y de su particular paso por la Inspección General de Justicia de la Nación.

El libro se trata de cómo afrontó los desbordes de prácticas nocivas para la seguridad jurídica con un particular “activismo” -la palabra no nos corresponde, sino a los cuestionadores de su política normativa-.

Tenemos bien sentada opinión sobre la conveniencia de regular lo menos posible, confiando en el principio de buena fe -además del de celeridad- que iluminó la *lex mercatoria* universal. Siempre hemos rechazado la posibilidad de pretender del legislador un rasgo de genialidad imposible de prever todas las situaciones que puede generar la riquísima ingeniosidad de los empresarios, sosteniendo que si se lograra ese rasgo de genialidad imposible se caería en la oscura prolijidad.

Claro que confiábamos en la libertad -o autonomía de la voluntad- bajo responsabilidad. Ello suponiendo la eficiencia del sistema jurídico y judicial para dar respuesta a los desbordes.

Pero al mismo tiempo entendíamos que siendo el derecho una técnica para la convivencia, cuando se legislara para disuadir de determinadas conductas nocivas, la inteligencia del legislador en la construcción de la norma debía llevar a preparar preceptos pluscuamperfectos, o sea incorporar disuasivos y de ser posible más de uno para alentar o desalentar determinar conductas.

Estamos hastiados de ver la inercia del Estado en afrontar los desbordes y, al mismo tiempo en el alambicamiento de las formas, que son apreciadas substancialmente para evitar entrar en la “substancia” de las relaciones, con un exacerbado hipergarantismo, alejando del garantismo que siempre hemos propiciado.

Este es el panorama que enfrenta Nissen, que aparece como el argumento de un *thriller* en su descripción de las conductas que estimó debía enfrentarse. Y el libro nos muestra las estrategias escogidas, nos demuestra la posibilidad de enfrentar las conductas que afectan la buena

fe en las relaciones negociales. Y la realidad demuestra que actuando con transparencia no se afectan las inversiones, que justamente las buenas y alentables se acercan a los países que tienen reglas claras, que alejan de la inseguridad jurídica, que permiten apreciar la responsabilidad e imputabilidad de los que actúan. A los países con reglas que permiten alejarse a las reglas del mercado sólo llegan las inversiones marginales, las que pueden hacer rápidas ganancias no importa a quién afecten.

Hemos podido contemplar las conductas predatorias pues no sólo hemos sido espectadores sino actores en ese *thriller* que muestra Nissen del panorama jurídico en que le tocó actuar y de las tramas que se iban descubriendo y poniendo de resalto. Los concursos, la insolvencia, mostró el uso desviado de la técnica societaria de organización de empresas, particularmente con la aparición en escena de fantasmas difusos que pretendían titularidades de bienes o de créditos.

El mejor logro, al margen de las normas, fue que demostró que el Estado puede actuar preventivamente a través de uno de sus poderes cuando otros declinan hacerlo oportunamente. Hoy, ante un problema que divide a los argentinos como es la aplicación de retenciones a través de una norma cuestionada en su constitucionalidad, parece funesto que el sistema jurídico y judicial no pueda generar rápidamente una declaración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre su legalidad o ilegalidad, lo que sin duda alinearía a todos los argentinos y evitaría los desgastes que se están sufriendo. No nos gustaría que dentro de 10 años la Corte señalara la inconstitucionalidad de la norma y otro gobierno, en otro escenario, se viera obligado a buscar fondos para cubrir las indemnizaciones que sin duda pagarían todos los ciudadanos. Y quizá, al mismo tiempo, el gobierno actual se viera limitado en sus planes, pese a mantener la cuestionada norma. El perjuicio es evidente cualquiera fuera hoy la apreciación de la Corte.

Nissen usa la estrategia jurídica. Sin afectar los negocios reales hurgó en la realidad, en las sociedades que se ofrecían adquirir en el exterior en avisos periodísticos a argentinos que querían eludir la justicia ¹: “cuando

¹ Hugo A. ACCIARRI, Andrea CASTELLANO y Andrea BARBERO, “El problema de la insolvencia en el derecho de daños. Un aporte para su análisis económico”, en *Jurisprudencia Argentina 2008-1*, número especial “Derecho y Economía”, coordinado por Hugo A. Acciarri, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, Doctrina, pág. 10 y ss.

un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa 'judgment proof' precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos "a prueba de condenas... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión". Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes -por ejemplo obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores.

Y aquí vemos sintetizadas sus reflexiones en torno de las sociedades constituidas en paraísos fiscales -Uruguay ha desactivado sus SAFI, quizá como resultado de la labor de Nissen al desaparecer los clientes argentinos-, con sus satelitantes problemas, y las sociedades infracapitalizadas genética (en relación al objeto) o funcionalmente (aportes irrevocables).

El libro es un testimonio de vida y de vocaciones. Donde al asumir un rol estatal volcó todos sus ideales en cuanto a la construcción y funcionalidad del sistema societario. Realmente aplaudimos y nos conforta esa gestión. Desde el interior no nos preocupamos por las resoluciones de la Inspección, de su validez y alcance, porque no nos competían. Pero sí defendimos las posiciones doctrinarias, en algunos casos con matices constructivos, pues así se progresa en la formulación de un sistema jurídico de las relaciones de organización elegible.

Efraín H. Richard

COMMON LAW & CIVIL LAW

de Olsen A. GHIRARDI

Córdoba, Advocatus, 2007, 149 págs.

Suelo citar con frecuencia una frase del filósofo español Jorge Santayana pues constituye para mí una síntesis de cómo deben estudiarse y analizarse los fundamentos filosóficos de las instituciones jurídicas: “*Aquellos que desconocen el contexto en el cual se han desarrollado las ideas, están destinados a malentenderlas*”.

Pues bien, precisamente esta extraordinaria obra del profesor Olsen A. Ghirardi constituye una excelente propuesta de abordaje de un tema que todos los abogados conocemos, pero del cual muy poco sabemos: el denominado “derecho común” o *common law*.

Nuestra mayoritaria formación académica de bases filosóficas idealistas, racionalistas y normativistas, hace que como abogados nos cueste comprender con profundidad la esencia del sistema jurídico angloamericano, al cual conocemos más por representaciones cinematográficas que por sus fundamentos teóricos.

Con la precisión metodológica que le es característica, el profesor Ghirardi comienza su obra con una *Introducción* que ya en sus primeras líneas deja planteada con claridad la visión diferente del jurista del *common law* al citar palabras de Oliver Wendell Holmes: “*la vida del derecho no ha sido la lógica, sino que es la experiencia*”. A partir de allí comienza el autor a perfilar la distinción entre la Lógica formal, de carácter eminentemente instrumental, y la Lógica no-formal, que aunque relacionada con los principios de la primera -de los cuales no puede prescindir- permite construir un discurso jurídico contemplando los valores acerca de lo que es justo. Por este camino arriba a la conclusión de que ambas lógicas son, en realidad, instrumentales, si bien la primera se ocupa de los principios, mientras que la segunda del marco procedimental.

Estas cuestiones son fundamentales para preparar instrumentalmente el discurso jurídico, y obviamente, se evidencian con semejanzas y deficiencias tanto en el sistema del *common law* como en el del *civil law*.

Partiendo de la base de una sorprendente afinidad entre los juristas romanos y los del *common law*, el autor se interna en el Capítulo I en un interesante análisis de la evolución del derecho partiendo de la etapa pre-justiniana, con las influencias del racionalismo griego, pasando por la

figura del “pretor”, los “jurisconsultos”, la época clásica y el período justineano.

Con rigurosa claridad, Ghirardi demuestra que la similitud entre los juristas ingleses y los romanos que plantean autores como Auckland y Mac Nair es más aparente que real, por cuanto el derecho pretoriano constituía un conjunto de normas generales y abstractas provenientes del pretor, dictadas previamente al caso concreto, a diferencia del típico “caso” del *common law*. Destaca que la decisión judicial nunca fue considerada un precedente obligatorio. Reconoce sí que tanto el sistema pretoriano como el *common law* poseían una gran agilidad y flexibilidad para contemplar nuevas situaciones, aunque el primero fundado en la deducción y el segundo en la inducción.

El Capítulo II permite comprender con mayor razón la propuesta del autor. Particularmente cuando destaca las raíces históricas y los fundamentos empiristas de la cultura británica que, aplicados al campo jurídico, generaron un derecho que tomó como punto de partida la experiencia del caso concreto y la tradición secular que consagró en el principio de “*stare decisis*”. La escogida transcripción y posterior análisis de algunos casos que efectúa el autor contribuyen a exponer con mayor claridad las características de flexibilidad, acompañadas de probidad y prudencia judicial que matizan el sistema jurídico británico.

La innegable influencia del sistema jurídico inglés en los Estados Unidos de Norteamérica es explicada en el Capítulo III, donde se destaca cómo se enraizó el *common law*, a la luz de jueces prudentes, empíricos y pragmáticos que siempre tuvieron como característica principal de la ciencia jurídica su método “de lo singular a lo singular”. Se refiere a destacados autores como Oliver Wendell Holmes, partidario de un derecho evolutivo según las vicisitudes de la experiencia, y a Benjamín Cardozo, cuyos razonamientos son analizados a través de algunos de los casos relevantes en los que se ha expedido. Tampoco deja de referirse a Roscoe Pound y sus decisiones como juez, que denotan un particular esfuerzo por revertir la visión individualista del sistema jurídico norteamericano del siglo XIX, para pasar a concebir al derecho como un medio de control social con su norte en las necesidades y aspiraciones sociales. Finaliza destacando que tal es la importancia del *common law*, que en los Estados Unidos de Norteamérica han existido decisiones fundamentales que no fueron obra del legislador, sino de los jueces.

No resultaría posible comprender cabalmente el sistema del *common law* sin un paralelo análisis del *civil law*, expresión que se refiere a los sistemas de derecho continental europeo, entre los cuales el autor destaca al sistema judicial francés pues halla en éste una actitud racionalista y opuesta al empirismo inglés a ultranza. Precisamente esta problemática es la que aborda Ghirardi en el Capítulo IV: el *civil law* con la ley como punto de partida y los jueces con sus inferencias lógicas que les permiten elaborar lo que el autor denomina y explica como “silogismo práctico prudencial”. Analiza a tal efecto fallos de la Corte de Casación de Francia y fundamenta así que el silogismo es práctico por referirse a las acciones humanas, y prudencial pues estamos en el ámbito de los juicios opinables. En definitiva, señala Ghirardi, a pesar de los nuevos caminos, tiempos y problemas, las decisiones judiciales deben ser adoptadas dentro de un ámbito lógico que nos conduzca hacia lo justo razonando correctamente.

El Capítulo V de la obra presenta un panorama conclusivo con marcadas raíces filosóficas que permiten distinguir cómo a partir de la preocupación por el “método” surgida en la Modernidad, se conformaron dos sistemas filosóficos tan opuestos: el empirismo y el racionalismo, que generaron posturas diversas del Hombre frente al problema del conocimiento en general y, consecuentemente, al problema del derecho.

En síntesis, aunque con una propuesta originariamente jurídica, es éste en realidad un libro que despliega profundas reflexiones iusfilosóficas, acompañadas de una nutrida referencia bibliográfica, todo lo cual permite analizar los fundamentos por los que es posible que existan tan dispares visiones de un mismo fenómeno: el derecho.

Claro que una simple reseña en modo alguno puede suplir el deleite que significa leer en toda su extensión esta obra del distinguido profesor Olsen A. Ghirardi.

Carlos Enrique Pettoruti

MANUAL DE DERECHO COMERCIAL - PARTE GENERAL,

de José Ignacio ROMERO,

2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 577 págs.

Con un prólogo especial para esta segunda edición, enfrenta en forma didáctica una presentación muy completa del tradicional contenido del derecho mercantil, sin notas de pie -como corresponde a un Manual- y con una adecuada relación bibliográfica donde -por los destinatarios presuntos- indica la página a la que pueden recurrir para más información. Esa modalidad de exponer la bibliografía se registra no sólo al final del *Manual* sino al final de cada módulo. No obstante, por la amplitud del contenido, facilitará incluso a los profesionales una introducción más que elemental a los diversos puntos que integran la materia, afrontados en 45 módulos, con el particular punto de vista que sustenta desde que comparáramos la cátedra en la asignatura Derecho Comercial I en la Facultad de ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Esta segunda edición nace 12 años después de la primera, en 434 páginas y 35 módulos, lo que permite comparar lo que ha crecido la nueva edición, además de su actualización. Pero esa relación cuantitativa acrece cuando se advierte que la segunda edición lleva más caracteres por página en un importante por ciento. Se trata de un crecimiento cualitativo que revela la preocupación del jurista y docente en organizar una herramienta para el conocimiento ordenado de una rama del derecho en continua evolución.

Hasta el módulo 28 inclusive sigue el mismo esquema de la primera edición, con muchas actualizaciones y ampliaciones, como en el contrato de cuenta corriente mercantil. Pero desde el módulo 29 se registran importantes cambios. En la primera edición la continuación del contenido era anunciada por un título, que aparecía como una no indicada segunda parte “Organización del sistema financiero argentino”, donde lo desarrollaba hasta llegar a las modernas formas de contratación, cerrando con Bolsas y valores (módulo 35) y Comisión Nacional de Valores (módulo 36).

Ahora esa referencia ha desaparecido, aunque el contenido para el “Derecho bancario” se ha extendido haciendo referencias a la crisis bancaria y a contratos financieros y bancarios (módulos 29 a 39 inclusive, lo que califica la profundidad del cambio estructural de esta segunda edición). Y luego prosigue con “Modernas formas de contratación con 4 módulos referidos a tarjeta de crédito, leasing, ahorro y préstamo, factoring,

underwriting y fideicomiso, para mantener la estructura de los dos módulos finales, actualizados.

La inicial estructura de bibliografía por módulos ha sido ampliada y perfeccionada con indicación de páginas, complementándose con una bibliografía general con la que cierra este más que Manual.

Las calidades del autor, profesor titular de Derecho Comercial I y ahora de Derecho Privado VIII de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que pasó por la titularidad de Derecho Comercial I de la Facultad de Ciencias Económicas, también de la Universidad Nacional de Córdoba, con intervención continua en carreras de post grado, aseguran la información sistemática y pedagógica contenida en este *Manual*, sin hacernos olvidar de su excelente *Curso de Derecho Comercial. Parte General*, que publicara en 1983 en dos tomos (1983-1989) encarando en otra concepción capítulos sobre los “Derechos relativos a la libertad de comercio” y la “Intervención del Estado en la economía” en cuatro módulos (Abastecimiento, Promoción industrial, Inversiones extranjeras y Transferencia de tecnología).

No quisimos dejar de formalizar estas referencias, para apuntar que esta segunda edición del *Manual* permite una comprensión integral de la materia central de la estructura del derecho comercial clásico, al que agrega la regulación muy particular de la empresa financiera, tanto en la estructura normativa del mismo, su funcionalidad y -como ya señalamos- su crisis, con soluciones muy particulares atento a la periodicidad con la que el sistema bancario argentino ha entrado en crisis, quizá por la excesiva permisividad para un mercado de capitales ilícito de tipo *off shore*, pero realizado desde nuestro país en forma pública y notoria (*indirect doing business*). La obra está destinada a los alumnos, lo que expresamente señala el autor en el “Prefacio a la segunda edición”, pero sin duda será muy útil para el profesional que decida consultarla, pues le permitirá alejarse de un tratamiento parcial de alguna cuestión, mostrándola dentro de un panorama global, y facilitándole el acceso a otra bibliografía si es que necesita extender el tratamiento.

El objetivo del autor de “proporcionar a los estudiantes una guía” es ampliamente logrado y es loable su propósito pedagógico, en cuanto permite la lectura el acceso doctrinal de los temas en actividades extra áulicas, a fin de aprovechar los tiempos de clases presenciales en el desarrollo y aplicación práctica de las cuestiones. Apreciación pedagógica fundamen-

tal para que la enseñanza asuma el rol fundamental: generar la capacidad cognoscitiva y la apreciación de la realidad para que el educando se aleje de alguna viciosa práctica de repetir para lograr la aprobación de las asignaturas, imponiéndole formar su aparato crítico haciéndoles pensar para desarrollar sus capacidades profesionales. Enseñar a pensar y no a repetir, una frase clásica de un maestro de la educación como lo fue Domingo F. Sarmiento, objetivo con el que -desde hace muchos años- comulga y efectiviza el maestro José Ignacio Romero. Para futuros colegas una obra indispensable para una comprensión sencilla pero integral, y también para los ya colegas que necesiten una apreciación preliminar, pero no por eso superficial, de los temas afrontados en esta segunda edición.

Efraín Hugo Richard

ASPECTOS CONTABLES PARA ABOGADOS,

de Roberto Alfredo MUGUILLO,

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, 168 págs.

Tuvimos la suerte de acceder a este libro, cuyo título es suficientemente significativo de su contenido. Un especialista en aspectos comerciales, particularmente societarios como es el jurista Roberto Muguillo ha abordado los conocimientos que debe desenvolver un abogado si quiere ser un interlocutor válido con empresarios, especialistas en ciencias económicas y en asegurar la funcionalidad de una sociedad o de una relación comercial.

Mientras recorremos sus páginas en nuestra lectura, nos permitimos formalizar este comentario.

En la Introducción el autor subraya que las *“normas sobre libros de comercio y las contables del Código de Comercio y de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales han sido siempre un campo de difícil entendimiento para el estudiante de derecho, para los profesionales no contables y especialmente para los abogados, lo cual, lamentablemente, ha llevado a que muchos de ellos traten de evadir su estu-*

dio... olvidando la importancia y la gran incidencia que ello tiene la vida mercantil... resignando así un campo fértil y provechoso a favor de otros profesionales más concientizados del derecho mismo o de las ciencias económicas. Nada más equivocado que una evasión de conocimiento para un profesional del derecho que deba lidiar con los conflictos comerciales o problemas societarios pues -para solucionar el conflicto- necesita saber leer la situación económica financiera del negocio... o de la sociedad”.

Esto abre las puertas, en una cabal introducción a la importancia de la cuestión contable-económica. Nuestros más de 53 años de profesión activa en la materia, con 34 en la compleja asesoría de un importante banco que nos permitió compartir análisis con especialistas en las ciencias económicas y en la materia bancaria, nos lleva a enfatizar la conveniencia.

Y no sólo ello en materia de los negocios comerciales donde es una carga la contabilidad, y en materia societaria donde comporta una obligación de los administradores, sino también en materia concursal donde venimos viendo un importante apartamiento del sistema legal -ntro. *Insolvencia societaria* de la misma editorial, 2007-

El Capítulo 1 marca la historia y fundamentos de la contabilidad: *“guardar memoria de los negocios mercantiles, otorgar certeza a los actos comerciales y reflejar la conducta del comerciante”*, que quizá por eso llevan en gran número de concursos preventivos a advertir que los libros de contabilidad han sufrido “algún contratiempo” que impide exhibirlos (pérdida, sustracción, deterioro, incendio, con un folklore muy interesante de causales). Justamente en la nota 6 se señala jurisprudencia sobre que *“la contabilidad comercial no es una simple compilación de datos, sino un sistema donde resulta difícil alterar una de las partes sin alterar el todo”*. En la parte segunda del capítulo se refiere a que para el comerciante es una carga, pero -junto con otros que el autor enumera- comporta una obligación en la vida societaria.

El Capítulo 2 trata de “Los libros de comercio”, que cierra con referencias a la obligatoriedad de la suscripción del balance por los administradores societarios y la obligación del síndico de presentar un informe que presupone el conocimiento de aquel balance.

El Capítulo 3 se refiere a las “Normas generales de la ley de sociedades comerciales sobre estados contables”, apuntando que es objetivo de los estados contables *“exponer... la situación patrimonial de la*

sociedad... los resultados del ejercicio... con el fin de poder lograr definir qué utilidad puede separarse de la sociedad para solidificar la situación económica o los futuros negocios de éstas”, preocupándose de referirse a las normas que impiden los resultados ajustados a la fecha, y la inconveniencia de ello. Concluye con referencia a los estados contables consolidados de las sociedades “controlantes institucionales”.

El Capítulo 4 aborda “El balance general o estado de situación patrimonial”, que debe brindar información sobre “La situación patrimonial de modo de ponderar la solvencia y liquidez”, que se refiere a las nuevas normas de la Federación Argentina de Colegios Profesionales de Ciencias Económicas, apuntando -con cita jurisprudencial- que “*en el caso de las sociedades comerciales regulares- es, a través de la presentación del balance y los estados contables y no la vía de la rendición de cuentas, la forma de forzar a los administradores sociales a dar cuenta del estado de los negocios sociales*”, entendiendo que “*podría ser procedente tal intervención judicial en caso de que tales irregularidades se conjugaran con pérdida de libros... que ponen de manifiesto un irregular funcionamiento administrativo...*”. Recorre los diversos rubros que componen el estado contable y apunta a las “Previsiones” por “*los importes de los riesgos calculados estimativamente que la sociedad podría tener que enfrentar... deben distinguirse... de las reservas... (estatutarias o facultativas) son un registro contable por el cual se tornan indisponibles temporariamente una parte de los beneficios o utilidades realizadas por al sociedad (o sea, no distribuibles como dividendos y honorarios)*”. Aquí el autor busca la comprensión por el lector proponiéndole interesantes y prácticas preguntas, que contesta al final del libro.

El Capítulo 5 informa sobre “El estado de resultados y cuadro de evolución del patrimonio neto”. “*Este estado de resultados llevado de conformidad a la fórmula legalmente establecida tiene una función clarificadora de las utilidades o pérdidas*”. También formula preguntas comprensivas.

El Capítulo 6 se refiere a “Complementos a los estados contables. Cuadros y notas anexos”. Apunta a los “*acontecimientos u operaciones ocurridas entre la fecha del cierre del ejercicio y de la memoria de los administradores, que pudieran modificar significativamente la situación financiera de la sociedad a la fecha del balance gene-*

ral y los resultados del ejercicio cerrado en esa fecha, con indicación del efecto que han tenido sobre la situación y resultados mencionados”, reforzando la obligación de los administradores de mantener vigilancia sobre la funcionalidad de la sociedad y eliminar toda posibilidad de sorpresas, que permitan adoptar las medidas de corrección en forma oportuna. El autor pone énfasis en que si bien el art. 234 inc. 1 y 294 inc. 5 L.S. “no mencionan las notas complementarias y cuadros anexos, éstos integran necesariamente la documentación que deberá ponerse a disposición de los socios, que deberá tratar la asamblea y que también deberá verificar el órgano de fiscalización”.

Coetáneamente con lo anticipado, el Capítulo 7 se refiere a “La memoria de los administradores en las sociedades comerciales”, donde enfatiza introductoriamente: “... ha incorporado para estos sujetos de derecho, como obligatorio en determinados supuestos, la integración de los estados contables con un detalle y explicación por escrito de lo que fue la operatoria de la sociedad en el curso del ejercicio respectivo, precisando ciertos aspectos y completando esa información con los hechos significativos ocurridos entre el cierre del ejercicio y su tratamiento por los socios, como también -entre otros elementos- con el pronóstico que los administradores pudieren tener en vista para el siguiente ejercicio”. Después de otros análisis se refiere a ciertas costumbres: “Si la memoria no cumpliere con las pautas fijadas en el presente -como usualmente suele suceder en muchas sociedades que **copian** en la memoria un texto genérico e híbrido que nada comunica- podrá ser impugnada...”, con referencias al alcance de esa impugnación y jurisprudencia contradictoria. Describe las normas de Inspección General de Justicia en torno a la Memoria en la Ciudad de Buenos Aires.

Congruente con la preocupación del autor en ubicar el verdadero rol sustancial de la documentación contable, el Capítulo 8 es destinado a “Análisis básicos y elementales de los estados contables”, donde apunta a índices que resultan de esa documentación para determinar tendencias, o liquidez, o solvencia, o endeudamiento, o de rentabilidad, o de rotación de bienes de cambio, o de actividad, que permitirán a los administradores cumplir adecuadamente su rol de buenos hombres de negocios y no sorprender ni a socios ni a acreedores con situaciones de incumplimiento, y también permiten determinar el valor libro de las acciones o participaciones sociales.

El Capítulo 9, en “Los estados contables y el derecho de información de los socios” liga las referencias a la documentación contable a los derechos de los socios, equilibrando entre la información obligatoria y la buena fe y prudencia con que debe ejercerse ese derecho por el socio.

Dentro de los derechos del socio continúa el Capítulo 10, “Los estados contables, el derecho a las ganancias y el derecho al dividendo en las sociedades comerciales” donde inicialmente limita el “interés social” a “la opinión de la mayoría, la que plasmará y materializará ese interés”, lo que es opinable frente al dato contractual del objeto social pretendido en la constitución. Dentro de esos criterios señala *“importante, como norma de buen manejo empresario -del mismo modo que el efectuar ciertas reservas y provisiones- mantener un capital de giro real y sólido mediante la retención y no distribución de ganancias, situación que normalmente se efectúa en o a través de **cuentas nuevas, como las llamadas cuentas de resultados no distribuidos, no asignados o acumulados**”*, entrando así en el debatido problema de recurrir al autofinanciamiento sin capitalizar las utilidades o generar reservas facultativas que son los caminos fijados por la ley, a las que limita la Inspección General de Buenos Aires esa retención, solución que critica que fundadas posiciones doctrinarias y antecedente jurisprudencial. Recientemente se ha rechazado esa posibilidad en “Barcia, Salvador R. c/ Hotel Las Rocas S.R.L. - Impugnación de resolución, sentencia del 16/10/08, Cámara de Apel. Civil y Comercial 3ª de Mar del Plata”, donde se cuestionó la no distribución de dividendos por más del 50% sin justificativo y sin constituir reservas facultativas. Hemos intervenido en ese debate en “Resultados diferidos: condicionamientos para su existencia”, con Jorge Fernando Fushimi en libro *Primera Jornada Nacional de Derecho Contable*, edición de la Universidad de Morón, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pág. 109 y ss. www.acaderc.org.ar. Sin duda la razonabilidad, transparencia y adecuada información -como subraya el autor- puede llegar a justificar una retención transitoria y excepcional de las utilidades como derecho individual inderogable del socio, fuera del régimen expreso previsto por la ley, como también expresamos en ese trabajo.

En el Capítulo 11 se trata “Los libros sociales” en el análisis pormenorizado de la documentación contable societaria. Específicamente se refiere a la “nulidad del acta de la reunión”, tanto a su inexistencia, la falta de firma, apuntando que la “existencia regular” es fundamental para

conocimiento de accionistas “Sin ella, más que inválida, la asamblea sería inexistente...”. Dejamos de lado casos de asamblea unánime donde todos los accionistas hubieran expresado en forma indubitable su voluntad en el mismo sentido. Trata los supuestos formales para asegurar la validez de los actos societarios asamblearios, tanto de asistencia como de registro de acciones.

El Capítulo 12 vuelve a los temas generales: “Exhibición de los libros de comercio”, refiriéndose a la exhibición general, los supuestos en que es obligatoria -como en los concursos y quiebras- y parcial, los efectos de la negativa de exhibición parcial, y el “principio de inamovilidad de los libros de comercio”, enfatizando que ello es para “evitar todo riesgo de pérdida o de interrupción de la labor administrativa contable”, lo que contrasta con la realidad de las causales de desaparición de libros de comercio que se aducen en juicios concursales, con la curiosa aceptación de la autoridad competente.

Cierra con el Capítulo 13, “Valor probatorio de los libros de comercio”, refiriéndose a las situaciones entre comerciantes y quién no lo es, con los diversos supuestos de cuando ambos o alguno de ellos solamente los lleva en forma, como al fundamental respaldo documental de los asientos. Apunta a las obligaciones en ese aspecto de las sociedades constituidas en el extranjero y a las sociedades no constituidas regularmente.

Se cierra el interesantísimo libro con un “Anexo” con respuestas a los cuestionarios que se formularon en un par de capítulos para imponer la comprensión de aspectos específicos de los registros contables.

En resumen: un libro importante para profesionales de las ciencias jurídicas -y también para estudiantes-, y no sólo de aspectos comerciales, pues quien lidie en temas patrimoniales donde deban analizarse vinculaciones societarias o de registros de comerciantes, podrán encontrar utilísimas referencias para determinar derechos, organizar estrategias y requerir información.

Un nuevo producto de un sólido jurista con prestigiosa vida profesional, cuyas importantes conclusiones y argumentaciones pueden compartirse en la lectura de este libro sobre los “Aspectos contables para Abogados”, pero porque no también para profesionales en las ciencias económicas que abrevarán en los condicionamientos legales de la documentación contable, particularmente de las sociedades.

MEMORIA

MEMORIA DE LA ACADEMIA
NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

EJERCICIO 2008

Honorable miembros de la 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, elevando la misma a consideración del pleno.

I. Iniciación del año académico. Memoria y balance

Las actividades se iniciaron con la Sesión ordinaria realizada el 11 de marzo, por la cual se designaron miembros correspondientes y de Institutos de la Corporación.

Por su parte y de acuerdo a las estipulaciones estatutarias, con fecha 11 de abril se realizó la Asamblea General Ordinaria, oportunidad en la que se leyeron, trataron y aprobaron la Memoria y Balance de Rendición de Cuentas del ejercicio 2007. Dichos instrumentos, conformados por la Academia, fueron remitidos a la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas, a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), y también al Ministerio de Educación de la Nación.

Acto seguido se hizo alusión a las actividades futuras a desarrollarse por esta Presidencia.

Exposiciones de académicos de número

En el curso académico 2008, como parte de la actividad de estudio de la Academia, durante sus sesiones ordinarias, sus miembros de número realizaron en aula las siguientes exposiciones:

Sesión ordinaria del 29 de abril, “La reforma política en la provincia de Córdoba”, por Antonio M. Hernández y Ramón P. Yanzi Ferreira.

Sesión ordinaria del 20 de mayo, “La solidaridad en el derecho del trabajo y las relaciones con el derecho civil”, por Raúl Altamira Gigena.

Sesión ordinaria del 10 de junio, “Privatización de la función de policía”, por Julio Altamira Gigena.

Sesión ordinaria del 22 de julio, “Los procesos de integración latinoamericana y su relación con otros procesos regionales”, por Zlata Drnas de Clément.

Sesión ordinaria del 5 de agosto, “Presidencialismo y federalismo argentino”, por Antonio M. Hernández.

Sesión ordinaria del 9 de septiembre, “El presidencialismo en el derecho comparado”, por Antonio M. Hernández.

Sesión ordinaria del 28 de octubre, “Empresa y patrimonio”, por Efraín H. Richard.

Sesión ordinaria del 11 de noviembre, “Servicio público: declinación o renovación”, por Domingo J. Sesin.

Sesión ordinaria del 25 de noviembre, “La historia de la enseñanza del derecho de la navegación en la Universidad Nacional de Córdoba”, por Ramón P. Yanzi Ferreira.

Sesión ordinaria del 9 de diciembre, “La Constitución de la Provincia de Córdoba. Una reforma necesaria”, por Víctor Martínez.

Las exposiciones culminaron siempre en fructíferos 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.

III. Designación de nuevos académicos

Académicos de número

Con fecha 7 de octubre, se reunió el pleno de la Corporación en sesión especial, a fin de elegir a nuevos miembros de número de la Institución. Luego de las votaciones respectivas, acorde las mayorías que requiere el Estatuto de la Institución, fueron designados como miembros de número los Dres. Gabriel B. Ventura (civilista-notario), Carlos Julio Lascano (penalista) y de José Ignacio Cafferata Nores (procesalista penal).

Académicos correspondientes extranjeros

En sesión ordinaria del 11 de marzo, se designó con el carácter de académico correspondiente en la República de Italia al Dr. Guido Alpa.

En sesión ordinaria del 25 de noviembre, fue designado como académico correspondiente en Italia, el Dr. Giuseppe de Vergottini.

IV. Recepción de nuevos académicos

Académicos correspondientes nacionales

En sesión especial del 15 de abril se recibió a la académica correspondiente en Chaco, Dra. María Laura Estigarribia Bieber, corriendo la presentación de la trayectoria de la académica por cuenta del Sr. presidente Dr. Luis Moisset de Espanés. La nueva integrante disertó sobre “Ideas para la optimización del control de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”.

Por su parte, en la misma sesión de fecha 15 de abril se recibió a la académica correspondiente en Corrientes, Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau, corriendo la salutación por cuenta del académico de número Dr. Julio Altamira Gigena. La académica disertó sobre “Entre el amanecer y el ocaso de paradigmas jurídicos: visiones, tensiones, tradición y cambio”.

En sesión especial del 17 de junio se efectuó el acto de recepción del académico correspondiente en Tucumán, Dr. Ignacio Colombres Garmendia, corriendo la presentación de la trayectoria de la académico

por cuenta del Sr. vicepresidente Dr. Juan Carlos Palmero. El académico disertó sobre “La contratación en moneda extranjera. Pasado, presente y futuro”.

En sesión especial del 26 de agosto se recibió al académico correspondiente en Rosario (Santa Fe), Dr. Juan María Farina, corriendo la presentación de la trayectoria de la académico por cuenta del Sr. académico de número Dr. Efraín H. Richard. A posteriori, el académico disertó sobre “Comercialización mediante redes de distribución y concesión mercantil. Sorpresas en la sentencia de la C.S.J.N. en autos ‘Automotores Saavedra SA c/ FIAT Argentina S.A.’ y la jurisprudencia en general”.

Académicos correspondientes extranjeros

En sesión especial del 25 de marzo se recibió al académico correspondiente en Italia, Dr. Guido Alpa, especialista en derecho civil, quien fue presentado por el académico de número Dr. Juan Manuel Aparicio. El Dr. Alpa disertó a posteriori sobre el tema “Un código europeo de los contratos: ¿qué salida?”.

En sesión especial del 23 de septiembre se recibió al académico correspondiente en Colombia, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, especialista en derecho internacional, quien fue presentado por el académico de número Dr. Ernesto Rey Caro. Luego, el Dr. Monroy Cabra disertó sobre el tema “Los derechos sociales como fundamentales”.

Con fecha 14 de octubre, se realizó la recepción de la académica correspondiente en Venezuela, Dra. Hildegard Rondón de Sansó, especialista en derecho administrativo. La académica fue presentada por el Sr. académico secretario de la Corporación, Dr. Julio Altamira Gigena. A posteriori la Sra. académica disertó sobre “Soberanía petrolera. El régimen de hidrocarburos en Venezuela”.

V. Homenajes

Con fecha 1 de abril la Academia rindió homenaje a la memoria del extinto profesor y miembro de esta Corporación Dr. Enrique Martínez

Paz (h), con motivo de cumplirse el centenario de su nacimiento. Adhirió a la ceremonia, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Acto seguido, el señor académico de número Dr. Ricardo Haro, dirigió unas palabras en representación de la Academia. Por su parte, el Prof. Dr. Gonzalo Fernández, hizo uso de la palabra en representación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Por último, en representación de la familia, se dirigió a los presentes el Lic. Horacio Martínez Paz.

Con fecha 12 de agosto, la Academia rindió homenaje a la memoria del extinto profesor y miembro de esta Corporación, Dr. Ricardo Cayetano Núñez, al cumplirse el centenario de su nacimiento. El Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa, dirigió unas palabras en nombre de la Corporación. Por su parte, el Prof. Carlos J. Lascano, hizo lo propio en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. El Sr. presidente manifestó unas palabras finales en recordación del homenajeado.

VI. Creación de nuevo instituto

Como parte de las gestiones de fortalecimiento y expansión de las actividades de la Academia, que se plasmaran en el plan de actividades aludido en el acto de asunción de la nueva Mesa Directiva, se llevó adelante la creación del *Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales* en el ámbito de la Academia. La solicitud de creación del nuevo instituto lleva la firma de los Sres. académicos de número, Dres. Víctor Martínez, Ernesto Rey Caro, Pedro J. Frías y Zlata Drnas de Clément. La propuesta fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria de fecha 8 de abril de 2008. Posteriormente, en sesión ordinaria de fecha 20 de mayo, fue designada por unanimidad la Dra. Zlata Drnas de Clément como directora del Instituto.

Por su parte, con fecha 28 de octubre del corriente año, el pleno de la Academia, aprobó por unanimidad la propuesta elevada por el Sr. presidente de la Creación del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Región Noroeste de la Academia de Derecho de Córdoba. Con dicho instituto, la institución cumple con sus objetivos propuestos de expandir la presencia de la misma en áreas geográficas en las que se presenta como

necesario difundir y posicionar los aportes académicos del derecho y las ciencias sociales. A tales efectos, fueron designados en forma transitoria: como director al señor académico correspondiente Dr. Ernesto Clemente Wayar, como subdirector, al señor académico correspondiente Dr. Juan Carlos Veiga, como secretario en la sede Salta, al señor académico correspondiente, Dr. Roberto G. Loutayf Ranea, y como secretario en la sede Tucumán al Dr. Edgardo López Herrera.

VII. Premios, concursos, distinciones

1. Distinción Maestro del Derecho

Por tercera vez desde su instauración, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, decidió otorgar dicha distinción. En esta oportunidad, en sesión especial de fecha 22 de abril, se resolvió acordar el Premio al Sr. ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Carlos S. Fayt. La distinción fue diferida en razón de que el Dr. Fayt posee una larga trayectoria como docente y autor de numerosas obras jurídicas y que durante más de un cuarto de siglo ejerció la magistratura en forma digna y ejemplar para el resto de los magistrados del país. Con fecha 14 de mayo, en sesión especial realizada en los salones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y con la presencia de numerosas autoridades locales y nacionales se hizo entrega de la distinción al Dr. Fayt, que fue presentado por el Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa. Luego de la entrega por el presidente de la Academia del diploma que así lo acredita, el galardonado disertó sobre la “Intangibilidad de las retribuciones de los jueces federales y nacionales. Su proyección en la exención del pago del impuesto a las ganancias”.

2. Premio Academia

Nuestra Institución hizo entrega nuevamente de este prestigioso premio que reconoce la trayectoria de destacados juristas del país. En

esta oportunidad el jurado estuvo integrado por los Dres. Eduardo I. Fanzolato, Juan Manuel Aparicio y Luis Moisset de Espanés. El ámbito del derecho seleccionado para la edición 2008, estuvo especificado en el derecho de familia.

El jurado analizó los antecedentes de dos postulados, Dres. Jorge A. Mazzinghi y Marcos Mauricio Córdoba y luego de un amplio análisis, sostuvo que, atento los objetivos y alcances del premio en cuestión, por el cual se busca no solamente reconocer la trayectoria y consagración de profesionales del derecho que están en plena actividad y se destacan por su producción académica, sino también, al mismo tiempo, que dicho premio sirve de estímulo para continuar trabajando en dicha trayectoria, estimó que el mismo debía ser otorgado al Dr. Marcos Mauricio Córdoba. Con fecha 16 de septiembre, en acto público se hizo entrega de la distinción al Dr. Marcos Córdoba, correspondiente al diploma que lo acredita y medalla de Vélez Sársfield. El Sr. académico de número Dr. Eduardo Fanzolato, presentó al premiado, quien luego disertaría sobre “Última y próxima evolución del derecho de familia”.

3. Premio Publicación “Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sársfield”

En sesión ordinaria de fecha 5 de agosto de 2008, se aprobó el dictamen que elevaran los miembros del jurado del Premio Tesis 2008. Luego de una serie de reuniones preliminares, los señores académicos integrantes del Jurado Dres. Luis Moisset de Espanés (presidente), Dr. Juan Manuel Aparicio, Eduardo I. Fanzolato (civilistas); Dr. Efraín Hugo Richard (comercialista); Dr. Antonio María Hernández (derecho público); Dr. Jorge de la Rúa (penalista) Dr. Armando Andruet (h) (director de Publicaciones), evaluaron para una decisión final la tesis presentada: “La acción de reducción” del Dr. Roberto M. Natale. La mencionada tesis se valora como un trabajo de distinguida factura en el que se exponen con profundidad y solvencia las normativas del derecho positivo argentino sobre la legítima hereditaria y los diversos instrumentos jurídicos que la protegen frente a las diversas violaciones posibles, desarrollando, en particular, la acción de reducción.

El acto de entrega del Premio (diploma que lo acredita y 100 ejemplares de la obra impresa) se hizo efectivo el día 2 de diciembre en la sede

de esta institución, previas palabras del Sr. presidente. Acto seguido, el premiado fue presentado por el Sr. académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato, para luego dar finalizado el acto con las palabras del galardonado, quien se refirió al contenido de la tesis.

4. Concurso de Monografías de la Academia

Por iniciativa de la presidencia de la institución, se decidió volver a instituir el Concurso de Monografías de la Academia, el que fuera desarrollado por última vez en el año 2000. Luego de diversas consultas, el pleno de la Corporación, aprobó la elección del tema “Nuevas formas de dominio compartido y la multipropiedad”.

VIII. Declaraciones

En sesión ordinaria de fecha 1 de julio, el pleno de la Academia se reunió a fin de aprobar la Declaración de la Institución sobre la retenciones a las exportaciones de granos, que se generara a través de la Resolución 125 del Ministerio de Economía de la Nación y que produjera un trascendental debate nacional sobre los aspectos legales e institucionales de la misma.

IX. Dictámenes

La institución ha cumplido, por ser uno de sus objetivos estatutarios, con atender las solicitudes del Honorable Congreso de la Nación, y expedirse sobre diversos proyectos de leyes que se están debatiendo en el ámbito legislativo nacional. Se recibieron consultas sobre proyectos referidos a la modificación del régimen patrimonial matrimonial, como así también sobre proyectos de reforma al régimen de salud mental y se expidieron los respectivos dictámenes.

También se recibió una consulta del Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Córdoba, referida a la viabilidad de realizar una reforma política en la ciudad de Córdoba.

X. Presentación de obras de académicos

Con fecha 7 de mayo se presentó en el ámbito de la Academia de Derecho, el libro del Sr. académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato, denominado *Derecho de Familia*, de editorial Advocatus. La obra estuvo presentada por el Sr. académico de número Dr. Juan Manuel Aparicio.

El 12 de noviembre fue presentada la obra del Sr. académico de número Dr. Olsen Ghirardi intitulada *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, de la editorial Advocatus. Asistieron tanto académicos como familiares, entre los cuales, su hija la Sra. Mónica Ghirardi transmitió algunas palabras en nombre de su padre. Por su parte, el Sr. académico de número Dr. Armando S. Andruet (h), realizó la presentación de la obra.

XI. Publicaciones

Durante el período 2008, la Academia ha publicado las siguientes obras:

- Cuaderno del Instituto de Filosofía: *10 años*. Instituto de Filosofía del Derecho, tomo 10, Córdoba, 2008

- Anales 2007, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, tomo XLVI, Córdoba, 2008

- Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas “Roberto I. Peña”, N° 17, Córdoba, 2008

- AAVV., *Tutela jurídica del medio ambiente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, tomo XLV, Córdoba, 2008

- Cuaderno de Federalismo, Instituto de Federalismo, t. XXI, Córdoba, 2008.

- *Aspectos fiscales y económicos del federalismo*, Instituto de Federalismo, Colección de Federalismo, Vol. I, Córdoba, 2008.

- Natale, Roberto M., *La acción de reducción*, Premio Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield”, Ediciones de la Academia, t. XLVI, 2008.

XII. Actividades de los Institutos

Las actividades propias de los Institutos se publicarán en forma de separata y constan en el sitio web de la Academia.

XIII. Biblioteca “Alfredo Poviña”

La Bibliotecaria de nuestra Institución, ha recibido importante bibliografía la que puede ser consultada en la página web de la Academia.

XIV. Personal de la Academia

Siguieron desempeñándose en sus respectivas tareas habituales, el secretario técnico, Ab. Christian Sommer, la bibliotecaria licenciada Matilde Tagle de Cuenca, y los auxiliares Sres. Juan Carlos Maldonado y Miguel Hugo Arrieta. Todos ellos han cumplido satisfactoriamente las tareas que les competen, por lo que esta Presidencia agradece su colaboración.

Se menciona que el personal de la institución realiza la actualización constante del contenido del sitio web; que confecciona las tarjetas de invitación a los actos y programas a fin de evitar gastos de imprenta; que presta colaboración en la confección de balances parciales al contador, en las gestiones bancarias, en los concursos de precios realizados en el año 2008, entre otras actividades de gestión.

XV. Pagina Web

La dirección de la página web de la Academia (www.acaderc.org.ar), ha evidenciado un exponencial aumento en las consultas y uso de sus diversas secciones, especialmente las secciones de doctrina y publicaciones.

XVI. Situación económica de la Academia

Respecto de este ítem, da cuenta el Balance, que se acompaña adjunto, suscripto por la contadora Iris Rodríguez, asesora contable de la Academia.

XVII. Llamado a concurso de precio para publicaciones

En razón de haberse vencido el contrato para la publicación de los textos editados por la Academia, se llamó a un nuevo concurso público de precios a fin de receptor las propuestas que pudieran presentar las editoriales e imprentas.

El cierre de la convocatoria y apertura de los sobres se efectuó el 29 de diciembre de 2008, oportunidad en la cual se presentaron tres pliegos de precios, correspondientes a las editoras, Alveroni Libros Jurídicos (Córdoba), Advocatus (Córdoba) y Proposis Córdoba). Con fecha 29 de enero de 2009, en reunión de mesa directiva se evaluaron las tres propuestas, y luego de un análisis detallado de las mismas, se consideró que la propuesta de la editorial Advocatus, presentaba una mejor oferta de precios, aprobándose la propuesta por unanimidad.

XVIII. Duelo de la corporación

Académicos de número

El 3 de enero de 2008, se produjo el deceso del académico de número Dr. Fernando Martínez Paz, hecho lamentable del que se informó al cuerpo por diversas vías de comunicación, dado el receso de actividades de la Institución. Se dictó decreto de honras fúnebres y se cursó nota de pésame a los familiares. Por su parte se designó al académico de número Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira para que dirigiera unas palabras en el sepelio, en representación de la institución.

Con fecha 29 de septiembre, se produjo el deceso del académico de número Dr. Enrique Ferrer Vieyra. Se dictó decreto de honras fúnebres y

se cursó nota de pésame a los familiares, decidiendo la Mesa Directiva, realizar durante el ciclo 2009, un homenaje a su persona y trayectoria académica.

El día 22 de noviembre se produjo el deceso de la Sra. académica de número Dra. Hilda Eva Chamorro Greca de Prado. Se dictó decreto de honras fúnebres y se cursó nota de pésame a los familiares. La Mesa Directiva, ha dispuesto realizar durante el ciclo 2009, un homenaje a su persona y trayectoria académica.

Académicos correspondientes

El 5 de mayo de 2008, falleció el Sr. académico correspondiente en España, Dr. José Luis de los Mozos. Desde la presidencia se remitió una nota de condolencias a sus familiares.

El 9 de junio, falleció en Palma de Mallorca (España) el Dr. Miguel Coll Carreras, miembro correspondiente de esta corporación. El Dr. Coll Carreras se desempeñaba a su vez, como presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares.

Por último, con fecha 4 de diciembre, falleció el Sr. académico correspondiente en la ciudad de San Francisco (Córdoba), Dr. Florentino V. Izquierdo. Se dictó decreto de honras fúnebres y se cursó nota de pésame a los familiares.

XIX. Participación de la Academia en instituciones de Córdoba

Durante el transcurso del año 2008, la Academia siguió integrando el cuerpo del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. A comienzos de año, la Sra. académica de número Dra. Hilda E. Chamorro Greca de Prado, delegó sus funciones de representación en el Sr. académico de número y actual secretario de la Academia, Dr. Julio I. Altamira Gigena.

También la institución es representada por el académico secretario Dr. Julio I. Altamira Gigena, en el Consejo Asesor del Centro de Perfeccionamiento “Dr. Ricardo C. Núñez” dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

XX. Cierre de las actividades

A fin de dar por finalizadas las actividades de la institución, se realizó el 16 de diciembre el acto cierre de los trabajos de Academia del año 2008. En la misma el Sr. presidente de la institución realizó un breve resumen de las actividades ejecutadas y de las propuestas para ejecutar en el año 2009, entre ellas, la realización de los homenajes al centenario del nacimiento de los académicos de número Dres. Juan Carlos Acuña y Carlos Luque Colombes.

XXI. 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, 6 de febrero de 2009

Julio I. Altamira Gigena
Académico Secretario

Luis Moisset de Espanés
Académico Presidente

INDICE GENERAL

| | Pág. |
|--|------|
| Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (período 2007-2010) | 5 |
| <i>EXPOSICIONES DE ACADÉMICOS</i> | |
| La solidaridad en el derecho del trabajo y las relaciones con el derecho civil <i>por Raúl Altamira Gigena y Andrea Sofía Keselman</i> | 9 |
| Privatización de la función de policía <i>por Julio Isidro Altamira Gigena</i> | 35 |
| Procesos de integración latinoamericanos y su relación con otros procesos regionales <i>por Zlata Drnas de Clément</i> | 55 |
| Presidencialismo y federalismo en Argentina <i>por Antonio María Hernández</i> | 67 |
| La “naturaleza humana” y la filosofía política (De Hobbes a nuestros días). <i>por Olsen A. Ghirardi</i> | 107 |
| Intervención estatal en materia contractual <i>por Julio I. Altamira Gigena</i> | 147 |
| Empresa y patrimonio <i>por Efraín H. Richard</i> | 159 |
| Servicio público: “declinación o renovación” <i>por Domingo J. Sesin</i> | 165 |

| | |
|---|-----|
| La enseñanza del Derecho de la Navegación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i> | 193 |
| La Constitución de la Provincia de Córdoba. Una reforma necesaria <i>por Víctor Martínez</i> | 239 |
| Las responsabilidades morales y políticas en el siglo XXI <i>por Pedro J. Frías</i> | 251 |
| <i>RECEPCIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES</i> | |
| Recepción del académico correspondiente en Italia, | |
| Dr. Guido Alpa | |
| - Palabras de presentación a cargo del Sr. académico de número, Dr. Juan Manuel Aparicio | 271 |
| Un código europeo de los contratos: ¿qué salida? <i>por Guido Alpa</i> | 275 |
| Recepción de la académica correspondiente en Chaco, | |
| Dra. María Laura Estigarribia Bieber | |
| - Palabras de presentación a cargo del Sr. presidente de la Academia, Dr. Luis Moisset de Espanés | 293 |
| Ideas para la optimización del control de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores <i>por María Laura Estigarribia Bieber</i> | 295 |
| Recepción de la académica correspondiente en Corrientes, | |
| Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau | |
| - Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Julio Altamira Gigena | 331 |
| - Palabras iniciales de la Dra. Mirta G. Sotelo de Andreau | 332 |
| Entre el amanecer y el ocaso de paradigmas jurídicos: visiones, tensiones, tradición y cambio <i>por Mirta G. Sotelo de Andreau</i> | 335 |
| Recepción del académico correspondiente en Tucumán, | |
| Dr. Ignacio Colombres Garmendia | |
| - Palabras iniciales del Sr. Presidente Dr. Luis Moisset de Espanés | 345 |
| - Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero | 349 |

| | |
|--|-----|
| Contratación en moneda extranjera: pasado, presente y futuro <i>por Ignacio Colombres Garmendia</i> | 357 |
| Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Juan M. Farina | |
| - Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Efraín H. Richard | 381 |
| Comercialización mediante redes de distribución y concesión mercantil. Sorpresas en la sentencia de la C.S.J.N. en autos “Automotores Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.” y la jurisprudencia en general <i>por Juan M. Farina</i> | 385 |
| Recepción del académico correspondiente en Colombia, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra | |
| - Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Ernesto Rey Caro | 402 |
| Los derechos sociales como fundamentales <i>por Marco Gerardo Monroy Cabra</i> | 409 |
| Recepción de la académica correspondiente en Venezuela, Dra. Hildegard Rondón de Sansó | |
| - Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Julio Altamira Gigena | 435 |
| Plena soberanía petrolera. El régimen de hidrocarburos en Venezuela <i>por Hildegard Rondón de Sansó</i> | 437 |
| <i>HOMENAJES</i> | |
| Homenaje al Dr. Enrique Martínez Paz (h) | |
| - Palabras pronunciadas por el académico de número Dr. Ricardo Haro | 464 |
| - Palabras pronunciadas por el Dr. Gonzalo Fernández, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba | 469 |
| Homenaje al Dr. Ricardo Cayetano Núñez | |
| - Palabras pronunciadas por el académico de número Dr. Jorge de la Rúa en representación de la Academia de Derecho | 477 |
| - Palabras pronunciadas por el Dr. Carlos J. Lascano en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba | 484 |

PREMIOS

| | |
|---|-----|
| Distinción Maestro del Derecho 2008 | |
| Dictamen del Jurado | 501 |
| Resolución 12/2008 | 503 |
| Palabras iniciales del Sr. presidente de la Academia, Dr. Luis Moisset de Espanés | 504 |
| Palabras pronunciadas por el académico de número Dr. Jorge de la Rúa en representación de la Academia de Derecho | 504 |
| Palabras iniciales pronunciadas por el Dr. Carlos S. Fayt en ocasión de recibir la distinción | 509 |
| La garantía de la intangibilidad de las retribuciones de los jueces <i>por Carlos S. Fayt</i> | 517 |
| Premio Academia 2008 | |
| Dictamen del Jurado | 535 |
| Resolución 13/2008 | 537 |
| Palabras de presentación del premiado por parte del Sr. académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato | 538 |
| Palabras iniciales del Dr. Marcos M. Córdoba | 541 |
| Última y próxima evolución del derecho de familia <i>por Marcos M. Córdoba</i> | 543 |
| Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” | |
| Dictamen del Jurado | 561 |
| Resolución 33/2008 | 562 |
| Palabras de presentación del premiado por parte del Sr. académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato | 564 |
| Palabras del galardonado del Premio Tesis sobresalientes, Dr. Roberto M. Natale | 567 |
| Presentación de obra del presidente honorario Dr. Olsen Ghirardi <i>por Armando S. Andruet (h)</i> | 576 |
| <i>RECENSIONES</i> | |
| <i>Tutela jurídica del medio ambiente, de AA.VV.</i> <i>por Pedro J. Frías</i> | 587 |

| | |
|---|-----|
| <i>Derecho público provincial</i> , de Antonio María Hernández (coordinador), Pedro J Frías, Alberto R Zarza Mensaque, Guillermo E Barrera Buteler, Luis Cordeiro Pinto, Arturo H. Iturrez, Armando Mayor, Ricardo A. Vergara por Pedro J. Frías | 588 |
| <i>Estado de derecho y autonomía de la voluntad</i> , de Jorge EdmundoBarbará por Pedro J. Frías | 590 |
| <i>Control externo de sociedades comerciales</i> , de Ricardo Augusto Nissen por Efraín H. Richard | 591 |
| <i>Common law & civil law</i> , de Olsen A. Ghirardi por Carlos Enrique Pettoruti | 594 |
| <i>Manual de Derecho Comercial. Parte General</i> , de José Ignacio Romero por Efraín Hugo Richard | 597 |
| <i>Aspectos contables para abogados</i> , de Roberto Alfredo Muguillo por Efraín Hugo Richard | 599 |
| <i>MEMORIA</i> | |
| Memoria año académico 2008 | 607 |