

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XLVIII
AÑO ACADÉMICO 2009

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, 2011.

576 p. ; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-72-8

1. Derecho . 2. Anales. I.Título.

CDD 340

Fecha de catalogación: 16/12/2010

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

Revisor de cuentas: Dr. Héctor Belisario Villegas

Revisor de cuentas suplente: Dr. Horacio Roitman

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 LESIÓN Y PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO ¹

por LUIS MOISSET DE ESPANÉS ²

SUMARIO: I Introducción. Razones que justifican volver sobre el tema. 1. El cambio social y la búsqueda de soluciones. 2. El razonamiento tópico. II. Protección de los débiles. 1. Código de Hammurabi. 2. Roma. Fórmula objetiva. III. Evolución de la figura. 1. Éxito y decadencia. 2. Renacimiento: fórmulas subjetivo-objetivas. 3. Elementos de las nuevas fórmulas. IV. La presunción de aprovechamiento. a. La aparición en Argentina: Spota. b. El principal crítico: Brebbia. c. Defensa de la presunción. 1. Falta de antecedentes. 2. Vuelta a la lesión objetiva. V. La presunción en el derecho comparado. a. Un código anterior a la ley 17.711: Sonora. b. Otros códigos mexicanos. c. Códigos que se inspiraron en la solución argentina. VI. Doctrina y jurisprudencia nacionales. a. Creencia de que hay un solo elemento subjetivo. b. Presunción de los dos elementos subjetivos. c. Últimas tendencias. VII. Valoración final.

I. Introducción. Razones que justifican volver sobre el tema

1. El cambio social y la búsqueda de soluciones

La presunción de aprovechamiento que establece el tercer párrafo del nuevo art. 954, ha sido uno de los temas que ha motivado más discusiones en la doctrina y jurisprudencia nacionales ³.

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada el 31 de marzo de 2009.

² Académico de número y presidente de la corporación.

³ “Art. 954 (ley 17.711). ... Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...”.

Volvemos sobre este problema, del que nos hemos ocupado en otras oportunidades ⁴, por un par de razones: primero una reflexión sobre un hecho que se da no sólo en el terreno de lo social, en el ámbito de lo jurídico, sino que es común a todas las ciencias.

La historia nos muestra que en determinados momentos de la evolución de una ciencia confluyen, a veces sin conocerse, los esfuerzos de distintos investigadores o descubridores; o, dicho con otras palabras, los esfuerzos de distintas personas que no tienen contacto entre sí, convergen simultáneamente en la búsqueda, y se alcanzan soluciones similares.

Pareciera existir en el mundo un ambiente propicio para que en determinados terrenos se marche por caminos que a veces son convergentes y otras, si no convergentes al menos paralelos y conducen a conclusiones similares sin haber conocido quién está realizando investigaciones en un lugar, las investigaciones que otros efectúan en lugar distante.

Piensen lo sucedido en el terreno de la astronomía con la búsqueda y el descubrimiento de un planeta que se encontrase más allá de Neptuno (transneptuniano), en la que estuvieron empeñados Percival Lowell y William Pickering en las primeras décadas del siglo XX, quienes basándo-

⁴ Ya en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (*Actas...*, Córdoba, 1969, pág. 684), en ponencia presentada con el Dr. Horacio Cáceres aconsejábamos mantener esa previsión.

Posteriormente, en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), presentamos una ponencia que en ese punto sirvió de base al despacho informado por Jorge Mosset Iturraspe (ver en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba nuestro Trabajo “El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil”), y cuando el profesor Brebbia criticó la presunción de aprovechamiento diciendo que no tenía antecedentes en el derecho comparado, en mi participación recordé un texto de Ulpiano, en D. 41.1.36, del cual los glosadores extrajeron la teoría del “*dolus re ipsa*”.

Las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho civil, en marzo de 1976, se ocuparon del tema en una comisión que presidí y se votó una recomendación que expresaba: “La presunción de explotación constituye una mera inversión de la prueba y se limita a ese elemento subjetivo, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza, inexperiencia).

Luego tratamos con detenimiento el problema de la presunción de aprovechamiento en nuestra obra sobre “La lesión y el nuevo art. 954 del Código Civil” (Imp. Univ. Nacional de Córdoba, distribuye ed. Zavalía, Córdoba, 1976, pág. 99 y ss.)

se en ciertos trastornos en la órbita de Neptuno predijeron la existencia del planeta X, que finalmente fue descubierto en 1930 por Clyde Tombaugh y clasificado como el noveno planeta de nuestro sistema solar, y denominado Plutón, aunque hoy se afirma que no es un verdadero planeta y por sus escasas dimensiones se lo denomina “planeta enano”.

Los ejemplos de estas búsquedas concurrentes se multiplican en todas las ciencias; en la labor de los investigadores encontramos un campo de convergencia o paralelismo en los esfuerzos que realizan, cada uno por su lado.

No es extraño que en las ciencias jurídicas sucedan fenómenos similares que nos obligan a reflexionar y preguntarnos: ¿por qué advertimos que en ciertos momentos de la vida social en distintos países se realizan simultáneamente esfuerzos que hacen nacer instituciones o revitalizan otras que parecían adormecidas?

En materia de propiedad, por ejemplo, hemos visto cómo en la segunda mitad del siglo XX, casi todos los países del mundo occidental han reformado sus leyes de propiedad horizontal.

La propiedad horizontal ha existido en el derecho romano, y en muchos países del mundo occidental continuaba regulada por normas vetustas y en otros, como Argentina, el codificador había considerado conveniente no legislarla ⁵. Pero a mitad del pasado siglo XX vemos que por doquier se renuevan en todo el mundo las legislaciones de propiedad horizontal y en aquellos países que no la tenían prevista en su plexo normativo, se sancionan leyes destinadas a regularla.

¿A qué se debe esta coincidencia? Al fenómeno del crecimiento urbano: las “ciudades en marcha”, según una muy expresiva frase de Arnold Toynbee ⁶. Este cambio social genera nuevas necesidades y formas de vida, que se manifiestan de manera similar en distintas partes del mundo y ese nuevo ambiente hace que en cada país los juristas busquen caminos

⁵ El art. 2618 del Código disponía: “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contratos, ni por actos de última voluntad”.

Luego, en la nota de ese artículo, Vélez explicaba que la división en propiedad horizontal estaba permitida en otros códigos, pero consideraba que esa división crea necesariamente problemas entre los distintos propietarios.

⁶ Hay edición en castellano publicada por Emecé, Buenos Aires, 1971.

para dar solución al problema y paralelamente, en la misma época todos los países remozan las leyes de propiedad horizontal, o vuelven a legislar sobre el antiguo derecho de “superficie”.

2. *El razonamiento tópico*

En materia de lesión también ha ocurrido algo semejante; los estudios que realizamos nos muestran que es un tema sumamente conflictivo pues enfrenta al pensamiento de tipo individualista liberal, con las concepciones de tipo solidarista; en distintos períodos históricos ha dominado en el medio social una u otra forma de pensamiento y eso ha llevado a que en algunas épocas florezca la institución y en otras llegue casi a desaparecer.

Nuestras investigaciones nos muestran que en materia jurídica se advierten movimientos pendulares; los pensamientos filosóficos contrapuestos que inspiran a la normativa jurídica, llevan a veces el péndulo hacia un extremo y luego, como reacción, se desplaza hacia el otro extremo.

Lo importante para el hombre de derecho es la búsqueda del justo equilibrio y si no logramos el justo equilibrio -casi imposible de obtener- se provocan reacciones de signo contrario.

Quizás la comprensión de estas transformaciones que suceden en las ideas jurídicas nos surgió hace ya muchos años, más precisamente el año 1972, cuando concurrimos al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, que se realizó en la ciudad de Buenos Aires.

El discurso de clausura estuvo a cargo de un gallego ⁷, nacido en Pontevedra, Pío Cabanillas Gallas, un personaje sumamente interesante que tenía al mismo tiempo una notable formación jurídica y una destacada actuación política.

Ya en sus épocas de estudiante en la Universidad de Granada se había destacado obteniendo la licenciatura en Derecho con premio extraordinario y luego se doctoró en la Universidad de Madrid, también con premio extraordinario. Logró las plazas de notario y registrador en riguro-

⁷ ¡Cuidado! No lo estoy diciendo peyorativamente, se trataba de un español oriundo de Galicia.

sas oposiciones y llegó a decano del Colegio de Registradores. En política comenzó joven como procurador en Cortes; después Fraga Iribarne lo llevó como subsecretario de Información y Turismo y pasó luego, todavía en vida de Francisco Franco a ocupar el Ministerio de ese ramo, pero Franco lo hizo cesar por considerar que las posiciones aperturistas de Pío Cabanillas eran demasiado progresistas ⁸.

El Caudillo lo borra de su ministerio pero después, cuando Franco muere, vuelve a ser ministro de Información y de Justicia en los gobiernos posteriores que conducen a la renovación política en España ⁹.

Además del ejercicio profesional y su dedicación a la política, fue autor de varios libros -conozco no menos de cuatro- que han tenido reconocida trascendencia ¹⁰.

Cuando escuché su discurso de clausura quedé cautivado por el pensamiento que expuso, explicando la superación que existía en el enfrentamiento de pensamientos de la jurisprudencia de intereses, frente a la jurisprudencia de conceptos.

Señaló que ese enfrentamiento entre una y otra corriente encontraba una vía de superación dada por un camino muy antiguo, que había renacido con la nueva retórica.

El operador del derecho no se aproxima a la solución por la vía de la lógica matemática, sino por la vía de la retórica, es decir por una forma de interpretación de los hechos que procede por aproximaciones sucesivas que, a veces desde un costado, a veces desde el otro, nos van llevando a tratar de encontrar en cada momento la solución que debería ser más aproximada a la justicia del caso concreto.

Esa exposición me cautivó y cuando terminó me acerqué a preguntarle de dónde tomaba estas ideas; me señaló que existía un libro de un ius filósofo alemán, Theodor Viehweg, traducido al castellano por Luis Díez Picazo en fecha que era bastante reciente, 1963, y había sido publicado

⁸ Pretendió ampliar la libertad de prensa y esa fue la razón por la cual el propio Franco lo destituyó.

⁹ Fue ministro de Cultura (1977-1979), ministro adjunto al presidente (1980-1981), ministro de la Presidencia (1981) y ministro de Justicia (1981-1982).

¹⁰ Podemos citar “La venta a plazos”, “El nuevo derecho inmobiliario”, “El derecho publicitario” y “El estatuto de la publicidad”.

por Taurus, obra que se titulaba *Tópica y Jurisprudencia*¹¹, donde se destacaba que el razonamiento tópico era propio de la “retórica”, que es una forma de razonar o interpretar propia del jurista, que nos viene de Aristóteles¹².

La retórica, como forma de interpretación de la realidad social permite acercarse a las soluciones más justas en un campo donde la lógica matemática no nos conduce a resultados...

Esta forma de pensamiento me hacía reflexionar mucho porque en los primeros momentos de mi estudio del derecho, había preparado Economía Política por Charles Gide, que era un positivista extremo que pensaba que las leyes económicas podían ser casi tan exactas como las leyes matemáticas si el investigador contase con todos los datos, es decir todas las causas, y con ello podría deducir los efectos que forzosamente se producirían.

En ese momento los científicos creían que la diferencia entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales residía en que en las primeras se podía contar con todos los datos sobre las causas y se llegaba a establecer leyes absolutas, mientras que las leyes en las ciencias sociales sólo establecían un “deber ser”.

En realidad, vemos que ni siquiera en las ciencias de la naturaleza se puede lograr ese resultado y con frecuencia aparecen “anomalías” que parecen quebrantar el carácter absoluto de sus leyes, y hoy vemos que los “científicos de la naturaleza” en muchas oportunidades recurren a juristas, sociólogos o moralistas para que los iluminen en determinados campos en los cuales no pueden controlar los resultados.

Yo desde la preparación del examen de mi primera asignatura me había formado creyendo que había materias en las cuales se podían conocer todas las causas de un fenómeno y establecer leyes rigurosamente exactas, y procuraba infructuosamente aplicar estos métodos en el campo del derecho. Pues bien, ahora encontraba que la búsqueda de solucio-

¹¹ Ver Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia* (traducción de Luis Diez Picazo y prólogo de Eduardo García de Enterría), Madrid, Taurus, 1963.

¹² Viehweg nos dice: “*La tónica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desmenuada por la retórica... que se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo matemático*” (ver obra citada en nota anterior, pág. 22

nes en el campo de las ciencias sociales se podía hacer por otra vía de razonamiento.

II. Protección de los débiles

Ustedes quizás me pregunten: ¿qué tiene que ver todo esto con la presunción de aprovechamiento?

Creo que se vincula con una pequeña historia que nos relata cómo apareció la lesión. Desde muy antiguo hubo formas de combatir el aprovechamiento; por ejemplo, la condena de la usura, aparece en leyes muy anteriores a la Era Cristiana.

1. Código de Hammurabi

El Código de Hammurabi, enuncia ya en su prólogo algo que es un anticipo de la idea central que va a inspirar siempre la figura de la lesión: la protección de quien está en situación de inferioridad, en especial del débil y de la viuda ¹³.

En el cuerpo del Código se refiere la fijación del valor de los servicios, con el intento de evitar que quienes tenían un oficio o profesión calificada aprovecharan esa posición de privilegio para obtener beneficios desmesurados de aquellos que necesitaban sus servicios ¹⁴; y trata también de los intereses que deben pagarse en los préstamos ¹⁵; problemas que fueron motivo de preocupación del rey legislador ¹⁶.

¹³ “... en mi prudencia restringí, para que los fuertes no oprimieran a los débiles, y para que se hiciese justicia al huérfano y a la viuda”, en R.F. HARPER, *El Código de Hammurabi*, citado por Will Durant.

¹⁴ Ver por ejemplo la ley 215, que fija en diez siclos de plata los honorarios del médico que operó con bisturí, u operó una catarata y curó al paciente.

¹⁵ Ver leyes 89 y siguientes del Código de Hammurabi.

¹⁶ Recordemos que el texto del Código de Hammurabi se encontró en Susa a principios del siglo XX, por una expedición dirigida por Jacques de Morgan. Se encontra-

2. Roma

También en Roma, y ya desde la Ley de las XII Tablas encontramos la limitación legal de la tasa de interés, con el propósito de combatir la usura que es una de las formas calificadas de lesión. Esta regulación legal del interés estaba destinada a no desaparecer de la legislación romana, y se prolongó hasta la época de Justiniano, llegando en algún momento hasta prohibirse totalmente la percepción de intereses ¹⁷.

Recordemos también que a comienzos del Imperio se crea la “prefectura de la anona”, y estos magistrados debían inspeccionar los mercados de la época, tanto en lo referido a la calidad de las mercaderías, como también a las pesas y medidas y al precio, para evitar que quienes suministraban los productos indispensables para la vida, se aprovecharan de los adquirentes ¹⁸.

Esta regulación aparece en Roma antes de que se llegue a la famosa ley segunda que recepta en el *Corpus Iuris* un rescripto de Diocleciano y Maximiano que data del año 285, considerado el primer antecedente concreto de la lesión, medida que se limita al caso de compraventas inmobiliarias, permitiendo la rescisión cuando se ha excedido la mitad del “justo precio” ¹⁹.

ba grabado en un cilindro de diorita que había sido llevado desde Babilonia a Elam como trofeo de guerra; actualmente se exhibe en el Museo del Louvre. Su texto fue descifrado y traducido al francés por el padre Jean-Vincent Scheil.

¹⁷ Ver la Ley Genucia, del año 414 A. de C., citada por TROLLEY (*Etude sur la lésion en droit romain et en droit français*, París, 1872).

¹⁸ Hoy hablaríamos de defensa de los “consumidores”.

¹⁹ Código 4.44.2: “Si tú o tu padre hubiereis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiere, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero”.

III. Evolución de la figura

1. *Éxito y decadencia*

En esa primera fórmula represiva de la lesión se tomó en cuenta sólo un elemento objetivo: la diferencia de valores y en un primer momento logró gran aceptación, al punto que los glosadores se esforzaron por ampliar su campo de aplicación desde la compraventa inmobiliaria a casi todos los contratos²⁰. Después de alcanzar su máximo desarrollo y florecimiento en el siglo XIV, la teoría de la lesión sufrirá una declinación, posiblemente porque se ha acentuado demasiado el elemento objetivo de la figura, descuidando su fundamento real, que reside en el aprovechamiento de las necesidades del prójimo.

En este flujo y reflujo de la historia, el exceso lleva como contrapartida a la reacción, que comienza con Thomasius, en un trabajo titulado: *De aequitate cerebrina lege secunda*²¹, que critica la lesión objetiva afirmando que es imposible dar a las cosas un justo precio distinto del que surja de la propia convención de las partes.

Las nuevas realidades económicas y sociales del mundo de esa época, luego de un auge de la lesión, traen como contrapartida, en ese el movimiento pendular a que hacíamos referencia, que a fines del siglo XVIII, y sobre todo en el siglo XIX, después de la sanción del Código Civil francés, se suprime la lesión de varios códigos civiles -entre otros el nuestro²²- y en el campo del derecho penal se suprime la represión de la usura, marcando así un desplazamiento extremo la reacción.

²⁰ Ver nuestro "La lesión en los actos jurídicos", N° 52 y ss., pág. 45 y ss.

²¹ Es decir, de la pretendida equidad de la ley que consagra la rescisión por lesión.

²² Lo mismo sucede en el Código de Portugal de 1867, y en los de Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Brasil de 1917.

2. *Renacimiento: fórmulas subjetivo-objetivas*

Hemos señalado en nuestra tesis doctoral que la necesidad de combatir el aprovechamiento reaparece en códigos penales²³, con fórmulas que agregan al elemento objetivo otros de carácter subjetivo, y allí, a fines del siglo XIX, pasará al Código Civil alemán lo que significa la reaparición de la figura de la lesión, pero con una nueva fisonomía.

3. *Elementos de las nuevas fórmulas*

Las nuevas fórmulas conjugan tres elementos; uno de carácter objetivo, la desproporción en las prestaciones, pero que ya no se mide con topes matemáticos, sino que se deja a la prudente apreciación del magistrado, y dos de carácter subjetivo, a saber: a) la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo, que se procura determinar con precisión estableciendo los “tipos” de inferioridad que son susceptibles de protección, y b) el “aprovechamiento” que conscientemente efectúa la otra parte de esa situación de inferioridad.

No nos detendremos aquí a analizar pormenorizadamente las distintas situaciones de inferioridad contempladas en cada Código, pero deseamos destacar que hay coincidencia generalizada -al momento de aprobación de cada cuerpo legal- que se trata de tipos cerrados, que son los únicos que justifican aplicar el remedio de la lesión.

Estas fórmulas se difunden con éxito en numerosos países, pero creemos conveniente señalar que algo más de medio siglo después de la sanción del B.G.B., cuando trabajábamos en nuestra tesis doctoral en la década del 60, advertimos que en Alemania, primer país cuyo derecho civil recibió la nueva fórmula que unía elementos subjetivos y objetivos, la figura casi no se aplicaba²⁴.

²³ Ver nuestro “La lesión en los actos jurídicos”, N° 131, pág. 84.

²⁴ Ver “La lesión en los actos jurídicos”, N° 153, pág. 98: “Con sentido crítico se ha expresado que en la práctica se ha utilizado poco la norma represiva de la lesión...”.

La nueva fórmula represiva de la lesión al incluir los elementos subjetivos da una solución de aparente mayor justicia, pero en la práctica su funcionamiento era escaso y no se conocía bien cuáles eran las causas.

Nosotros conjeturamos que una de ellas podía ser la acción del derecho alemán que era la nulidad, sin contemplar la posibilidad de que se corrigiese la desproporción. Otros autores señalaban que también era un problema muy serio que se pusiese a cargo de la víctima la prueba del “aprovechamiento”, que hacía indispensable indagar en la intimidad del sujeto y se convertía en una prueba diabólica.

Esa exigencia, que en el derecho penal se encontraba justificada, ya que no se concibe aplicar una pena si no se prueba la conducta dolosa propia del aprovechamiento, no tenía el mismo rigor en el campo del derecho civil donde sólo se trata de corregir el aspecto económico de la desproporción en las prestaciones.

IV. La presunción de aprovechamiento

a. La aparición en Argentina: Spota

Hay cuatro trabajos de Alberto Gaspar Spota, fundamentales para comprender la evolución del problema en Argentina, que aparecieron en la década del 40 en las revistas *La Ley* y *Jurisprudencia Argentina* ²⁵, trabajos que van a influir en la jurisprudencia y en la doctrina.

Debemos también recordar que en octubre de 1961 se reunió en Córdoba el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil que incluyó en su temario el problema de la lesión, y votó una Recomendación aconsejando incorporar al Código la figura de la lesión ²⁶ con una fórmula que aunase

²⁵ “La lesión subjetiva”, L.L. 68-421; “El objeto-fin social del acto jurídico”, J.A., 1943-IV-248, “El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales”, J.A., 1944-III-134, y “Lesión subjetiva. Una doctrina argentina”, L.L. 122-201

²⁶ Ver las Actas del Tercer Congreso, Recomendación N° 14, t. II, pág. 770 y también en la página de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar, en la Sección Biblioteca virtual.

los elementos subjetivos del aprovechamiento y la inferioridad, con el objetivo de la desproporción. Pero ni en esa fórmula, ni en la que propusimos en nuestra tesis doctoral, se contemplaba la “presunción de aprovechamiento”, que recién aparece en la nueva redacción que da la ley 17.711 al artículo 954, fruto -sin duda- de la participación que tuvo Spota en la comisión que elaboró el proyecto de reformas al Código que culminó con la mencionada ley.

En las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, el propio Spota manifestó que él era “el padre de la criatura”²⁷ y agregó que para proponerla tuvo en cuenta lo que sucedía en la jurisprudencia alemana²⁸.

b. El principal crítico: Brebbia

Desde el momento en que se incluye en la ley la presunción de aprovechamiento aparecen en la doctrina las primeras críticas, afirmando: “Se ha vuelto a la lesión objetiva”; “la solución que da la nueva norma es exactamente la misma del derecho romano porque con esta presunción se ha destruido la existencia de los elementos subjetivos”.

El principal crítico fue Roberto Brebbia quien tanto en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969), como en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), sostuvo con firmeza la necesidad de suprimir ese párrafo, fundándose principalmente en dos razones, a saber: a) la inexistencia de antecedentes en la legisla-

²⁷Refiriéndose a la presunción de aprovechamiento dijo Spota en esas Jornadas: “*Es una norma argentina, es una norma nuestra.*”

Yo tuve ocasión de proponerla; quizás sea yo “el padre de la criatura” y por eso la defiendo”.

²⁸“La he propuesto con la inteligencia de lo que sucede en la jurisprudencia alemana. Leyendo a Rieg, él nos dice que el artículo 138 del Código Civil alemán no es aplicado en su segunda parte por los tribunales alemanes, por la enorme dificultad que existe en demostrar la explotación de un contratante por el otro” (ver exposición de Spota en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

ción comparada ²⁹, y b) el retorno a una fórmula que terminaba tomando en cuenta solamente el elemento objetivo de la desproporción.

De su participación en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil nos queda como antecedente solamente el apartado III de su ponencia, que merece ser leído atentamente ³⁰, y de las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho civil contamos con la versión de su participación en el debate que hemos reproducido totalmente en otro de nuestros trabajos ³¹.

Por una razón de probidad es necesario dejar constancia que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil se formuló un despacho sobre el tema de la lesión, que por un error de la Comisión Organizadora no se incluyó en las Actas del Congreso y que nosotros hemos rescatado y colocado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, y en ese despacho, como primer punto, se aceptaba la recomendación de Brebbia de suprimir del texto legal la presunción de aprovechamiento ³².

²⁹ Ver la exposición que efectuó Brebbia en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Dijo allí: “... *sostengo que no hay base lógica para establecer la presunción de la explotación sobre la sola circunstancia de la mayor o menor magnitud del perjuicio sufrido por el lesionado*”.

Agregó también: “*Esta inversión del cargo de la prueba -porque toda presunción no consiste más que en eso- no tiene precedentes en el derecho comparado, y eso ya nos debe hacer reflexionar*”.

³⁰ “Soy partidario de la supresión del tercer párrafo del art. 954” (ver *Actas del Cuarto Congreso...*, t. II, pág. 685).

³¹ Ver nuestro “El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Zeus, t. 77, D-111 y siguientes, y también en la página www.acaderc.org.ar

³² Ver en www.acaderc.org.ar en la sección Biblioteca virtual el tomo II del Cuarto Congreso en el cual se ha incluido como Apéndice, en las últimas páginas de la publicación de la red, el despacho omitido en las Actas impresas, y la nota que en su momento dirigimos al director del Instituto de Derecho Civil para que se agregase como una “Fe de erratas”.

El texto de ese despacho puede consultarse también en nuestra obra *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 235.

c. Defensa de la presunción

Como una primera observación de carácter general deseamos recordar que la Recomendación aprobada en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, como también la que se formuló en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas, aconsejaban el mantenimiento de la presunción de aprovechamiento ³³.

1. Falta de antecedentes

En lo que se vincula con la “falta de antecedentes” no debe olvidarse que históricamente los glosadores hablaban del “*dolus re ipsa*”, como lo pusimos de relieve en nuestra tesis doctoral ³⁴ y lo recordamos también en las Quintas Jornadas de Nacionales de Derecho Civil ³⁵ y en lo que se refiere a los antecedentes de derecho comparado los trataremos en el apartado V, al ocuparnos de los códigos mexicanos.

2. Vuelta a la lesión objetiva

Ya hemos dicho que en la Comisión del Cuarto Congreso que estudió el tema de la lesión prevaleció la opinión de Brebbia, que aconsejaba suprimir la presunción de aprovechamiento ³⁶. Hubo sin embargo un des-

³³ Ambos textos pueden consultarse en sendos apéndices en *La lesión y el nuevo artículo 954*, págs. 237 y 243.

³⁴ Ver *La lesión en los actos jurídicos*, N^{os} 50 y 51, págs. 43 y 44.

³⁵ “... deseo recordar que un antecedente legislativo de la presunción de explotación data de un texto de *Ulpiano*, incluido en el *Digesto* 41.1.36, del cual los glosadores extrajeron la teoría del ‘*dolus re ipsa*’, es decir los casos en que la iniquidad surge del acto mismo, por la naturaleza verdaderamente dañosa del acto. Allí, en ese viejísimo texto, encontramos el primer antecedente de la presunción de explotación que ha consagrado nuestro Código” (ver *Régimen de la lesión en las Quintas Jornadas...* citado).

³⁶ Acompañaron a Brebbia firmando el despacho mayoritario, Vicente Ortis, Pedro José Lella, Francisco A. de la Vega y el profesor chileno Avelino León Hurtado.

pacho en minoría, firmado por Jorge Mosset Iturraspe y el autor de estas líneas, en el que se expresaba textualmente: “*La presunción de aprovechamiento consagrada en el párrafo tercero del artículo 954 no da a la fórmula los caracteres de la ‘lessio enormis’ (lesión objetiva), sino que configura simplemente una inversión de la prueba y debe ser mantenida*”.

Como el análisis de la lesión no alcanzó a ser considerado en plenario, se incluyó nuevamente el tema en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se realizaron dos años después, a las que remitimos una ponencia en cuyo apartado II insistíamos en que la presunción de explotación tenía carácter *iuris tantum* y se refería únicamente a la actitud subjetiva del beneficiario del acto lesivo³⁷, y en los fundamentos de esa ponencia criticábamos la posición de parte de la doctrina y de la jurisprudencia que sostenían que la presunción alcanzaba a los dos elementos subjetivos, es decir no solamente a la explotación, sino también al estado de inferioridad de la víctima, sosteniendo que esa interpretación era incorrecta e inconveniente³⁸, en especial porque englobar ambos elementos subjetivos, no solamente es contrario al texto expreso de la ley, sino que desnaturaliza la figura borrando casi totalmente las características que la diferencian de la vieja y desacreditada “lesión objetiva”, con lo que se daría razón a los temores de Brebbia de que se retornaba a esa fórmula, desprestigiada por la experiencia.

El despacho que se formuló en las Quintas Jornadas, informado por Jorge Mosset Iturraspe, fue terminante en este aspecto y se concretó en una Recomendación que expresaba firmemente la convicción de que “la presunción de explotación se interpreta como mera inversión de la carga de la prueba” y, de *lege ferenda* que esa presunción debía mantenerse³⁹.

Jorge Mosset Iturraspe en su informe defendió con brillantez estas proposiciones, manifestando: “... respecto de los alcances de la presunción consagrada por el artículo 954; en determinadas hipótesis

³⁷ Esta ponencia y sus fundamentos pueden consultarse en el Apéndice II, de *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 237.

³⁸ Pueden consultarse estos fundamentos en la pág. 238 de nuestra obra citada en nota anterior.

³⁹ Ver pág. 241 de *La lesión y el nuevo artículo 954*.

se presume que “existe tal explotación”, pero no la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo. Más aún, para que juegue la presunción es previo que la víctima demuestre haberse encontrado en situación de necesidad, inexperiencia o ligereza. Ello destaca la índole subjetivo-objetiva de la figura legal y pone coto a los posibles abusos de quienes conscientemente aceptan aparecer como víctimas de un negocio jurídico”.

Con posterioridad, en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (1975), se insistió sobre el tema, destacando en el primer punto que la lesión se integra con tres elementos, uno de los cuales es la explotación por parte del beneficiario y que: *“La presunción de explotación constituye una mera inversión de la prueba y se limita a ese elemento subjetivo, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza, inexperiencia)”.*

Creemos que los términos de los pronunciamientos que hemos reproducido justifican plenamente la adopción que nuestra ley hizo de una “presunción de aprovechamiento”, norma que ha permitido a la jurisprudencia nacional aplicar con mayor justicia el instituto de la lesión.

V. La presunción en el derecho comparado

a. Un código anterior a la ley 17.711: Sonora

A mediados del siglo XX, quienes nos preocupábamos por estudiar ciertos problemas en el derecho comparado tropezábamos con una dificultad cuando se trataba del derecho mexicano, pues aunque conociésemos que era un país federal, y que cada uno de los estados que lo componían tenían sus propios códigos civiles, resultaba imposible consultar ese material y solamente conseguíamos el Código del Distrito Federal. Por esa razón en nuestra tesis doctoral nos redujimos a la mención de ese Código federal ⁴⁰, que había entrado en vigencia en

⁴⁰ Ver *La lesión en los actos jurídicos*, N^{ros} 173 a 177, págs. 110 a 112.

1932, cuyo art. 17 adoptaba una fórmula que conjugaba los elementos objetivo y subjetivos ⁴¹.

Pero ahora hemos podido buscar las normas contenidas en los más de 30 códigos civiles de los distintos estados mexicanos, y allí nos hemos encontrado con una enorme sorpresa.

La presunción de aprovechamiento *no es doctrina argentina*; veinte años antes de que se consagrara en la ley 17.711, ya en el Código de Sonora se la había previsto en su art. 1953, que dispone: “*Justificada la desproporción entre las prestaciones y la miseria, ignorancia, inexperiencia o necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias*” ⁴².

Hemos traído este dato de derecho comparado porque es interesante observar cómo por caminos distintos se llega a resultados similares; el legislador de Sonora no podía saber lo que hacía el codificador argentino, y el codificador argentino desconocía totalmente que esa presunción estuviese consagrada en algún cuerpo legal.

Ya hemos recordado que Brebbia en sus trabajos, en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) y en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971) criticó la inclusión en el art. 954 de esta presunción, afirmando que no se encontraba en el derecho comparado y nosotros aceptamos que efectivamente no había antecedentes.

Recién ahora nos enteramos que el Código de Sonora, en 1949, contenía esa presunción, y lo había hecho de una forma más precisa que nuestro art. 954, ya que evitaba discusiones que se han planteado en la doctrina argentina, al establecer que la víctima del acto lesivo debía justificar tanto la desproporción entre las prestaciones, como su situación de inferioridad que podía provenir de la miseria, ignorancia, inexperiencia o

⁴¹ “Art. 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación”.

⁴² En la página de UNAM en que encontramos este Código, se dice que su publicación inicial es del 20 de agosto de 1949.

necesidad, y recién a partir de haberse probado esos dos elementos del acto, podía presumirse que la otra parte procedió de mala fe abusando de tales circunstancias.

Insistimos, la solución es similar, pero la redacción de la norma es mejor porque marca muy claramente que lo único que se presume es el aprovechamiento, la explotación.

Spota, que integraba la comisión que redactó los textos que se convirtieron en la ley 17.711, ignoraba lo que se había hecho en el Estado de Sonora, pero llegó a una conclusión que es paralela.

Esto prueba lo que decíamos al comenzar, en ciertos momentos de la historia y distintos lugares se marcha por caminos que son convergentes o paralelos.

b. Otros códigos mexicanos

Debemos agregar que en México encontramos otros dos estados que toman como modelo en este punto al Código de Sonora y también incluyen la presunción de aprovechamientos con fórmulas muy parecidas. Uno de ellos es Tlaxcala, que dedica a la lesión el art. 1314, que nos dice: “*Justificada la desproporción entre las prestaciones y la extrema miseria, o la suma ignorancia, o la notoria inexperiencia o la extrema necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias*”⁴³.

En este caso los posibles estados de inferioridad de la víctima se caracterizan de manera algo diferente, adoptando la enunciación que hace el art. 17 del Código del Distrito Federal, pero lo verdaderamente interesante es que consagra la presunción de manera similar al Código de Sonora.

Un tercer Estado cuyo Código civil consagra la presunción de aprovechamiento es Tamaulipas, que lo hace en el art. 1291: “*Art. 1291 (Código Civil de Tamaulipas). Justificada la desproporción entre las*

⁴³La publicación inicial de este Código es del 20 de octubre de 1976.

*prestaciones y la extrema miseria, o la suma ignorancia, o la notoria inexperiencia o la extrema necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias”*⁴⁴.

Como vemos, esta norma reproduce textualmente lo previsto en el Código de Tlaxcala.

c. Códigos que se inspiraron en la solución argentina

Resulta interesante señalar que en el movimiento de codificación de los últimos años en América, encontramos otros códigos que se han inspirado en la solución argentina, consagrando también “presunciones de aprovechamiento”.

En primer lugar mencionaremos el Código paraguayo de 1987, cuyo art. 671 tomó como fuente el modelo argentino, e incluye como última previsión al finalizar el primer párrafo la siguiente: “... *La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario*”.

Por su parte, el moderno Código de Quebec ha incluido la lesión, en su formulación subjetiva, en el art. 1406, consagrando también la presunción de aprovechamiento: “*La lesión resulta de la explotación de una de las partes por la otra, que provoca una desproporción importante entre las prestaciones de las partes; el hecho mismo de que haya una desproporción importante hace presumir la explotación*”⁴⁵.

Señalamos finalmente que el Código peruano de 1984, en su art. 1448, ha recogido también la presunción de aprovechamiento, pero solamente para la hipótesis de lo que ellos llaman “lesión agravada”, es decir cuando la desproporción es superior a las dos terceras partes del valor⁴⁶.

⁴⁴ La publicación inicial de este Código es del 10 de enero de 1987.

⁴⁵ La traducción del texto francés al castellano es nuestra.

⁴⁶ Hemos analizado estos problemas en un trabajo elaborado para un Código civil comentado, que titulamos “Lesión (art. 1448). Presunción de aprovechamiento”, que puede consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar

VI. Doctrina y jurisprudencia nacionales

a. Creencia de que hay un solo elemento subjetivo

En algunos sectores de la doctrina ha prevalecido la errónea creencia de que el único elemento subjetivo es el “aprovechamiento”. Encontramos ya esta afirmación en un trabajo de Julio Horacio Rodríguez, publicado en *Jurisprudencia Argentina* en 1969⁴⁷, postura que fue seguida por Andorno en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil⁴⁸.

Esta postura, que dividió a la doctrina y habla solamente de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, encuentra reflejo en numerosos fallos. Nos limitaremos a mencionar algunos de ellos. Por ejemplo, un tribunal rosarino ha dicho que “... el art. 954 exige *dos* requisitos o elementos, uno objetivo, ... y otro subjetivo”⁴⁹; y uno de Santa Fe afirma que: “... La lesión subjetiva tiene dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo”⁵⁰, a lo que podemos agregar un fallo de provincia de Entre Ríos, en el que se afirma: “El instituto de la lesión subjetiva introducida en el C.C. a partir de la reforma de la ley 17.711 requiere para su configuración la concurrencia de dos elementos: uno objetivo -la evidente o notoria desproporción entre las prestaciones de las partes- y otro subjetivo que corresponde a la situación de inferioridad de la parte perjudicada y que se

⁴⁷ Julio Horacio RODRÍGUEZ, “La lesión gravísima”, J.A., Doctrina 1969, pág. 95.

⁴⁸ Ver *Actas Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. II, págs. 679 y 680. Incluye esta afirmación en una extensa ponencia, en la que sostiene que “... *el que pretendiese la anulación del acto, solamente tendría que demostrar esa desproporción: presumiéndose ‘iuris tantum’ la existencia del elemento subjetivo de aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia del perjudicado...*”, fusionando el aprovechamiento con la situación de inferioridad” (puede consultarse este antecedente en la sección “Biblioteca virtual” de la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar).

⁴⁹ Cám. Civil y Com. Rosario, Sala 1ª, 28 de febrero de 1989, “Rico S. c/ D. N. Rodríguez de Coscelli”, Zeus t. 51, R-7 (11.730).

⁵⁰ Cám. Civil y Com. Santa Fe, Sala 1ª, 20 de septiembre de 1984, “Broggini de Casabianca, V.C. c/ Manso, J.R.”, Zeus, t. 55, J- (7986).

revela en su necesidad, inexperiencia o ligereza, y la explotación de ese estado por la parte beneficiada”⁵¹.

Sin embargo, encontramos también numerosos fallos que exponen correctamente la necesidad de la presencia de tres elementos, dos de ellos de carácter subjetivo netamente diferenciables. Así, otra de las salas de la Cámara Civil de Paraná ha sostenido en fecha más reciente “El artículo 954 exige para que se configure el vicio de lesión la presencia de tres elementos: desproporción de las prestaciones, inferioridad de la víctima y aprovechamiento del lesionante”⁵². Y en la Cámara Civil de la Capital Federal -luego de algunas vacilaciones- encontramos fallos en los que se expresa claramente la necesidad de que estén presentes tres elementos, uno de carácter objetivo, y los otros dos de carácter subjetivo⁵³. Y en 1982 en la revista jurídica *El Derecho* encontramos un comentario editorial de Marta del R. Mattera que expresa que al aceptar la Sala C la existencia de un doble elemento subjetivo en la lesión, tal

⁵¹ Cám. 2ª Civil y Comercial Paraná, Sala 1ª, 30 de marzo de 1990, “Pérez, Elena, Ignacio, Luis y otro c/ Banco de Entre Ríos”, *Zeus*, t. 59, R-12 (13646-7).

⁵² Cám. Civil y Comercial Paraná, Sala 2ª, 8 de marzo de 1996, “Flores, José E. c/ Banco de Entre Ríos Sucursal La Paz”, *Zeus*, t. 72, J-278 (10.988).

En primera instancia se consideró que no se había probado el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia, y la Cámara confirmó el fallo.

⁵³ Cám. Civil Capital, Sala D, 23 de abril de 1982, “Muñoz, Santos O. c/ Gutiérrez, Antonio J.”, E.D. 100-373 (36.026).

- La lesión subjetiva del art. 954 Código Civil no se conforma sólo con el elemento objetivo -desproporción de las prestaciones- sino que, además, requiere la existencia de dos elementos subjetivos: el del beneficiario -la explotación- y el de la víctima -la situación de inferioridad derivada de la necesidad, ligereza o inexperiencia-.

Cám. Civil Capital, Sala E, 8 de junio de 1982, “Galli Matienzo, Ricardo c/ Matienzo Jorge A.”, J.A. 1983-I-636.

- La figura de la lesión subjetiva, tal cual ha sido recibida a través de la reforma de la ley 17.711 en el art. 954 Código Civil, supone la concurrencia de tres requisitos, uno de carácter objetivo, consistente en la ventaja patrimonial desproporcionada. Los otros dos de carácter subjetivo: el primero, en quien provoca la lesión -la explotación de una situación de inferioridad de la contraparte-, y el segundo en quien padece esa situación -estado de necesidad, ligereza o inexperiencia-.

criterio resulta mayoritario en el fuero, atento a que ya había sido sustentado por las salas B, D y F ⁵⁴.

b. Presunción de los dos elementos subjetivos

Algunos autores sostienen que la presunción establecida en el art. 954, cuando existe una desproporción notoria entre las prestaciones, torna innecesario indagar la situación de inferioridad de la presunta víctima del acto lesivo. Se afirma -con alguna razón- que si hay aprovechamiento esto es consecuencia de la debilidad en que se encuentra la víctima, pero -con absoluta falta de lógica- se pasa de allí a presumir también el estado de inferioridad, es decir a crear una segunda presunción, que no ha sido consagrada en manera alguna por la ley. Se ha dicho entonces que *“la presunción comprende ambos elementos subjetivos pues no se explota en abstracto, sino ‘algo’, que es uno de los estados de inferioridad (tratándose, por ello de aspectos inescindibles): es poco razonable presumir una aptitud reprochable de una persona frente a la situación de inferioridad de la otra, sin que la presunción abarque esta última situación”* ⁵⁵.

Algo de razón asiste a quien efectúa esta afirmación: no puede haber explotación si no hay inferioridad... ¡pero esa situación de inferioridad deberá ser invocada y probada por la presunta víctima!

Proceder de otra manera justificaría los temores que expresaba Brebbia con relación a la “presunción de aprovechamiento” en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil ⁵⁶, donde obtuvo adhesión mayoritaria a un despacho en el que se aconsejaba la supresión del párrafo que

⁵⁴ Ver fallo de la Cám. Civil Capital, Sala C, 21 de diciembre de 1982, “Garbuglio, Luis M. c/ Barreira, Nanuel W.”, E.D. 104-581 (36.894), pág. 4.

⁵⁵ Ver José W. TOBIÁS, “La lesión objetiva subjetiva. Perfiles actuales y prospectiva”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009, t. II, pág. 1195 (el trabajo puede ser consultado en la sección “Biblioteca virtual de la página web de la Academia: acaderc.org.ar).

⁵⁶ Ver Roberto H. BREBBIA, ponencia, *Actas Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. II, pág. 685 y ss.

consagra la presunción de aprovechamiento, y en las Quintas Jornadas de Derecho Civil ⁵⁷, en las que expresó su convicción de que con ello ¡se retornaría lisa y llanamente a la “lesión objetiva” del Derecho Romano...!

Por nuestra parte, y acompañados en esto por Jorge Mosset Iturraspe, hemos sostenido en todo momento que la presunción de aprovechamiento es un verdadero acierto y debe ser mantenida, pero que se limita a invertir la prueba del elemento subjetivo, explotación, que afecta a quien se beneficia con el acto lesivo.

c. Ultimas tendencias

Tobías ha manifestado que *“la solución debe encontrarse en un nuevo análisis de los vicios de la voluntad tradicionales -en el caso, el de la lesión- que posibiliten un sensible ensanchamiento de su cometido y funciones”* ⁵⁸.

Esta peligrosa tendencia se ha reflejado en la recomendación votada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en 1999, al tratar el tema de “Los perfiles actuales de la lesión”. El entusiasmo “tuitivo” puede llevar a extremos nocivos y provocar una lamentable “reacción”.

VII. Valoración final

El legislador ha procurado buscar un punto de equilibrio, que sin caer en la exageración de que la mera desproporción objetiva entre las prestaciones provoca la invalidez del acto, recordando que deben darse situa-

⁵⁷La exposición de Brebbia en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil puede consultarse en nuestro trabajo: “El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho civil”, Zeus, t. 77, D-111 y en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

⁵⁸Trabajo citado en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil*, en especial t. II, pág. 1208.

ciones de carácter subjetivo, como la inferioridad y el aprovechamiento, pero sin establecer requisitos probatorios sobre la actitud del sujeto beneficiario que tornen casi imposible ejercitar una adecuada defensa de la víctima por la grave dificultad de indagar si tuvo o no “intención” de explotar la debilidad.

El camino seguido en México primeramente en el Código de Sonora, y en Argentina, por influencia de Spota en el nuevo art. 954, procura por una aproximación tópica, alcanzar la justicia de los casos concretos.

Permanecen latentes, sin embargo, en algunos sectores, como aquellos que pretenden borrar totalmente la lesión con fundamentos extraídos del análisis económico del derecho, o quienes desde otro ángulo quieren extenderla desmesuradamente, presumiendo todos los elementos subjetivos, las posibilidades de que nuevos movimientos pendulares nos lleven a soluciones que nos distancien considerablemente de lograr la justicia del caso.

CRISIS FINANCIERA Y RESPONSABILIDAD ¹

por EFRAÍN HUGO RICHARD ²

SUMARIO: I. Introducción. Apreciación. II. Ante la crisis, la declaración del G-20. 1. Un mensaje alentador. III. El discurso presidencial. IV. Nuestra visión. 1. Recuerdos. V. Responsabilidad. 1. Un fallo de la Corte. 2. Extensión de la responsabilidad a otro sujeto. 3. Derivaciones de responsabilidad. VI. El caso Bustos y la investigación requerida por Zaffaroni. VII. Meditando. VIII. Inocencia de los ahorristas que se fueron. IX. El cierre de la operatoria: la triangulación.

*“El célebre imperio de Ennestrom era como un organismo deforme que latía con vida propia y cambiaba constantemente de forma. Esta-
ba compuesto de opciones, obligaciones, acciones, participaciones
en sociedades, intereses por préstamos intereses por ingresos, depósi-
tos, cuentas, transferencias y miles de cosas más. Una parte extraordi-
nariamente grande del capital se había invertido en empresas buzón
donde unas eran dueñas de otras. Un punto y aparte lo constituía una
cuenta anónima abierta en las islas Caimán... Hay que distinguir en-
tre dos cosas: la economía sueca y el mercado de la bolsa sueca. La
economía sueca hoy se encuentra igual de fuerte. La bolsa es algo
completamente diferente. Ahí no hay economía que valga, ni produc-
ción de mercancías, ni de servicio. Simples fantasías; de una hora a
otra se decide si esta empresa o la de más allá vale no sé cuántos miles
de millones más o menos. No tiene absolutamente nada que ver con la
realidad ni con la economía sueca” ³.*

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada del 7 de abril de 2009.

² Académico de número y director del Instituto de la Empresa

³ Stieg LARSON, *Los hombres que no amaban a las mujeres*, 1ª ed., Suecia, 2005, págs. 628, 648.

I. Introducción. Apreciación

Las palabras con las que iniciamos estas meditaciones se corresponden a un *thriller* y las apuntamos con la intención de señalar que hasta un escritor anticipaba la crisis en sus elucubraciones literarias, a la vez que también informaba sobre negocios opinables realizados por Skanska en Suecia. Remarcamos que la primera edición sueca data del año 2005 y, sin duda, la larga trama se pergeñó por lo menos un año antes.

1. Cuando esbozamos el título de esta presentación, no sabíamos de las novedades que se producirían: un fallo de la Corte, el tenor del discurso presidencial en la apertura del Congreso y la declaración del G.20 en Londres el 2 de abril de 2009.

2. A nuestro entender la cuestión se enraíza con un cambio de paradigma en torno de la empresa.

No hay duda, y así lo enfatiza toda la doctrina, que múltiples intereses convergen en la ideación y desarrollo de las empresas. Pese a ello, mucho de esa doctrina varió en los últimos 20 años para aceptar como un motor de las sociedades, y un deber de los CEO o de sus administradores, la maximización de la ganancia, más que la realización de la empresa, que en las sociedades comerciales se presenta como el objeto social.

La actividad de “maquila”, que rápidamente abandona a un país y a los trabajadores, pagándoles o no los salarios, ante un cambio de las condiciones para la maximización de las ganancias, la doctrina concursalista en nuestro país, tanto autoral como jurisprudencial en cuanto acepta la homologación de acuerdos aunque la sociedad deudora haya cesado en su actividad y no tenga ningún plan para la reactivación es el ejemplo patente de ello.

La homologación de acuerdos que aceptan quitas y esperas de los acreedores más allá de lo que les quitan a los agricultores las políticas de retenciones, sin advertir -o sí- que toda quita y espera beneficia a los socios, y que se encuentra unida a la aceptación de cualquier política empresarial en la crisis, incluso el vaciamiento para comparar así la predatoria quita con la cuota de liquidación que se obtendría, o sea nada por la propia conducta en lo interno de la empresa ⁴.

⁴ Ntro. “Fachadas empresarias y preocupante mensaje jurisprudencial: ¿vale todo para homologar una propuesta?”, La Ley, en prensa a la fecha de la conferencia, publicada 15 de abril de 2009.

Los CEO -bajo ese criterio de maximización- se lanzaron a generar utilidades por cualquier medio -incluso a aparentarlas-, apartándose del objeto social, con inversiones financieras, grupos societarios y negocios cortoplacistas. Buscaban resultados para extremar los beneficios de sus “*stock options*”, sus contratos blindados y cerrados. Vimos el caso Emron y otros más a fines de la década del 90 y principios del nuevo siglo. Nuevas regulaciones y controles, pese a caer las auditorías más famosas. La ley Sarbanes-Oxley en EE.UU. y entre nosotros, el decreto ley delegado de transparencia.

La maniobra cortoplacista se traspasó de las empresas al mercado introduciendo títulos *basaru*.

Los mercados del mundo se encuentran en crisis al advertirse que los títulos que los inundaban no tenían los valores previstos por los actuales adquirentes, generando una crisis psicológica de pánico que se sumó para derrumbar los valores.

Algunos técnicos expresaron que se habían volatilizado billones de divisas fuertes. Discrepamos con esa apreciación. Si los títulos o sus derivados alcanzaron esos montos es porque alguien cobró ese valor, quizá varios en sucesivas alzas. La pérdida que alguien sufre hoy se corresponde con la ganancia que otros obtuvieron. Surge así la idea de responsabilidad, y la mirada debe dirigirse a quién, o quiénes, incorporaron ese título en el mercado, sea porque lo crearon o actuaron intermediando en su colocación.

Hay que volver a mirar la empresa. Lo productivo, sin olvidarse de lo financiero. Pero esto no puede ser un fin en sí mismo.

3. Creemos que hemos vivido una gran estafa de proporciones gigantescas. La marginación que hemos denunciado ⁵, de los excluidos por la sociedad y de los que se excluyen del sistema jurídico por el poder que ostentan, se extendió ahora a los grupos de poder y demostró al mundo del *establishment* que también podían ser marginados, y en la crisis advirtieron aquella otra marginación y los efectos devastadores que se podían producir.

⁵ Ntro. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Un verdadero complot de especialistas, una gran estafa que se venía desarrollando desde hace muchos años. Lo advirtió Zaffaroni en el caso Bustos, ordenando una investigación.

II. Ante la crisis, la declaración del G 20 ⁶

Entresacamos del texto de la declaración de la cumbre de los líderes del G-20 tras la reunión de Londres el 2 de abril de 2009:

⁶ Texto del documento de la cumbre de los líderes del G-20 tras la reunión de Londres: “Una crisis global exige una solución global”: 1. Nosotros, los líderes del Grupo de los Veinte, nos hemos reunido en Londres el 2 de abril de 2009. 2. Nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea; una crisis que se ha agravado desde que nos reunimos la última vez, que afecta a la vida de las mujeres, hombres y niños de todos los países y todos los países deben aunar esfuerzos para resolverla. Una crisis global exige una solución global. 3. Partimos de la creencia de que la prosperidad es indivisible; de que el crecimiento, para que sea constante, tiene que ser compartido; y de que nuestro plan global para la recuperación debe centrarse en las necesidades y los puestos de trabajo de las familias que trabajan con ahínco, no sólo en los países desarrollados, sino también en los mercados incipientes y en los países más pobres del mundo; y debe reflejar los intereses no sólo de la población actual, sino también de las generaciones futuras. Creemos que el único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente para todos es una economía mundial abierta basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes. 4. Por tanto, hoy nos hemos comprometido a hacer lo que sea necesario para: restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo; reparar el sistema financiero para restaurar el crédito; reforzar la regulación financiera para reconstruir la confianza; financiar y reformar nuestras instituciones financieras internacionales para superar esta crisis y evitar crisis futuras; fomentar el comercio y la inversión globales y rechazar el proteccionismo para apuntalar la prosperidad; y construir una recuperación inclusiva, ecológica y sostenible. Si actuamos conjuntamente para cumplir estas promesas, sacaremos a la economía mundial de la recesión y evitaremos que vuelva a producirse una crisis como ésta en el futuro. 5. Los acuerdos que hemos alcanzado hoy constituyen un programa adicional de 1,1 billones de dólares de apoyo para restaurar el crédito, el crecimiento y el empleo en la economía mundial. Las medidas son las siguientes: triplicar los recursos a disposición del F.M.I. hasta los 750.000 millones de dólares; apoyar una nueva partida de Derechos Especiales de Giro (D.E.G.) de 250.000 millones de dólares y al menos 100.000 millones de dólares en préstamos adicionales por parte de los bancos multilaterales de desarrollo (B.M.D.); garantizar 250.000 millones de dólares de apoyo para la financiación del comercio; y utilizar los recursos adicionales de las ventas de oro acordadas por el

F.M.I. para la financiación concesional de los países más pobres. Junto con las medidas que hemos tomado cada uno en el plano nacional, esto constituye un plan global para la recuperación a una escala sin precedentes. Restaurar el crecimiento y el empleo. 6. Vamos a emprender una ampliación fiscal concertada y sin precedentes, que salvará o creará millones de empleos que de otro modo se habrían destruido y que, para finales de año, representará 5 billones de dólares, elevará la producción en un 4% y acelerará la transición hacia una economía ecológica. Nos hemos comprometido a proporcionar la escala de apoyo fiscal sostenido necesaria para reactivar el crecimiento. 7. Nuestros bancos centrales también han tomado medidas excepcionales. Se han reducido los tipos de interés de forma radical en la mayoría de los países y nuestros bancos centrales han prometido mantener políticas de expansión durante el tiempo que sea necesario y utilizar toda la gama de instrumentos de política monetaria, incluidos los instrumentos poco convencionales, que estén en concordancia con la estabilidad de precios. 8. Nuestras medidas para restablecer el crecimiento no darán resultado hasta que no restauremos el préstamo interno y los flujos internacionales de capital. Hemos proporcionado un apoyo significativo y extenso a nuestros sistemas bancarios para dar liquidez, recapitalizar las instituciones financieras y abordar con decisión el problema de los activos afectados. Nos hemos comprometido a tomar todas las acciones necesarias para restablecer el flujo normal del crédito a través del sistema financiero y garantizar la solidez de las instituciones sistémicamente importantes, aplicando nuestras políticas en concordancia con el marco acordado por el G-20 para restablecer los préstamos y reparar el sector financiero. 9. En conjunto, estas acciones constituirán el mayor estímulo fiscal y monetario y el programa de apoyo más extenso para el sector financiero de los últimos tiempos. Actuar conjuntamente refuerza el impacto y las medidas políticas excepcionales anunciadas hasta la fecha deben llevarse a la práctica sin demora. Hoy hemos acordado 1 billón de dólares más de recursos adicionales para la economía mundial a través de nuestras instituciones financieras internacionales y la financiación del comercio. 10. El mes pasado, el F.M.I. calculó que se reanudaría el crecimiento mundial en términos reales y superaría el 2% para finales de 2010. Confiamos en que las acciones que hemos acordado hoy y nuestro compromiso inquebrantable de cooperar para restablecer el crecimiento y el empleo, al tiempo que preservamos la sostenibilidad fiscal a largo plazo, acelerará la vuelta a un crecimiento positivo. Hoy nos comprometemos a llevar a cabo cualquier acción que sea necesaria para asegurar este resultado e instamos al F.M.I. a evaluar periódicamente las acciones emprendidas y las acciones globales necesarias. 11. Estamos decididos a garantizar la sostenibilidad fiscal a largo plazo y la estabilidad de precios y pondremos en marcha estrategias de salida creíbles frente a las medidas que se han de tomar ahora para apuntalar el sector financiero y restablecer la demanda global. Estamos convencidos de que si aplicamos las políticas que hemos acordado, limitaremos los costes a largo plazo de nuestras economías y, por tanto, reduciremos la escala de la consolidación fiscal necesaria a largo plazo. 12. Llevaremos a cabo todas nuestras políticas económicas en colaboración y de manera responsable en lo que respecta a su impacto para otros países. Nos abstendremos de una devaluación competitiva de nuestras monedas y fomentaremos un sistema monetario internacional estable y en buen funcionamiento. Apo-

yaremos, ahora y en el futuro, la supervisión sincera, equilibrada e independiente por parte del F.M.I. de nuestras economías y nuestros sistemas financieros, de las repercusiones de nuestras políticas para los demás y de los riesgos a los que se enfrenta la economía global. Fortalecimiento de la supervisión y la regulación financieras. 13. Los grandes fallos en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis. La confianza no se recuperará hasta que no reconstruyamos la confianza en nuestro sistema financiero. Tomaremos medidas para crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente para el futuro sector financiero, que apoye un crecimiento mundial sostenible y cubra las necesidades de empresas y ciudadanos. 14. Cada uno de nosotros acuerda garantizar que establecerá unos sistemas reguladores fuertes. Pero también estamos de acuerdo en establecer una mayor coherencia y una cooperación sistemática entre países, y el marco de criterios elevados acordados internacionalmente que un sistema financiero mundial requiere. El fortalecimiento de la regulación y de la supervisión debe promover el decoro, la integridad y la transparencia; proteger frente al riesgo en todo el sistema financiero; amortiguar en lugar de amplificar el ciclo financiero y económico; reducir la dependencia de fuentes de financiación indebidamente arriesgadas; y desincentivar la excesiva asunción de riesgos. Los reguladores y los supervisores deben proteger a los consumidores y a los inversores, apoyar la disciplina de mercado, evitar impactos perjudiciales en otros países, reducir el alcance del arbitraje regulador, fomentar la competencia y el dinamismo, y mantenerse al día con las innovaciones del mercado. 15. Con este fin estamos aplicando el Plan de Acción acordado en nuestra última reunión, tal como se establece en el informe de evolución adjunto. Hoy también hemos emitido una Declaración, El fortalecimiento del sistema financiero. En concreto, acordamos: Establecer un nuevo Consejo de Estabilidad Financiera (FSB) con mayores competencias, como sucesor del Foro de Estabilidad Financiera (FSF), que incluya todos los países del G-20, los miembros del FSF, España, y la Comisión Europea; Que el FSB deberá colaborar con el F.M.I. para advertir de antemano los riesgos macroeconómicos y financieros y sobre las medidas necesarias para superarlos; Remodelar nuestros sistemas reguladores de modo que nuestras autoridades puedan detectar y tomar en cuenta los riesgos; Ampliar la regulación y la vigilancia a todas las instituciones, los instrumentos y los mercados financieros sistémicamente importantes. Esto incluirá, por primera vez, a fondos de cobertura sistémicamente importantes; Respaldar y aplicar los nuevos y estrictos principios del FSF sobre remuneración y compensación y apoyar los planes de compensación sostenibles y la responsabilidad social corporativa de todas las empresas; Tomar medidas, una vez asegurada la recuperación, para mejorar la calidad, la cantidad y la coherencia internacional del capital en el sistema bancario. En el futuro, la regulación debe impedir un endeudamiento excesivo y exigir la acumulación de reservas de recursos en momentos de prosperidad; Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales. Estamos dispuestos a desplegar sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. La era del secreto bancario se ha acabado. Señalamos que la OCDE ha publicado hoy una lista de países evaluados por el Foro Mundial de acuerdo con la norma internacional para el intercambio de información fiscal; Solicitar a los encar-

gados de establecer las normas contables que colaboren urgentemente con supervisores y reguladores para mejorar los criterios de valoración y provisión, y alcanzar un conjunto de normas contables mundiales de alta calidad; Ampliar la supervisión y el registro regulador a las Agencias de Calificación de Crédito para garantizar que cumplen el código internacional de buenas prácticas, en especial para impedir conflictos de interés inaceptables. 16. Ordenamos a nuestros ministros de Finanzas que completen la aplicación de estas decisiones de acuerdo con el calendario establecido en el Plan de Acción. Hemos pedido al FSB y al F.M.I. que hagan un seguimiento de la evolución, trabajando con el Grupo de Trabajo de Acción Financiera y otros organismos pertinentes, y que presenten un informe en la siguiente reunión de nuestros ministros de Finanzas que se celebrará en Escocia en noviembre. Fortalecimiento de nuestras instituciones financieras mundiales. 17. Los nuevos mercados y los países en vías de desarrollo, que han sido el motor del reciente crecimiento mundial, afrontan también ahora retos que se suman a la actual recesión de la economía mundial. Para la confianza mundial y la recuperación económica es imperativo que sigan recibiendo capital. Esto exigirá un reforzamiento considerable de las instituciones financieras internacionales, en especial el F.M.I.. Por lo tanto, hoy hemos acordado aportar 850.000 millones de dólares de recursos adicionales a las instituciones financieras mundiales para respaldar el crecimiento en los nuevos mercados y en los países en vías de desarrollo, mediante la financiación del gasto contracíclico, la recapitalización bancaria, infraestructuras, la financiación del comercio, el apoyo a la balanza de pagos, la refinanciación de deudas, y el apoyo social. Con este fin: Hemos aceptado aumentar los recursos de los que dispone el F.M.I. mediante la aportación inmediata por parte de los miembros de 250.000 millones, posteriormente incorporados a unos Nuevos Acuerdos de Préstamo ampliados y más flexibles, incrementados en unos 500.000 millones de dólares, y considerar la solicitud de préstamos en el mercado si fuese necesario; y Apoyamos un aumento considerable del préstamo, de al menos 100.000 millones, por parte de los Bancos de Desarrollo Multilaterales (BDM), incluso a países de rentas bajas, y garantizamos que todos los BDM tendrán el capital adecuado. 18. Es esencial que estos recursos puedan usarse de manera eficaz y flexible para fomentar el crecimiento. A este respecto acogemos favorablemente el progreso que ha hecho el F.M.I. con su nueva Línea de Crédito Flexible (LCF) y su marco de préstamo y condiciones reformado, que permitirá al Fondo garantizar que sus recursos abordan con eficacia las causas subyacentes de las necesidades financieras de la balanza de pagos de los países, en especial la retirada de los flujos de capital externo a la banca y a los sectores corporativos. Apoyamos la decisión de México de solicitar un acuerdo de LCF. 19. Hemos acordado apoyar una asignación general de Derechos Especiales de Giro que inyectará 250.000 millones de dólares a la economía mundial y aumentará la liquidez global, y la urgente ratificación de la Cuarta Enmienda. 20. Para que nuestras instituciones financieras contribuyan a paliar la crisis y a prevenir crisis futuras debemos fortalecer su trascendencia, su eficacia y su legitimidad a más largo plazo. Por ello, junto con el aumento significativo de los recursos acordado hoy, estamos decididos a reformar y modernizar las instituciones financieras internacionales para garantizar que puedan ayudar de forma eficaz a los miembros y a los accionistas en los nuevos desafíos a los que se enfrentan. Modificare-

mos sus competencias, su alcance y su gestión para que reflejen los cambios en la economía mundial y los nuevos desafíos de la globalización, y para que las economías emergentes y en vías de desarrollo, incluso las más desfavorecidas, tengan más voz y representación. Esto debe ir acompañado de medidas para incrementar la credibilidad y la responsabilidad de las instituciones a través de una mejor supervisión estratégica y toma de decisiones. Para ello: Nos comprometemos a aplicar el plan de la cuota del F.M.I. y a manifestar las reformas acordadas en abril de 2008 y a apelar al F.M.I. para que complete la siguiente revisión de cuotas en enero de 2011; Acordamos que, además de esto, debería tenerse más en cuenta una mayor participación por parte de los Gobernadores del Fondo a la hora de aportar una dirección estratégica al F.M.I. y aumentar su obligación de rendir cuentas; Nos comprometemos a implementar las reformas del Banco Mundial acordadas en octubre de 2008. Esperamos nuevas recomendaciones en las próximas reuniones sobre reformas en cuestiones de voz y representación con un calendario acelerado, para ser acordadas en las Reuniones de Primavera de 2010; Acordamos que los directores y las cúpulas directivas de las instituciones financieras internacionales deberán ser elegidos a través de un proceso de selección abierto, transparente y basado en los méritos; En la línea de las actuales revisiones del F.M.I. y del Banco Mundial hemos pedido al Presidente que, de forma conjunta con los Ministros de Finanzas del G- 20, mantenga consultas exhaustivas dentro de un proceso inclusivo y nos comunique en la próxima reunión las propuestas para otras posibles reformas para mejorar el grado de adecuación y adaptabilidad de los IFI. 21. Además de reformar nuestras instituciones financieras internacionales para adecuarlas a los nuevos desafíos de la globalización, acordamos la conveniencia de un nuevo consenso global sobre los valores esenciales y los principios que fomentarán una actividad económica sostenible. Apoyamos el debate sobre dicha carta para el desarrollo de una actividad económica sostenible con vistas a ampliar el tema en nuestra siguiente reunión. Tomamos nota del trabajo iniciado en otros foros en relación a ello y esperamos debatir más sobre esta carta para una actividad económica sostenible. Resistir al proteccionismo y promover el comercio y la inversión mundiales. 22. El crecimiento del comercio mundial ha sostenido una prosperidad cada vez mayor durante medio siglo. Pero ahora está cayendo por primera vez en 25 años. El descenso de la demanda se ve agravado por el aumento de las presiones proteccionistas y por el retroceso del crédito al comercio. Reafirmar el comercio y la inversión mundiales es esencial para restaurar el crecimiento global. No repetiremos los errores históricos del proteccionismo de eras anteriores. Para ello: Reafirmamos el compromiso asumido en Washington: abstenernos de levantar nuevas barreras a la inversión o al comercio de bienes y servicios, de imponer nuevas restricciones, o de aplicar medidas incoherentes de la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.) para estimular las exportaciones. Además, rectificaremos sin demora cualquiera de dichas medidas. Aplazamos este compromiso hasta finales de 2010; Minimizaremos cualquier impacto negativo para el comercio y la inversión de nuestras acciones de política interior incluyendo la política fiscal y las medidas de apoyo al sector financiero. No nos refugiaremos en el proteccionismo financiero y especialmente en medidas que limiten el movimiento de capitales, especialmente hacia los países en vías de desarrollo; Notificaremos sin demora a la O.M.C. cualquier medida de ese tipo y pedire-

mos a la O.M.C. que, junto con otros organismos internacionales, dentro de sus respectivas competencias, controle nuestra adherencia a dichas promesas e informe públicamente sobre ella con carácter trimestral; Tomaremos, al mismo tiempo, todas las medidas que estén en nuestra mano para fomentar y facilitar el comercio y la inversión; Garantizaremos la disponibilidad de al menos 250.000 millones de dólares durante los próximos dos años para apoyar la financiación de operaciones comerciales a través de nuestro crédito a la exportación y agencias de inversión y a través de los Bancos Multilaterales de Desarrollo. También pedimos a nuestros reguladores que hagan uso de la flexibilidad disponible en los requerimientos de capital para la financiación del comercio. 23. Seguimos comprometidos a alcanzar una conclusión ambiciosa y equilibrada para la Ronda de Desarrollo de Doha, urgentemente necesaria. Eso podría suponer un estímulo para la economía mundial de al menos 150.000 millones de dólares al año. Para conseguirlo, nos comprometemos a continuar en la línea del progreso ya realizado, también en lo que respecta a las modalidades. 24. Aportaremos un punto de vista y una atención política renovados a este tema fundamental en el próximo período y utilizaremos nuestro trabajo continuado y todas las reuniones internacionales necesarias para impulsar el progreso. Garantizar una recuperación justa y sostenible para todos. 25. Estamos decididos no sólo a restaurar el crecimiento, sino también a establecer las bases de una economía mundial justa y sostenible. Reconocemos que la crisis actual tiene un impacto desproporcionado para los más vulnerables en los países más pobres y reconocemos nuestra responsabilidad colectiva para mitigar el impacto social de la crisis y minimizar los daños a largo plazo que pueda sufrir el mundo. Con este fin: Reafirmamos nuestro compromiso histórico de alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y cumplir las promesas de nuestras respectivas ayudas oficiales al desarrollo, incluidos los compromisos referidos a la ayuda al comercio, la condonación de la deuda y los acuerdos de Gleneagles, especialmente en relación con el África subsahariana; las acciones y decisiones que hemos acordado hoy proporcionarán un fondo de 50.000 millones de dólares destinado a apoyar la protección social, impulsar el comercio y salvaguardar el desarrollo en los países con pocos recursos, como parte de un aumento significativo de la ayuda en tiempos de crisis a estos y otros países en vías de desarrollo y mercados emergentes; Vamos a hacer que estén disponibles recursos destinados a la protección social en los países más pobres, entre otras cosas mediante la inversión en la seguridad alimentaria a largo plazo y las contribuciones bilaterales voluntarias al fondo de vulnerabilidad del Banco Mundial, incluidos el Fondo para la Respuesta Social Rápida y la Herramienta para las Crisis de Infraestructuras; Hemos acordado, de forma consecuente con el nuevo modelo de ingresos, que se usarán recursos adicionales procedentes de ventas pactadas de oro del F.M.I., junto con ingresos procedentes de excedentes, para proporcionar una financiación adicional, privilegiada y flexible de 6.000 millones de dólares a los países más pobres durante los dos o tres próximos años. Hacemos un llamamiento al F.M.I. para que presente propuestas concretas en las reuniones de primavera; Hemos acordado revisar la flexibilidad del Marco de Sostenibilidad de la Deuda y pedir al F.M.I. y al Banco Mundial que informen al Comité Monetario y Financiero Internacional y al Comité de Desarrollo en las reuniones anuales; y Hacemos un llamamiento a la O.N.U. para que, trabajando de

“Nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea; que afecta a la vida de las mujeres, hombres y niños de todos los países. Partimos de la creencia de que la prosperidad es indivisible; de que el crecimiento, para que sea constante, tiene que ser compartido; y de que nuestro plan debe centrarse en las necesidades y los puestos de trabajo de las familias que trabajan con ahínco, también en los mercados incipientes y en los países más pobres del mundo; nos hemos comprometido a hacer lo que sea necesario para: restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo, a emprender una ampliación fiscal concertada y sin precedentes, que salvará o creará millones de empleos que de otro modo se habrían destruido. Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. La era del secreto bancario se ha acabado. Reconocemos que la crisis actual tiene un impacto desproporcionado para los más vulnerables en los países más pobres.

forma conjunta con otras instituciones mundiales, establezca un mecanismo eficaz para supervisar el impacto de la crisis sobre los más pobres y vulnerables. 26. Reconocemos la dimensión humana que tiene la crisis. Nos comprometemos a apoyar a aquellos afectados por la crisis mediante la creación de oportunidades de empleo y mediante medidas de apoyo a los ingresos. Construiremos un mercado laboral justo y favorable para las familias, hombres y mujeres. Agradecemos por ello los informes de la Conferencia sobre Trabajo de Londres y la Cumbre Social de Roma y los principios clave que ambas han propuesto. Apoyaremos el empleo estimulando el crecimiento, la inversión en educación y la formación, y mediante políticas activas para el mercado laboral centradas en los más vulnerables. Hacemos un llamamiento a la Organización Mundial del Trabajo para que, trabajando con otras organizaciones competentes, haga una valoración sobre las medidas tomadas y las que sean necesarias para el futuro. 27. Hemos acordado hacer el mejor uso posible de las inversiones financiadas por los programas de estímulo fiscal, con el objetivo de construir una recuperación resistente, sostenible y respetuosa con el medio ambiente. Llevaremos a cabo una transición hacia unas tecnologías e infraestructuras limpias, innovadoras, poco contaminantes y que usen eficazmente los recursos. Animamos a las instituciones para el desarrollo a que contribuyan con todos sus esfuerzos al logro de este objetivo. Estableceremos más medidas para la construcción de economías sostenibles y trabajaremos juntos en ellas. 28. Reafirmamos nuestro compromiso de afrontar la amenaza del cambio climático irreversible, basándonos en el principio de las responsabilidades compartidas pero diferenciadas, y de alcanzar un acuerdo en la Conferencia de la O.N.U. sobre Cambio Climático que se celebrará en Copenhague en diciembre de 2009. Cumplimiento de nuestros compromisos. 29. Nos hemos comprometido a trabajar juntos con urgencia y determinación para transformar estas palabras en hechos. Hemos

Reconocemos la dimensión humana que tiene la crisis. Nos comprometemos a apoyar a aquellos afectados por la crisis mediante la creación de oportunidades de empleo. Construiremos un mercado laboral justo y favorable para las familias, hombres y mujeres... Apoyaremos el empleo estimulando el crecimiento, la inversión en educación y la formación, y mediante políticas activas para el mercado laboral centradas en los más vulnerables”.

Solidarismo social, inversión en producción, sostenimiento del empleo, apoyo a la educación, proyectos alimenticios y protección ecológica en el desarrollo.

1. Un mensaje alentador

Contemporáneamente, el F.M.I., “que ostenta la mayor concentración de doctores en finanzas de Washington, reconoció pocos días antes de la declaración del G-20 que su obsesión con los países en desarrollo lo cegó ante las crisis que se gestaban en Estados Unidos y Europa” y especialistas señalaron “la falta de avisos del F.M.I. y de otras fuentes sobre las manzanas podridas ocultas en los sistemas financieros de los países desarrollados”⁷. En realidad se ocultaban en ellos y en los paraísos fiscales alentados por la globalización financiera y las cotizaciones públicas en los mercados tradicionales de títulos que no tenían los valores presumidos.

III. El discurso presidencial

Acabábamos de diagramar nuevamente la cuestión, cuando el discurso presidencial de apertura de las sesiones del Congreso Nacional el 1º de marzo de 2009 nos impuso algunas reflexiones, que -sin entrar en un análisis- agregamos con nuevas perspectivas:

acordado reunirnos de nuevo antes de que finalice este año para comprobar la evolución de nuestros compromisos”.

⁷ La Voz del Interior, Córdoba 8 de marzo de 2009, pág. 11-A.

a. En torno a algún cuestionamiento a las inversiones financieras, se nos ocurre que el ahorro no es negativo, permite el rol que los bancos deben adecuadamente cumplir para el desarrollo productivo, y que han cumplido en buena medida los bancos que se limitaron a su función tradicional y se apartaron del “*tsunami*” de la globalización financiera creada por especuladores, cuando no estafadores.

b. El llamado a la eliminación de los paraísos fiscales debería estar acompañado por la información globalizada, o sea sobre las pertenencias y operaciones mundiales.

c. Es inconsecuente requerir la eliminación de los paraísos fiscales y seguir aceptando el “*indirect doing business*” que se practica en forma pública y notoria en y desde nuestro país. Se trata de realizar la operación de apertura de cuentas, extracciones y depósitos como si se hubieran realizado en el exterior, omitiendo la intervención de la entidad del país y la actividad realizada en él, simulando, como si el cliente hubiera viajado al exterior si llevaba o extraía dinero ⁸.

d. Las normas sobre “blanqueo de capitales” deberían haberse conectado con un duro cuestionamiento al mercado financiero ilícito al que nos referiremos más adelante.

En otros aspectos hemos visto que se enarbolan principios sobre los que venimos insistiendo, en limitado grupo, desde hace muchos años.

IV. Nuestra visión

Decíamos que la maniobra para obtener rápidas ganancias se traspasó de las empresas al mercado. Así otra gran estafa se estaba gestando. Ya no en los balances de las empresas, sino en el valor de los papeles que se introducían en el mercado, y que con su valor de cotización respaldaban los balances de las empresas, particularmente de las financieras.

Con esa idea intentemos mirar lo que sucedió en nuestro país. Apuntamos a una práctica que afectó y afecta al mercado de capitales e inversiones en la República -y de muchos países de legislación semejante-, a través

⁸ Efraín Hugo RICHARD, “Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)” en *El Derecho* del 7 de marzo de 2006, pág. 1 y ss.

de la banca *off shore* -que no está autorizada-, con la práctica -pública y notoria- de hacer en un país la operación simulando realizarla en otro, tornándola clandestina y facilitando corrupción y lavado de dinero.

Recordemos que esas prácticas, el exceso de dinero en el mundo y la llamada globalización financiera permitió que intermediarios colocaran títulos de la deuda pública argentina, previo al previsible impago, en manos de inversionistas no profesionales y no debidamente informados.

La cuestión se complejifica ahora con el *default* de bancos que habrían abusado de inversiones poco seguras y no estarían en condiciones de responder a los ahorristas y clientes normales. En materia de bancos, la pérdida de confianza rompe todas las reglas de equilibrio, pues nadie soporta una corrida, máxime si está herido más allá de lo previsible por cierta “flexibilidad de los controles”. Ante ello, en el sistema ultra privatista que generó la hecatombe se habla de la “nacionalización de los bancos”, que es más o menos salvarlos de la quiebra y a sus directores de responsabilidad, pues los accionistas no están dispuestos a poner un peso para salvarlos, aunque hayan recibido suculentos beneficios en los ejercicios anteriores, al igual que aquellos CEOs. Al lado hay bancos que operaron con extrema legalidad.

1. Recuerdos

1.1. A la crisis financiera global nos habíamos referido en el año 2002, premonitoriamente en: “Derecho y economía, el desafío del siglo XXI”, el 26 de febrero de 2002 y “La crisis argentina y la mundialización financiera”, el 6 de marzo de 2002, ambas para la revista jurídica *El Derecho*, pero también en la página electrónica de nuestra Academia.

Se enarbolan principios sobre los que venimos insistiendo, en limitado grupo, desde hace muchos años.

1.2. Anticipamos la crisis financiera mundial en Salta en el año 2001 ⁹.

⁹ Recordándolo el 20 de septiembre de 2002, ocasión en que nos referíamos al título de Doctor Honoris Causa que nos habían otorgado el año anterior la Universidad Católica y la disertación formalizada en esa ceremonia.

En aquella oportunidad formalizamos algunos apuntes en la aparente contradicción entre economía y derecho. El neoliberalismo, por lo menos en nuestro país, pretende hacernos creer que es necesario, primero consolidar un modelo económico donde la desregulación y la no injerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y sostener que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios; sin embargo, realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo y se coloca a la economía al servicio de lo financiero. Si no vuelven las inversiones a lo productivo, no sólo va a haber más desocupación y quiebras, sino que también se van a comenzar a perder grandes porciones de lo que la gente supone tiene invertido, sea en un fideicomiso, en un fondo común de inversión, en títulos derivados o en un banco. Así ocurrió seis años después.

1.3. El mismo día que las “viejas” autoridades imponían el “corralito”, el viernes 30 de noviembre de 2001 en horas de la tarde, sin conocer esas medidas y ante la muerte de George Harrison, en conferencia en la Bolsa de Comercio de Córdoba señalábamos que sentía que moría un período de pseudo libertad que había convivido con los Beatles, y se consolidaba un nuevo despotismo, al que nominamos ante el interrogante del auditorio como el “despotismo o totalitarismo financiero”. Lo estamos viviendo.

1.4. En diciembre de 2001 comentamos el libro *La mundialización financiera. Génesis, costo y desafíos*¹⁰, que reflejamos en los referidos artículos en El Derecho.

1.5. En “El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera”¹¹, expresamos que “*La crisis argentina constituye un claro campo para recoger experiencias, por la eliminación progresiva de la actividad productiva, la cual genera desocupación*

¹⁰ Conf. Francois CHESNAIS, Buenos Aires, Losada, 1999, señalada como 1ª ed., agosto 2001, 346 páginas en 8 capítulos, traducción al castellano de la edición francesa por Mabel Campagnoli y Lucía Vera.

¹¹ Comunicación al IV Encuentro Internacional de Economía, Córdoba, 24/27 julio 2002.

y subempleo, como resultado de la globalización financiera. Esto, a su vez, es consecuencia del desincentivo que produce la inversión en 'productos' financieros cuando éstos rinden más que la actividad productiva en sí, lo que se potencia con la corrupción y actividades especulativas cortoplacistas. Sólo una reacción ética, de solidaridad social y asunción del rol de la dirigencia, que deben impulsar los intelectuales, puede cambiar el rumbo”.

1.6. En la Universidad Central de Chile, en el Congreso Internacional “Los desafíos del derecho frente al siglo XXI”, el 26 de agosto de 2002, refiriéndonos a *globalización económica y lex mercatoria*¹² sosteníamos que “se intenta referir la interacción de la globalización económica y la lex mercatoria, y lo que es dable esperar de ella para paliar los efectos devastadores de ciertos aspectos de aquélla (los financieros). La inversión de roles en la economía: los grupos financieros alteran el carácter accesorio de lo financiero ante lo económico. Ante la globalización financiera, no se ha producido una globalización de la lex mercatoria, pese a que así nació, y no se pone coto a la especulación financiera. Es un problema de la educación, particularmente en las ciencias jurídicas y sociales para acotar planteos economicistas, no de las ciencias económicas. Lo financiero es absolutamente accesorio de lo económico, ayuda a la economía pero si no hay crecimiento económico no puede haber de ninguna manera posibilidades para el sector financiero. El sector financiero inclusive será arrastrado a la quiebra. La economía es la ciencia de la producción, generación y distribución de la riqueza. El contrato político o de administración de políticos debería indicar a la ciudadanía qué orden social van a tratar de imponer y al mismo tiempo mostrarles las dificultades del camino, cuando los políticos marquen el orden social, las ciencias económicas y las ciencias jurídicas los tienen que ayudar a cumplir ese orden social. El juego de bolsa, la especulación financiera se ha entronado, el 86% de las transacciones financieras no responden a financiamientos a la economía sino a meros movimientos financieros especulativos, compra de humo, que sin duda puede volatilizarse. Correlativamente un extraordinario desarrollo de los títulos valores, en su concepción dogmática como

¹²En www.acaderc.org.ar

en la práctica, incluso de los ‘títulos derivados’, de la securitización a través de fideicomisos y títulos participativos, y de fondos comunes de inversión, incluso lanzados hacia la seguridad social con dudoso resultado en nuestro país. ¿Cómo devolver la confiabilidad? ¿Existe alguna respuesta desde el derecho? Quizá volver a acotar lo que se reconocía anteriormente como operaciones prohibidas de bolsa ¹³, y mirar las relaciones participativas o asociativas para canalizar las inversiones financieras. Este es el punto: la transformación del financiamiento a través de negocios participativos, vinculando la clase rentística a la empresaria... Si los Estados Unidos, y por arrastre la Unión Europea, se han decidido finalmente a lanzar una campaña de limpieza de los establos de las gigantescas corporaciones comerciales y financieras, es de estricta justicia esperar que estas operaciones de saneamiento se extiendan también al esclarecimiento de las circunstancias y modalidades en que se crearon las deudas que hoy agobian a decenas de naciones. Se trata de una crisis del modelo global, concebido erróneamente sobre la especulación financiera, abandonando a los sectores productivos, más sólidos pero que no ofrecen espectaculares ganancias a corto plazo. Las altas tasas de interés o rendimiento de los ‘productos’ financieros impiden la formulación de proyectos productivos a largo plazo y destruyen los actuales”.

Lamentablemente los “establos” no fueron adecuadamente limpiados en esa oportunidad, y ahora hieden.

V. Responsabilidad

De nada serviría un discurso jurídico si se limitara a un diagnóstico económico. De este último resulta clara la existencia de daño, de un daño inmenso. La misión ahora será determinar si de éste alguien debe responder.

No hay duda que se produjo daño y la apreciación inmediata anterior permite incorporar el análisis sobre si existe responsabilidad, y la mirada

¹³ Para el análisis de las normas del Código de Comercio que quitaban efectos a las operaciones de juego de bolsas, que se mantuvo hasta que se dictó la ley 17.711 sobre oferta pública de títulos valores, puede verse Mario RIVAROLA, *Tratado de derecho comercial argentino*, Buenos Aires, 1938, pág. 265 y ss..

debe dirigirse a quien, o quienes, incorporaron ese título en el mercado, sea porque lo crearon o actuaron intermediando en su colocación, o intermediaron a sabiendas de su falta de valor, particularmente si lo hicieron en relación a inversores no institucionales, o sea no profesionales y no debidamente informados.

“La crisis puede tener dos caras: la inflación previa y la iliquidez posterior”¹⁴. Esa iliquidez en parte puede resultar de retracción en la inversión y la otra en la desaparición de la moneda electrónica usada para especular al derrumbarse las cotizaciones, lo cual puede generar daños colaterales.

Entendemos que la responsabilidad puede derivar de varios supuestos en beneficio de ciertos perjudicados. Quienes introdujeron títulos basura al mercado, junto a quienes los auditaron o autorizaron, deben responder frente a los inversores no institucionales, verdaderos titulares de una relación de consumo. A su vez, inversores no institucionales que hicieron inversiones en nuestro país pero a través de entidades financieras o de inversión que simulaban hacerlo en el exterior, deben también ser indemnizados por éstas.

En relación con este último aspecto, que hemos catalogado como “*indirec doing business*” referimos un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. Un fallo de la Corte

Para afrontar el tema de la responsabilidad por actividad financiera ilícita nada mejor que lo que ha sido dejado de resalto por la Corte en el reciente fallo del 24 de febrero de 2009¹⁵, donde tuvo por acreditado

¹⁴ Lorena R. D'ANGELO - Rogelio T. PONTÓN, “La crisis financiera y las commodities agrícolas”, en Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, diciembre 2008, pág. 30 y ss..

¹⁵ Efraín Hugo RICHARD, “Actividad ilícita de sociedad extranjera (*indirec doing business*) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)”, publicado en el Dial Express del lunes 16 de marzo de 2009, donde nuestra Corte, con el voto unánime de sus ministros resolvió el recurso de hecho en la causa “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.”, en fecha muy reciente.

-entre otros hechos- que “la Compañía General de Negocios SAIFE funcionaba clandestina y marginalmente en dependencias del Banco General de Negocios situadas en la Ciudad de Buenos Aires, captando dinero y disponiendo de esos fondos, a la vez que el domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable”.

En épocas de crisis financiera, que pese a algunos pronósticos políticos ha comenzado a contaminar el país, nada mejor que la aplicación estricta del sistema jurídico para evitar la actividad financiera ilícita, y determinar eventuales responsabilidades si los inversores sufrieron perjuicio por la apertura de esas cuentas o los movimientos realizados en nuestro país y simulados en el exterior.

La Corte, sin apartarse del garantismo procesal, ha visto la integridad del problema que, a nuestro entender, generará importantes beneficios colaterales en orden a evitar actividades ilícitas que han sido y son públicas y notorias.

1.1. La causa. La “actividad”

Nuestra Corte, con el voto unánime de sus ministros ha resuelto el recurso de hecho en esa causa “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” en fecha muy reciente (24/2/2009) revocando el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la fiscal general por arbitrariedad al que se sumó la procuradora fiscal.

La Corte dispuso así “procedentes los recursos extraordinarios deducidos y se revoca la sentencia apelada, debiendo dictarse nuevo fallo con arreglo a lo resuelto”.

te (24/2/2009) revocando el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la fiscal general por arbitrariedad al que se sumó la procuradora fiscal. La Corte dispuso así “procedentes los recursos extraordinarios deducidos y se revoca la sentencia apelada, debiendo dictarse nuevo fallo con arreglo a lo resuelto”.

Las instancias judiciales previas habían tenido en cuenta el lugar de constitución de la sociedad y el carácter de acreedor por título o relación generada en el extranjero del peticionante.

La Corte miró objetivamente la cuestión -se sacó la venda- y observó la “actividad” de la sociedad, determinando la competencia nacional por la efectividad del lugar de realización de los negocios, pues jurídicamente la sociedad no podía realizar tal actividad en el país de constitución justamente por la estructura societaria elegida, y además se había acreditado que la realizaba en el domicilio legal de un banco “argentino”.

De esa “actividad” derivan dos efectos: el de la competencia conforme las previsiones de los Tratados de Montevideo y de la ley de sociedades argentina por una parte como lo determina el fallo, y otro el de una actividad ilícita con claras secuencias conforme la legislación argentina.

1.2. La visión de la Corte

Entresacamos algunas argumentaciones del fallo:

“6°) Que a efectos de determinar la jurisdicción... debe acudirse a los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1889 y de 1940. 9°)... el elemento atributivo de jurisdicción se encuentra en la República Argentina, debido a que la sociedad extranjera ha sido constituida bajo el régimen previsto en el decreto 381/89, reglamentario del art. 4° del decreto-ley 15.322 de la República Oriental del Uruguay, que establece que las empresas de intermediación financiera externa tendrán por único objeto la realización de operaciones de intermediación o mediación financiera entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos, radicados fuera del país, de acuerdo a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Banco Central del Uruguay, entidades que sólo podrán operar con no residentes en el mencionado país... 11) Que tampoco ha ponderado el *a quo* las constancias obrantes en la causa, conducentes a los mismos fines señalados precedentemente, de las que surge que en un proceso seguido ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de la Ciudad de Buenos Aires, se tuvo por acreditado -entre otros hechos- que la Compañía General de Negocios SAIFE funcionaba clandestina y marginalmente en dependencias del Banco General de Negocios situadas en la Ciudad de Buenos Aires, captando dinero y disponiendo de esos fondos, a la vez que el

domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable. 12) Que, por otra parte, la individualización de las normas de derecho interno que resulten aplicables al *sub examine* requiere la consideración de similares extremos fácticos y jurídicos, que fueron igualmente desatendidos por el *a quo*. En efecto, el art. 118 de la ley 19.550 regula el reconocimiento de la sociedad extranjera, en tanto ésta se ajuste a las leyes del lugar de su constitución, y el art. 124 del mismo ordenamiento, individualiza el supuesto en el cual la sociedad constituida en el extranjero no es reconocida como tal, sino como sociedad local. Tal supuesto se configura cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, hipótesis que impone la aplicación del ordenamiento legal nacional con el alcance establecido en la propia norma. Por consiguiente, la decisión acerca del tratamiento legal que, en el derecho interno, corresponde a la sociedad cuya quiebra se peticiona, se encuentra inescindiblemente unida a la conclusión a que se arribe acerca del lugar en que ésta desarrolló su actividad principal”.

Ello importa que se abrirá el proceso falencial en la Ciudad de Buenos Aires, considerando acreedores locales a quienes hayan negociado con la sociedad en nuestro país -aunque se haya simulado realizar la operación en Uruguay-.

1.3. *El indirect doing business*

La Corte da por acreditado que una sociedad financiera constituida en el exterior y que no podía realizar operaciones en ese país, las realizaba en nuestro país bajo la pantalla de un banco local: el Banco General de Negocios S.A..

Se describe así el negocio que hemos dado en llamar “*indirect doing business*”.

1.4. *La responsabilidad*

En análisis de la responsabilidad falencial y societaria, cabe apuntar que corresponderá por los antecedentes del caso la aplicación del art. 19 L.S.A. atento la actividad ilícita acreditada en los autos. Hemos teorizado

sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado ¹⁶.

La actividad ilícita es sancionada ¹⁷ y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse, en su reiteración, como actividad ilícita: p. ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada ¹⁸.

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación con la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera ¹⁹.

El art. 19 L.S.A. es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art. 18 L.S.A. y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la

¹⁶ Efraín Hugo RICHARD, "Sociedad en insolvencia y actividad ilícita", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, 2004, t. XV, pág. 313.

¹⁷ Efraín Hugo RICHARD, "La conservación de la empresa", al recibir el Premio Academia, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, "El reconocimiento de la noción 'actividad'", 1980.

¹⁸ Efraín Hugo RICHARD, "Banca de hecho. Actividad ilícita", comentario a jurisprudencia "Romeo, Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario", *Revista de las Sociedades y Concursos* N° 7 noviembre-diciembre 2000, pág. 29, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

¹⁹ Tales como la francesa, alemana e italiana. En el derecho italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 L.S. a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone "Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas". La ley uruguaya 16.060 de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" del año 1990, aborda la cuestión dentro de la Sección IV, "Régimen de nulidades" para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nuestra ley de sociedades, y dentro de la Sección XIII "De la disolución" el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. Efraín Hugo RICHARD, "Actividad ilícita de sociedades", I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 1992, t. II, pág. 575.

actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación.

En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren buena fe con las previsiones del art. 54.3 L.S.A., como hemos señalado precedentemente.

Esa aplicación deberá ser dispuesta de oficio -aun cuando se descartara la quiebra por alguna de las razones aludidas-, atento los términos de dicha norma, generando la responsabilidad de administradores, socios y fiscalizadores, en orden a la naturaleza de la maniobra, que tiene dos facetas de ilicitud.

Una faceta es haber desarrollado en el país actividad financiera que le era prohibida a un banco constituido en el extranjero -incluso a un banco local-. La antijuridicidad se objetiva y la responsabilidad es automática por imperio de la norma ante la actividad ilícita de la sociedad.

En el país no existe una ley de entidades financieras que autorice la operatoria *off shore*, aunque de hecho así se opera. Ni los bancos argentinos, ni las sucursales de los extranjeros, ni las representaciones legales de bancos extranjeros o los bancos vinculados a entidades financieras que operan en el extranjero pueden hacer eso, sólo pueden asesorar, pero las posibilidades de la electrónica lo facilitan. Las normas limitativas surgen de las previsiones contenidas en el art. 13, segundo párrafo de la ley 21.526 y concordantes, al no receptarse en nuestro país un sistema de banca *off shore* ²⁰.

Las oficinas de representación solamente pueden desarrollar actividades no operativas. La operatoria de la representación se debe limitar al asesoramiento de interés para la vinculación con el exterior de las actividades locales, privadas y oficiales ²¹. A la representación le está prohibido realizar cualquier tipo de intermediación financiera y operar en cambios ²².

²⁰ Responsabilidad por el vaciamiento financiero en Zeus Córdoba, año I, 18 de junio de 2002, N° 10, t.I, pág. 253 y ss..

²¹ Comunicación "A" 2241 del B.C.R.A. del 2/9/1994, Circular CREFI 2, "Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras", Capítulo VI, Sección 7.

²² Comunicación "A" 2241 del B.C.R.A. del 2/9/1994, Circular CREFI 2, "Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras", Capítulo VI, Sección 8.

Se constata en el caso una clara actividad ilícita, sancionada por el referido art. 19 L.S.A.²³.

Una segunda faceta se advierte en la violación a la disposición del art. 124 LSA, que señala la Corte. A este aspecto también nos hemos referido²⁴.

Entendemos, con otros autores, que el régimen de actuación de sociedades constituidas en el extranjero constituye un sistema de orden público interno, particularmente en cuanto a la publicidad de los actos en beneficio de terceros y del comercio. Su evidente apartamiento, cuando es indubitable, no puede traer otra sanción que la referida en el art. 19 L.S.A., coincidiendo así en el tema de responsabilidad de socios y administradores frente a terceros, y sanciones mayores por esa violación, salvaguardando a los socios que puedan demostrar su buena fe.

Aplicando la sanción del art. 19 L.S.A. coincidiremos en que la sociedad no puede ser impedida de estar en juicio ni de ejercer sus derechos. Pero tampoco puede coartarse el derecho del Estado de aplicar la sanción, ejercer derechos contra terceros e instar la liquidación de la sociedad.

De esta forma, ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción -por el hipergarantismo con que está

²³Superando una discusión doctrinaria entre actividad ilícita y actividad prohibida por el tipo social, generada particularmente en torno a la banca ilegal. Efraín Hugo RICHARD, "Actividad ilícita de sociedades", en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, citado; "Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros", en Derecho y Empresa, Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, 1997, N^{os} 7 y 8, Rosario, marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en libro colectivo de nuestra coordinación: *Anomalías societarias*, "Actividades ilícitas. Banca de hecho", Córdoba, Advocatus, 1992; "Banca de hecho. Actividad ilícita", comentario a jurisprudencia "Romeo, Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario", citado.

²⁴Efraín Hugo RICHARD, "Sociedades constituidas en el extranjero (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)" en libro colectivo *La estructura societaria y sus conflictos*, director: Daniel R. Vítolo, edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, págs. 101 a 122.

montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventados. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

2. Extensión de la responsabilidad a otro sujeto.

Esa declaración sobre la actividad ilícita tendrá un efecto contaminante en el caso.

Efectivamente, la Corte da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino: el Banco General de Negocios S.A.. Conforme a ello corresponderá aplicar a éste -al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 L.S.A. a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación. Se sumará a ello una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter L.S.A. al Banco General de Negocios S.A. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina, aun dentro de la estrecha inteligencia fijada por la Corte a través de adherir al criterio del procurador general en el llamado caso Palomeque.

Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

Si advertimos que esa actividad es desplegada por numerosísimas representaciones de entidades financieras constituidas en el extranjero, pero que desarrollan su actividad real en los locales de sociedades argentinas, estas últimas también estarán desarrollando actividad ilícita al permitir esa operatoria, como se acreditó en el caso del Banco General de Negocios S.A.

3. Derivaciones de responsabilidad

Volvemos sobre lo anticipado. Quienes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero -incluso en temas vinculados a la crisis financiera global- podrían accionar con base en alguno o algunos de los siguientes supuestos de responsabilidad:

a. La de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 ter L.S.A., en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva²⁵;

b. La responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria²⁶, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c. La actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que en la actividad financiera *indirect doing business* es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes²⁷.

En el caso convergen dos facetas: la actuación territorial de sociedades no inscriptas a través de sistemas electrónicos y la actividad financiera ilícita. A nuestro entender cada una de ellas, independientemente, autoriza la calificación de actividad ilícita y las sanciones consiguientes.

²⁵ Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H), “La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del siglo XXI”, en *Doctrina Societaria de Errepar* setiembre 2001, pág. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso “Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23.771”, fallado por la Cám.Federal de San Martín, Sala I, 26/4/1994, sosteniendo que la SAFI uruguaya “no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz. a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b) “la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio.... c) los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...”. Las sanciones ante la actividad ilícita aparecen como una forma de desestimación de la personalidad.

²⁶ Julio César OTAEGUI, “Grupo societario, desestimación y jactancia” en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar* N° 173, abril 2002, pág. 31.

²⁷ Efraín Hugo RICHARD, *Relaciones de organización*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, pág. 279 y ss.

No hay duda que tales efectos serán aplicables a otras SAFIS uruguayas, pero también a las constituidas en otros paraísos fiscales -o no cuando la actividad principal se desarrolle en el país, por imperio del art. 124 LSA, o por impedírse realizar actividades en el país de origen o constitución, por imperio de la propia ley del paraíso fiscal.

Si se comenzara a aplicar este efecto a situaciones a todas luces infractorias, prácticamente desaparecerían las situaciones en zona gris, pues la jurisprudencia cautelar de asesores económicos y jurídicos aconsejarán una inmediata inscripción o cesación de actividad -según los casos-, satisfaciéndose así los objetivos de orden público de la normativa, que no son la sanción sino la publicidad.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad, sus administradores y representantes, de marginar el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en “requerimientos del mercado”.

Una particular referencia merece el rol de los administradores societarios o CEOs de las instituciones que requirieron ayuda del Estado. Estos habían cobrado suculentas bonificaciones por los resultados que aparecían en sus balances -hoy sabemos que ficticiamente-. Los diarios de la fecha informan de una situación insólita: La Aseguradora American International Group (AIG) “le dará a sus ejecutivos decenas de millones de dólares en bonos nuevos, a pesar de que el gobierno le otorgó un rescate financiero de más de 170 mil millones de dólares. La gigantesca aseguradora en problemas tenía programado hacer el pago ayer, al tiempo que aceptó la solicitud del gobierno de suprimir pagos futuros. El argumento del gobierno demócrata en torno al respeto a los contratos fue más de lo que Mitch MacConnello, el líder republicano en la Cámara alta pudo soportar: ‘Todos sabemos que los contratos son válidos en este país, pero es necesario echarles un vistazo’”²⁸. Inmediatamente se nos ocurrió que a estos señores habría que pensar en responsabilizarlos, pues se trata de

²⁸ La Voz del Interior, Córdoba, 16 de marzo de 2009, pág. A10.

los CEOS de AIG, pensando sobre que plan de negocios trabajaban cuando se encontraron con la sociedad en imposibilidad de seguir operando, y en ese mismo momento escuchamos por la radio la decisión del presidente Obama de negar el pago.

Salvador Treber -La Voz del Interior, 6 de marzo de 2009 A-10, en “El ocaso del Foro de Davos”, señala que la crisis del sistema *“se desató a partir de la mora global de los préstamos hipotecarios concedidos por bancos de Estados Unidos a compradores de inmuebles sin suficiente capacidad de pago, que suman alrededor de 12 billones de dólares. Y se extendió a entidades europeas que compraron parte de esa cartera ahora identificada como tóxica”*. No dudamos que la crisis se desató en ese momento, pero se venía incubando en el mercado de valores con otros productos tóxicos que han pasado desapercibidos pero que eran denunciados, como vimos. Los créditos hipotecarios sobrevaluados vinieron a convertirse en un escudo (y excusa que ha hecho pasar desapercibida la falta de valor de otros títulos). Escudo porque se puede alegar que hay que salvar a los deudores y a su vivienda, aunque ello se haga a través de salvar a las entidades financieras que intervinieron en la crisis.

Agréguese, como reconoce también Treber, que *“una franja muy significativa e influyente de empresas venía dibujando balances y resultados inexistentes, haciendo aparecer falsas ganancias que para peor, se distribuyeron premiando con miles de millones de dólares a sus ejecutivos, como si realmente las hubieran generado. Y se hizo por montos que se multiplicaron, ¡hasta que todo explotó!”* En Davos este año, el ex premier británico Tony Blair, recuerda Treber, *“urgió a que el Estado concorra en auxilio de las empresas privadas, admitiendo que se ha hecho mucho, pero debe ayudar a que éstas retomen el control de la situación y evitar a toda costa que opten por políticas proteccionistas del sálvese quien pueda, apuntando como el mayor aporte de ese político el que haya subrayado algo que nunca debió perderse de vista: el sistema no puede funcionar si no se basa en favores, y por ello ha sido falsa la noción de que ganancias fuertes se impusieran a la moralidad y la ética”*.

VI. El caso Bustos y la investigación requerida por Zaffaroni

En los variados criterios expuestos en el fallo de la Corte en el caso Bustos, en su voto el ministro Zaffaroni ²⁹, impuso una investigación al procurador general de la Nación: “En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales... Por ello, remitirlo al señor procurador general, para que proceda a investigar la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina”. No hay duda que aquí se desenvuelve la hipótesis de un complot ³⁰.

La mirada hay que dirigirla entonces más atrás, a cuando ocurrieron los hechos. ¿Qué interés puede haber habido para generar el desastre? Lo señala Zaffaroni: “*Algunos observadores importantes de la economía mundial, como Joseph Stiglitz, señalan maniobras financieras internacionales en perjuicio de otros países que presentan características que parecen bastante similares*”. Allí se anticipaba el fraude y la lógica e inevitable crisis.

En el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario, realizado en Lomas de Zamora en el año 2007, se resolvió por unanimidad requerir a poderes nacionales que informen sobre la investigación requerida por el Dr. Zaffaroni. Como casi todas las declaraciones de los grandes congresos, las cuestiones y el entusiasmo se diluyen una vez concluido, por lo que ignoramos la repercusión que tuvo esa decisión.

²⁹ Efraín Hugo RICHARD, “Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (La denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)”, en *El Derecho* artículo citado.

³⁰ ¿Complot o negocio financiero?

VII. Meditando

¿Qué hacer? Nos hemos referido a relaciones privadas que podrán reclamar la cobertura a los responsables -si se dan los supuestos que hemos enunciado- u otros, conforme el caso.

1. Pero, ¿Qué hacer en lo público?

Somos observadores de la realidad compleja -como requería Garriguez a los comercialistas- y en la misión de itinerantes profesores tratamos de mantener la vocación en el derecho como instrumento de cambio.

Para ello el rol del derecho, que dispone el Estado para reequilibrar la situación de poder fáctico; en la existencia de la idea común en los poderes constituidos de construir condiciones para que la sociedad civil actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony Giddens (Consecuencias de la modernidad).

Plagiando al Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti diríamos que se intenta acostumbrar a la sociedad a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el Estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho *ad hoc*, en nuestro país el derecho de la emergencia económica del propio Estado. Somos individuos antes que ciudadanos. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida, y terminamos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías, una Nación sin fines propios.

Congruente con el discurso presidencial en la apertura del Congreso sobre los paraísos fiscales, debería activarse una campaña para eliminar el público y notorio actuar en el país de entidades que realizan actividad financiera ilícita a través del *indirect doing business* financiero de la globalización.

A su vez, deben dirigirse todos los esfuerzos a evitar la pérdida de puestos de trabajo. Más aún, deben dirigirse todos los esfuerzos a crear

nuevas plazas de trabajo, incluso en el sector público productivo -no administrativo que ya es agobiante-. Descartamos los subsidios. Grandes obras públicas se encuentra pendientes.

¿Y en cuanto a estatizar? Cunde en el mundo la idea que los Estados que expropiaron después de la guerra los negocios concesionados, próximos a vencer, que luego privatizaron los negocios estatales con consumidores asegurados, ahora deberían asumir las pérdidas de ciertas compañías estatizándolas. Así ha ocurrido en Argentina con Aerolíneas Argentinas -como señalamos precedentemente-, con la confiscación del negocio de las administradores de fondos de pensión -cuando la crisis hubiera quizá llevado a pensar en iniciar acciones de responsabilidad a sus administradores-, a la Lockheed ahora cuando la concesión vence a fin de año. Es algo sospechoso.

En ese sentido *“El presidente brasileño, Luiz Inácio Lula da Silva, afirmó ayer que los países afectados por la crisis global deben nacionalizar sus bancos”*³¹, tema opinable, sin bien acordamos lo que se transcribe en esa nota de inmediato: *“los gobernantes están obligados a recuperar el papel del Estado en la Economía”*, para luego transcribirse que en tono crítico subrayó que *“nadie sabe dónde está el dinero que circulaba en los mercados financieros, nadie sabe tampoco cuántos trillones de dólares atravesaban los océanos sin pasaporte ni nada y con la crisis desaparecieron”*, para enfatizar: *“Cualquier política económica sólo será seria si se subordina a la producción, la creación de plazas de trabajo y la distribución de la renta, pues no se puede aceptar que los trabajadores paguen el precio de la crisis financiera”*. ¿Existieron esos trillones de dólares o eran sólo anotaciones en cuenta en especulaciones continuas?

Frente a la crisis argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, o su disminución, no imponía la disolución de la sociedad³², pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o

³¹ Diario La Voz del Interior, Córdoba 6 de marzo de 2009, pág. A8: “¿Será que los países ricos van a seguir sólo colocando dinero para salvar los bancos o será que alguno tendrá el coraje de, sin miedo de esa palabra, estatizar los bancos, a fin de sanearlos y recuperar el crédito?”.

³² Efraín Hugo RICHARD, “Pérdida del capital social en la emergencia económica (un comentario al decreto 1269/02 de necesidad y urgencia)”, en Semanario Jurídico, N° 1379, 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss..

capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4 L.S.A.), tema que fue soslayado en la experiencia concursalista. Con el mismo criterio, ahora ante la crisis se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008): la “Ley para la estabilización del mercado financiero” introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en “aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)”. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial. Una correcta lectura permite advertir que los administradores deberán formular un plan de negocios sobre la viabilidad de la empresa, obligación insoslayable en cualquier momento ³³.

Esto es parte del paradigma sobre la teoría de la empresa y su abandono. Debe existir una nueva visión ante la crisis. Si los bancos necesitan ayuda, ésta debe venir contra un plan de negocios y un sinceramiento de sus reales dificultades, con aumento de capital con la ayuda que formalice el gobierno, con eliminación de los administradores y socios responsables, y acotando las remuneraciones de los directivos, con integración del consejo de dirección por representantes de los empleados y obreros, manteniendo éstos la mitad del tiempo en su actividad laboral normal para evitar su contaminación.

Nuestro país deben formalizar “planes de negocios”, como la empresa privada. Se trata de remarcar los grandes objetivos nacionales y emprenderlos con análisis de factibilidad real, no con obras destinadas a elegidos -como el tren bala-, pero sí a la reestructuración de nuestra red ferroviaria y vial.

Se apunta que hay que cuidar el déficit fiscal, o sea en este problema de las crisis, el sobreendeudamiento, el no poner el presupuesto en caja,

³³Efraín Hugo RICHARD, “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Córdoba, Lerner, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores: E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos Roberto Antoni Piossek, Ramón Vicente Nicastro, Cap. II, pág. 217.

incluso con referencias a EE.UU., frente a lo que se señala: “*Más que paradójico, es inexplicable. El dólar, la moneda de un país que enfrenta una de las mayores crisis de su historia vale cada vez más en este rincón del mundo*”³⁴. Es un espejismo, el dólar ha ido perdiendo valor real y también frente a otras monedas, pero es controlado: “En esencial, el capitalismo retirará parte de los enormes beneficios económicos que en mucho favorecieron al mundo con los anteriores precios nominales. Si así no fuera, el US\$ perdería su carácter de moneda prominente y ello no va a suceder”³⁵. O sea que no debe existir preocupación por los déficits presupuestarios, debiendo los Estados gastar más. Así se aconseja. Mas: ¿Gastar en qué? ¿En salvar las entidades financieras que participaron en el festival? ¿Olvidarse de la banca electrónica que pulula en la globalización financiera?

2. La solución a la actual crisis sigue pasando por parámetros éticos, no sólo de mercado, pues la confianza del mercado esta basada en la buena fe de los intervinientes.

Endeudarse fue el mensaje que los mercados intentaron imponer, a los Estados adquiriendo deuda pública, y a los privados los hicieron caer ofreciendo créditos más allá de la garantía o la capacidad de repago, infringiendo normas básicas del negocio bancario, pues hacia falta consumidores para mantener la vena del exceso monetario. La crisis por los derivados vacíos se advertía en el 2002. Luego el “sistema” incorporó el tema de las hipotecas, para usar a los deudores como escudo o salvavidas. El salvataje de éstos no debe justificar el de los que generaron la crisis, que deben ser apartados y responsabilizados, incluso ante los tribunales de cualquier lugar del mundo por el daño de lesa humanidad que han generado y que se generará por la pérdida de empleo que puede significar la muerte de muchísimas personas, cuando menos su desequilibrio psíquico, además del daño a las colectividades donde se produzca el desempleo y el desquicio.

³⁴ Jorge LONDERO, “Duro de bajar” en La Voz del Interior, Córdoba, 8 de marzo de 2009, pág. F 6.

³⁵ Rodolfo C. ROSSI, “Los nuevos escenarios económicos y la situación argentina”, en Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, diciembre de 2008, pág. 24. El ex presidente del BCRA formula esa predicción.

Adviértase que el desempleo estará unido con seguridad a la xenofobia, tratando que los extranjeros sean excluidos de los empleos disponibles, generando una relocalización de éstos a sus lugares de origen -normalmente países marginales o en vías de desarrollo con mayores problemas- donde pueden protagonizar estallidos sociales.

El desempleo y la falta de financiamiento a los pequeños emprendimientos personales son parte de la marginación: *“La pobreza se perpetúa porque se deja a los pobres fuera de la economía”*, sostuvo Muhammad Yunus, profesor de Economía en la Universidad de Bangladesh, creador en 1976 del Banco Grameen para microcréditos basado en nuevos parámetros que empiezan a copiarse en el resto del mundo, incluso en nuestro país, a través del Banco de la Mujer con cuya organización contribuimos originariamente en la década pasada.

3. La declaración del G-20 del 2 de abril de 2009 en Londres, impulsada por la política de Itamaratí, nos ha dado esperanzas, pero sin duda quedará limitada en su ejecución a lo que resuelva a mediados de julio el G-8. Hasta ahora, sin duda, la ayuda se dirigirá a sanar la agrietada estructura del sistema financiero y bancario del primer mundo, lo que afectará los déficits fiscales y dudosamente incidirá positivamente en la calidad de vida de la gente y sobre la creación de empleo -que es lo más rescatable de la declaración del G-20.

Esa declaración impone la revisión drástica de los criterios de la globalización financiera, del paradigma de creación de riqueza artificial y rápida mientras se depreda la actividad productiva. Se trata de terminar con la impúdica circulación de capitales en el globo, electrónicamente sin controles ni regulación alguna, con desinversión y retracciones para los países que adopten medidas proteccionistas. Lo único que creemos se impondrá, limitando lo que hasta ahora ocurre impudicamente, es la eliminación de los paraísos fiscales y la puesta en cuarentena de los “productos financieros”. Angela Merkel ha expresado: *“Ningún paraíso fiscal, ninguna institución ni ningún producto financiero deberá ser sustraído a los controles”*.

Las Pymes son las productoras de empleo dentro de la planificación de las grandes empresas que actúan con contratos de subprovisión para la realización de sus productos, aprovechando así la fuerza productiva, económica y financiera de sus proveedores. Este es un punto central del problema, pues aquellas están alejadas del crédito, particularmente por el incumplimiento a la ley de “factura de crédito” argentina, pese a su libe-

ralidad, por la presión misma de los grandes grupos económicos que, con acceso al crédito en las mejores condiciones, se hacen financiar por sus proveedores y no les facilitan los títulos con los que podrían acceder a esas mismas condiciones.

4. El hombre debe ser devuelto al centro de la escena; el hombre viviendo en comunidad, con sus desigualdades económicas, pero resguardada su libertad real, sus derechos humanos de primera generación, de sobrevivencia digna. La economía y el derecho deben ser puestos a su servicio. La producción y el trabajo, en el seno de la empresa deben recuperar su protagonismo, y lo financiero devolviéndose a su importante rol accesorio, globalizando la fustigación de la especulación financiera improductiva.

¿Es utópico pensar así?

¿Para qué la ciencia económica? O sea los estudios para tratar de aplicar reglas o entender procesos generadores de productos y riqueza. ¿Cuáles son sus objetivos: la mera riqueza, el dinero electrónico o billetes? ¿O debemos pensar en el bienestar del hombre, no del hombre individual sino de la colectividad, y de ser posible en la colectividad mundial?

Hablamos hoy de países del primer mundo, de países en desarrollo y de países no viables. ¿Quién o quiénes generaron el problema? Más que en una crisis ¿no estaremos contemplando los resultados catastróficos de una estafa muy bien planeada? Es como un thriller.

¿En qué confiar? Un sistema de mercado funciona en orden a que todos los hombres puedan satisfacer sus necesidades consumiendo lo que se les provea competitivamente. Subrayamos el aspecto de “las necesidades” y no que supuestos operadores del mercado generen necesidades innecesarias que alteran la conciencia ética, particularmente dirigiéndose a la gente no debidamente consciente. Y ese mercado funciona en orden a los salarios de todos los capaces de desarrollarlo, sin perjuicio de honorarios y ganancias de quienes generan empleo y negocios productivos, o de jubilados atendidos por salarios dignos.

Entonces: ¿en qué gastar los Estados frente a la crisis? Centralmente en asegurar que no caigan empleos, eventualmente destinando los fondos a dar empleo -y no subsidio- a desocupados.

Nos resultó insólita la información que apareció en diario La Nación el 30 de abril, en la misma página. Una de carácter periodístico pero de alto contenido compromisorio, y otra de carácter legal, cual es el edicto

de Asamblea del Banco Río de la Plata S.A.. La primera es una noticia del Banco o Grupo Santander, señalando que a su controlada en Argentina sólo le quedan fondos para operar por 90 días. Claro que si ello resulta de facilitar transferencias de depósitos que tenía el Banco Río a través de su Banca Privada Santander Investment que es una representación local de banco extranjero, también controlada por el Grupo Santander. Y la edictal que aclara que el Banco Río, que aparentemente carecería de fondos para operar por más de 90 días, graciosamente renuncia a un aporte irrevocable -casi seguro de su controlante- por U\$S 38.000.000, que es contradictoria. Y, correlativamente la Asamblea autorizaría la emisión de obligaciones negociables por muchos millones de pesos que, sin duda al fracasar la suscripción por el clima generado por estos mismos financistas, llevaría a justificar el cierre local. Claro que quizá continúen operando en el circuito argentino a través del Santander Investment.

DyN informa³⁶ que “Unos 500 argentinos con su dinero atrapado en el ‘corralito’ se sumaron al centenar de ahorristas que ya denunciaron en España al Banco Santander Central Hispano (SCH), dueño del Banco Río, por supuesta administración fraudulenta. La agencia DyN pudo saber hoy que la megademanda en la justicia española, por una de las modalidades de la operatoria, abarca también al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), dueño aquí del Banco Francés, y se tramitará en los juzgados de primera instancia de Madrid. Esta es la primera demanda con requerimiento de unos 25 millones de dólares que argentinos radican contra las casas matrices de los bancos en sus países de origen por el ‘corralito’, que fue definido por el diario estadounidense The Washington Post como ‘el robo del siglo’”.

Sigue informando que el SCH, perteneciente a la familia Botín, es el banco más poderoso de España con un capital de 500 mil millones de dólares, mientras que en el segundo lugar se ubica el BBVA. Según la presentación, a la que tuvo acceso DyN, el reclamo se basa en que tanto el Río como el Francés se habrían presentado cada uno a los clientes como un único banco con el SCH y BBVA, respectivamente, y en consecuencia publicitaban el respaldo de sus casas matrices en España.

³⁶Fuente DYN 17:29 04-26-02 ARTEAR Argentina.

En el caso del Banco Río se da la circunstancia, además, de que su presidenta es la española Ana Patricia Botín, a su vez directiva del SCH e hija del presidente del grupo, Emilio Botín. El Banco Río pertenecía en su totalidad al grupo Pérez Companc y fue vendido al SCH durante el gobierno de Carlos Menem. La presentación de los centenares de ahorristas con sus depósitos congelados en los bancos Río y Francés está dirigida contra los propios bancos y, además, los miembros del directorio y la firma auditora Arthur Andersen.

En los juzgados de Buenos Aires, el SCH fue investigado junto a otros 19 bancos por los presuntos delitos de “defraudación” y “estafa” a los ahorristas. Inclusive, Ana Botín fue citada a declaración indagatoria pero no compareció.

El juez de instrucción Mariano Bergés encabezó un allanamiento en la sede central del Banco Río, trasladó el expediente a la justicia federal, donde podría investigarse si se cometió “subversión económica” y “lavado de dinero”. Pero algunos bancos apelaron la incompetencia declarada por el propio Bergés pues pretenden que la causa siga en manos de este juez.

En el artículo “La mayor estafa de la historia”, que llegara por correo electrónico (11/3/02), el economista porteño Naúm Minsburg enfatiza que “Desde los inicios del año 2001 y durante el desgobierno de la dupla Fernando de la Rúa - Domingo Cavallo, se hizo evidente de manera rotunda, la tergiversación de las promesas electorales de la Alianza, y el fracaso de una política económica... Debido a la inoperancia y al desinterés para efectivizar medidas antirecesivas y en garantizar los depósitos, comenzó a producirse una mayor y cada vez más fuerte evasión de capitales hacia el exterior. Esta fuga de fondos no era algo original, por el contrario, era y continúa siendo una situación sumamente compleja y que en nuestro país se ha transformado en una inveterada costumbre de los grandes capitales. Pero las características que adquirió durante el año pasado han sido inéditas. Lo más llamativo es que el delarruismo-cavallismo no hizo absolutamente nada para detener la hemorragia de capitales. Recién casi a finales de año, el Parlamento produjo una “ley” sobre la intangibilidad de los depósitos, pero ya era muy tarde. La sangría no terminaba. Y el 3 de diciembre pasado se implantó el “corralito cavallista” confiscatorio que se ha apropiado del dinero depositado... Se hace necesario mencionar que el Banco Central de la República Argentina ha indicado que las pérdidas en las reservas ocasionadas por la fuga de capitales durante el año

pasado han sido del orden de los 20.000 millones de dólares... La evasión de dineros del país sería imposible de materializar sin contar con la complicidad y la ayuda de la banca, principalmente de la banca transnacional. Las cifras del capital evadido serían de una magnitud extraordinaria, muy superior a la que se declara oficialmente y han producido el vaciamiento financiero que padece nuestro país. Indicarían, cada vez con mayor claridad, la posibilidad de que el “corralito” dictado por el cavallismo haya servido para encubrir y blanquear el enorme desfalco realizado... Como los bancos más importantes que han manejado mayores volúmenes de depósitos (a plazo fijo y cajas de ahorro) son filiales de la banca transnacional se debe señalar que: 1) existe una corresponsabilidad absoluta entre la filial y la casa matriz como lo demuestra la respectiva jurisprudencia nacional, 2) por lo tanto, filiales y matrices constituyen lo que se denomina un conjunto económico, 3) como consecuencia de esta responsabilidad corresponde que las casas matrices provean a sus filiales, subsidiarias o sucursales de los recursos necesarios para hacer frente a sus compromisos con los depositantes y 4) existe también otra posibilidad y es que la banca transnacional compre la cartera de préstamos otorgados por sus filiales y que, como se sabe, han sido colocados a tasas de interés muy por encima de las internacionales... La aplicación de las dos medidas anteriormente señaladas permitiría capitalizar al sistema bancario, posibilitar una salida racional del corralito y restablecer la confianza en el sistema financiero que en la actualidad es prácticamente inexistente. E impulsaría la imprescindible reactivación económica”. Minsburg realiza cálculos interesantes que omitimos para centrar la cuestión.

VIII. Inocencia de los ahorristas que se fueron

No es cuestionable la actitud de los ahorristas que retiraron sus ahorros, sino si funcionarios públicos pudieron o debieron haber intervenido anticipadamente con medidas propias de facultades de control cambiario y financiero. Se formularon numerosas advertencias de lo que ocurriría por los multimedios de comunicación y por otros, pero no fueron oídas ni por los que tenían responsabilidad, ni por otros funcionarios, y ahora no es materia de investigación periodística la legalidad de lo acaecido, señalándose como un efecto del “mercado”.

Nos tocó denunciarlo el 7 de abril de 2001 en una mesa redonda que integró la Cra. Maidana, funcionaria del Ministerio de Economía de la Nación al excusarse el Dr. Carlos Sánchez ³⁷.

Esos ahorristas también han sido perjudicados -aunque, claro, ahora no lo advierten pues les queda la sensación de haberse “salvado” del cataclismo-. Si no se hubiera generado el vaciamiento del sistema, en el país habrían seguido percibiendo intereses más altos que los que ahora perciben en el exterior, del 15% que se pagaba han pasado al 1,5%. Si hubiera existido legalidad en el sistema financiero habrían percibido, y continuarían haciéndolo, dentro de nuestro país el 5%.

Es necesario determinar responsabilidades para devolver la confianza en el país y en el derecho como fuerza de cambio y no sólo de seguridad jurídica. Incluso para restablecer la confianza en los integrantes del sistema financiero que actuaron correctamente y restablecer el sistema.

Las víctimas directas fueron los ahorristas que confiaron en el sistema, en nuestros funcionarios, pero todos los ciudadanos han sido perjudicados.

Pero para hacer efectiva la devolución en dólares no bastará la responsabilidad de funcionarios públicos, hay que determinar si existen responsables directos dentro de las entidades financieras nacionales e internacionales.

IX. El cierre de la operatoria: la triangulación

Los fondos en su mayoría no fueron entregados por los bancos a sus titulares y los billetes no fueron trasladados al exterior, sino que se mantienen en el circuito financiero argentino obteniendo altos rendimientos, mientras han sido disminuidos notablemente los rendimientos a los depositantes.

Ante ello se genera un efecto contable y de atesoramiento que obliga a otra operación falsa. El dinero (en gran parte) no salió “físicamente” del país ni entró al país extranjero sino contablemente. En tal caso completa

³⁷ Puede verse en la referida página electrónica de la Academia.

la operación con un préstamo del Banco extranjero al local, anoticiado al Banco Central, para justificar la tenencia del dinero (que era del ahorrista) en el tesoro (o en la cartera de préstamos) del banco local. Esto se denomina “triangulación”.

El decr. 410/02, art. 1º inc. c, recoge esta práctica sin distinguir el origen de la operación o determinar un control del efectivo ingreso de fondos.

Esta simulación ilícita podría ser fácilmente detectada si existe decisión administrativa del B.C.R.A. o de la Comisión Investigadora de Fuga de Capitales de la Cámara de Diputados de la Nación, o de la justicia en cualquiera de sus fueros, como se verá.

Anne Kruegger, vicedirectora del F.M.I. ³⁸ fija el criterio de que “*Los países deben honrar sus deudas y sufrir cuando no es así*”. Pero sería muy distinto si la falta de recursos financieros resultara de una actuación ilegítima de entidades financieras, máxime ante el requerimiento del F.M.I. de derogación de la legislación sobre subversión económica, pues ese requerimiento podría ser censurable si el propósito fuere despenalizar la aún no investigada actuación de las representaciones locales de bancos extranjeros y de sus sociedades argentinas controladas, y a la que creímos hacía referencia el ex presidente de la Nación Dr. Eduardo Duhalde en las palabras de asunción que recordamos al inicio de esta comunicación.

No se trata de enfrentar los consejos del F.M.I. sino de establecer su razonabilidad para con nosotros mismos, en el establecimiento de un plan sustentable que, en primer lugar, pasa por rescatarnos como Estado de derecho y no un mero mercado economicista.

Decíamos en “*La crisis financiera. responsabilidad (en su generación y su vínculo con las acciones de los particulares -en curso o futuras- ante la posible insolvencia de los bancos)*” ³⁹, comunicación de la Conferencia en la Jornada sobre “La ley de emergencia y la defensa de los particulares. Aspectos constitucionales” organizada por Editorial Quorum en el Hotel Crown Plaza Panamericano en Buenos Aires el

³⁸ Anne KRUEGGER, “¿Pueden los países declararse en quiebra?”, La Voz del Interior, 17/2/02, Sec. E, pág. 4.

³⁹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar.

24 de mayo de 2002, conteniendo el discurso de Franklin Delano Roosevelt, con motivo de su asunción a la presidencia de EE.UU. el 1° de marzo de 1933, para recuperar la economía norteamericana afectada por la depresión de 1929 a 1933.

Abstract: Ante el vaciamiento del sistema financiero se intenta analizar: 1. El marco de actuación de bancos extranjeros y de sus controladas argentinas y 2. Las responsabilidades por daños generados por aquel vaciamiento.

Las representaciones de bancos extranjeros, que han operado como “banca *off shore*” sin duda seguirán manejando los ahorros sustraídos a la economía del país desde Uruguay, y con tal ilegal operatoria -tanto en una calificación nacional como del derecho comparado- intentarán vencer en la innecesariedad un Banco Central de la República Argentina, en la liberalización de la actividad bancaria y hasta quizá en la necesidad de renegar de nuestra divisa.

Ejercer acciones de responsabilidad, en forma seria y consecuente con una investigación sólida, es enfrentar el problema estructural y no caer en los lógicos enredos de los efectos coyunturales que deberían ser resueltos por quienes generaron el caos financiero que impide el ahorro interno, descalifica a nuestra banca, y elimina el apoyo crediticio a la actividad productiva y exportadora, única fuente real de ingresos fiscales para sostener al Estado y honrar nuestras deudas.

Se trata al final de un problema de seguridad jurídica: asegurar la plena vigencia y aplicación inmediata del sistema jurídico, única forma de restablecer la confianza y nuestra vocación de vivir en el derecho.

Quizá sería del caso recordar -para concluir- como una oración cívica, el discurso de asunción de un hombre de Estado ante una crisis similar ⁴⁰:

“Amigos míos: Estos son tiempos en que hay que decir la verdad, toda la verdad y decididamente mostrar las verdaderas condiciones en que se encuentra nuestro país hoy.

⁴⁰ Discurso de Franklin Delano Roosevelt, con motivo de su asunción a la presidencia de EE.UU. el 1 de marzo de 1933, para recuperar la economía norteamericana afectada por la depresión de 1929 a 1933.

Ante todo debo aclarar que esta gran nación no se va a entregar, va a revivir y va a salir adelante. La única cosa que debemos temer es el temor mismo,... el temor sin nombre, irracional e injustificado porque paraliza los esfuerzos que necesitamos para convertir la decadencia en ascenso. Apelo por eso a la comprensión y al apoyo de la población, que es esencial para arribar a la victoria. Sólo contando con la aprobación de la población podremos enfrentar, en estos críticos días, nuestras desgracias comunes.

Ellas conciernen, gracias a Dios, sólo a cuestiones materiales, las cotizaciones de Bolsa han caído a niveles fantásticos, los impuestos suben, nuestra capacidad de pago se ha reducido, el gobierno ha sufrido la severa disminución de la recaudación, la corriente de intercambio se encuentra congelada, la actividad industrial está agotada, los agricultores no encuentran mercado para sus productos, los ahorros de millones de familias se han evaporado, lo más importante: un ejército de desocupados encaran la durísima lucha por la subsistencia, mientras que otra multitud de ciudadanos trabaja sin ningún beneficio. Sólo un optimismo ingenuo puede negar la oscura realidad de este momento.

Sin embargo, nuestras penurias no son insuperables: no hemos sido atacados por una manga de langostas; comparado con las dificultades que sobrellevaron los Padres de la Patria -que tenían mucha fe y no eran temerosos- nosotros tenemos mucho que agradecer. Nuestro territorio aún ofrece su exuberante riqueza y los esfuerzos de nuestra gente han sabido multiplicarla.

La abundancia está a nuestra puerta pero no podemos aprovecharla. Primeramente por la incompetencia de quienes nos gobiernan, pero también por las prácticas inescrupulosas de los banqueros que han trascendido al tribunal de la opinión pública y son rechazados en el corazón y la mente de la gente. Ellos han fallado: ante la falta de credibilidad, ellos sólo han propuesto más préstamos públicos. Sin el aliciente del beneficio para atraer a la gente con su falso liderazgo, han apelado a las vacías exhortaciones y a las quejas plañideras. Pero sólo conocen las reglas impuestas por una generación de egoístas. No tienen visión y cuando no existe visión, pierde el pueblo. Los banqueros se han encaramado a los más altos sitios del templo de nuestra civilización, es nuestra tarea de hoy restaurar ese templo volviendo a los antiguos valores.

Tal restauración, sin embargo, depende de la medida en que volvamos a los valores morales más nobles que la mera búsqueda de las ganancias

monetarias. La felicidad no consiste en la mera posesión del dinero, sino en la alegría que dan los logros y el placer del trabajo creativo. El estímulo moral del trabajo suele perderse en la loca persecución del lucro.

Estos días oscuros serían, no obstante, provechosos si siquiera nos enseñaran que nuestro verdadero destino es sostenernos a nosotros mismos y no querer ser sostenidos por el Estado.

El reconocimiento de la falsedad de las riquezas materiales como patrón de medida de éxito, trae a su vez aparejado el abandono de la falsa creencia de que los empleos públicos y los altos cargos políticos deben ser valorados por el enriquecimiento personal que brindan o la soberbia por la jerarquía que ostentan. Pero así también se debe terminar con la conducta puesta de manifiesto en el ambiente bancario y el mundo de los negocios que estimulan el egoísmo y la inconducta privada.

No es de extrañar que con este panorama la confianza desfallezca hasta desaparecer, porque la confianza se cimienta en la honestidad, en el honor, en la santidad de los compromisos adquiridos, en la buena fe y en una conducta desinteresada. Sin estas cosas, la confianza no puede existir. No obstante, aquella restauración no consiste sólo en cambios éticos, esta nación clama por acción y por una acción inmediata.

Nuestro primer empeño debe centrarse en poner a nuestra gente a trabajar.

No es un problema insalvable si lo enfrentamos con sabiduría y coraje. Puede ser acompañado, en parte, por el reclutamiento de mano de obra efectuada directamente por el Estado, encarando el tema del mismo modo que enfrentaríamos la emergencia de una guerra. Pero al mismo tiempo, a través de este empleo directo, aprovecharíamos la oportunidad de acometer los proyectos necesarios para estimular y reorganizar el uso de nuestros recursos nacionales. Paso a paso, con esto, deberíamos reconocer francamente la mala distribución de nuestra población dentro del territorio nacional, la sobrepoblación de algunos centros urbanos y la necesidad de un mejor uso de la tierra.

La tarea debe ser complementada por esfuerzos efectivos tendientes a elevar los valores de la producción agrícola y ganadera, riqueza que por propia gravitación se extenderá a las ciudades.

Paralelamente, debe ser encarada de modo realista la tragedia que sufren los propietarios urbanos y rurales por la pérdida creciente de sus casas y propiedades como consecuencia de la ejecuciones hipotecarias.

El gobierno federal y los gobiernos locales deberán actuar inmediatamente con medidas concretas tendientes a reducir los impuestos de esos propietarios, unificando además las actividades de asistencia social que en la actualidad están desarticuladas y por ello resultan antieconómicas e inequitativas. En ese orden de ideas pueden también someterse a un plan nacional todas las formas de transporte y comunicaciones, al igual que otras actividades que tengan definido carácter público. Hay muchas formas de encarar estos problemas, pero nada de eso se logrará simplemente hablando. Debemos actuar y actuar ya.

Enfáticamente digamos que en nuestro empeño hacia la restauración del trabajo requerimos de las salvaguardas para evitar que retornen los ciclos que soportamos. Es necesario restaurar una supervisión de las actividades bancarias, de crédito e inversión. Debe cesar la práctica de especular con el dinero ajeno y debe haber una adecuada emisión monetaria pero que al mismo tiempo asegure una moneda sólida y estable.

Estas son las líneas de ataque. Yo voy a solicitarle al Congreso en sesión especial, leyes concretas para afirmar aquellas medidas y buscaré la colaboración de los diversos Estados. A través de este programa de acción pondremos la Nación, que es nuestra casa, en orden.

Nuestras relaciones comerciales con otros países, aunque importantes, desde luego, son sin embargo secundarias en este momento. Primero debemos establecer una sólida economía nacional, porque 'primero es lo primero'. Yo no ahorraré esfuerzo alguno para restablecer nuestro comercio internacional propiciando las medidas económicas que fueren necesario para abrirnos al mundo porque nuestro país no puede esperar. No se crea que este es un temperamento mezquinamente nacionalista. Sólo se trata de preservar la integridad de nuestra nación y el espíritu pionero de sus habitantes.

Respecto de la política internacional yo adhiero a la política del 'buen vecino', del vecino que se respetó a sí mismo y que, por sobre todas las cosas, es capaz de respetar el derecho de los demás. El vecino que cumple con sus compromisos y respeta la santidad de los acuerdos firmados y centrado 'en un mundo de vecinos' y 'con un mundo de vecinos'.

Si yo interpreto correctamente la voluntad del pueblo, creo que se ha hecho carne de la absoluta interdependencia que existe entre cada uno de nosotros. Y que si queremos avanzar, tenemos que hacerlo como un ejér-

cito leal y bien entrenado. Dispuestos a sacrificarnos para lograr una férrea conducta, porque sin disciplina nada puede lograrse y ningún liderazgo resulta efectivo. En estos momentos debemos convertir al país en un enorme ejército: un ejército que marche ordenadamente al compás de la Constitución Nacional.

Es de esperar que el equilibrio de los poderes funcione acorde con la extraordinariamente difícil tarea que tenemos por delante. Puede ser que para lograr nuestro cometido debamos apartarnos temporariamente de ese equilibrio, estoy preparado para sumir plenamente mis deberes constitucionales y recomendar las medidas de excepción que sean necesarias.

Pero en el supuesto de que el Congreso no nos acompañe y en el caso de persistir la grave emergencia nacional, le pediré al Congreso las facultades propias que la Constitución prevé para casos de guerra interna, estamos efectivamente en guerra con esta crisis fatal y debemos comportarnos como si hubiéramos sido invadidos por un ejército extranjero”. (Buenos Aires, viernes 24 de mayo de 2002).

EL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN LA LEGISLACIÓN DE ARGENTINA Y ESPAÑA ¹

por RAÚL ALTAMIRA GIGENA ²

SUMARIO: I. Presentación del tema. II. El trabajador autónomo. III. El Estatuto del Trabajador Autónomo español.

I. Presentación del tema

Desde el *nacimiento* del derecho del trabajo, se ha consolidado como *ámbito personal de aplicación* a los trabajadores dependientes en empresas privadas.

El empleado público y de empresas del Estado, tanto en la legislación nacional y comparada, están regulados por el derecho administrativo. En la República Argentina, *excepto que por acto expreso del Estado (nacional, provincial o municipal) se los incluya en la legislación laboral, o en el régimen de las Convenciones Colectivas de Trabajo* (art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, en adelante L.C.T.).

Una importante corriente doctrinaria postula la incorporación de los empleados públicos de carrera (planta permanente, temporarios, transitorios y contratados), como *sujetos del derecho del trabajo, con una regulación especial que debería sancionarse por el Congreso Nacional*, es decir como *lege ferenda*.

Simultáneamente existen relaciones contractuales que no están reguladas legalmente en forma expresa, por “*aceptación tácita*”, o los

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada el 21 de abril de 2009.

² Académico de número.

“*usos y costumbres*”, se las considera comprendidas en el derecho del trabajo, con soluciones jurisprudenciales diferentes, son:

- 1) los bomberos voluntarios,
- 2) los integrantes de las órdenes religiosas, párrocos, monjes, etc.;
- 3) relación jurídica entre el dirigente sindical obrero electo con licencia gremial, y la organización sindical que dirige;
- 4) el trabajo de los condenados a reclusión o prisión;
- 5) el trabajo de los micro-emprendimientos; y
- 6) los dedicados al teleproceso ³.

II. El trabajador autónomo

Tradicionalmente se ha considerado que el ciudadano (varón o mujer) que trabaja *por su cuenta*”, es decir “*no tiene patrón*” en el sentido del derecho del trabajo, está *excluido* de éste, regulado por el derecho civil, como un clásico contrato privado (locación de servicios o de obras).

Desde hace más de treinta años, en el derecho nacional y comparado, se debate su encuadramiento legal, y que en algunas circunstancias puede estar comprendido en el derecho del trabajo, pero con nueva reglamentación, es decir mediante una ley que expresamente consagre el Parlamento nacional.

Estos trabajadores reclaman judicialmente como “*trabajador dependiente*”, por la prestación personal e indelegable, respondiendo el dador de trabajo la inexistencia de la dependencia y por lo tanto excluidos de la legislación laboral.

Propiciamos -con fundamentos jurídicos y fácticos- la sanción de una norma especial que los incluya en el derecho del trabajo, como en la legislación española con el nuevo “Estatuto del Trabajador Autónomo”, sancionado el 11/7/07, donde no obstante no ser un *empleado o prestar*

³ Ver nuestro trabajo “Hacia un nuevo ámbito personal del derecho del trabajo”, en revista Derecho del Trabajo, 2008-B-833.

un servicio subordinado, por las modalidades de las tareas o de la actividad, debe estar amparado por el derecho del trabajo

Siguiendo al querido maestro -de feliz memoria- Mario Deveali ⁴, compartimos que el contrato de trabajo comprende algunos casos marginales de *locación civil*, cuando en los hechos existe una subordinación sustancial, el riesgo a cargo de quien presta servicios no difiere sensiblemente del que está a cargo de muchos trabajadores subordinados, como los retribuidos a destajo o sujetos a un régimen de rendimiento o producción; también los casos que la ejecución del *mandato* (esquema que guarda toda su autonomía y trascendencia frente a los terceros) implica una serie de prestaciones idénticas a las que caracterizan la locación de servicios.

¿Qué sentido tiene el vínculo de dependencia cuando el trabajador depende simultáneamente de muchos empleadores y puede encontrarse en la situación de tener que acatar órdenes contrastantes? ¿Cómo puede sostenerse un vínculo de dependencia, en el caso de tareas accidentales, como ocurre en el caso del changador que lleva una valija, de conformidad con las instrucciones la vigilancia directa del propietario del equipaje?

En los contratos de servicios profesionales, gravita notoriamente que su prestador es motor inagotable de evolución y desarrollo y por ello, necesita de un marco donde su actividad encuentre “utilidad social”.

“El ejercicio de una profesión liberal, llega a constituir un verdadero contrato de trabajo cuando se desarrolla como función de colaboración permanente con vínculo continuado y evidente jerarquización, obligándose el profesional a acatar y cumplir las órdenes del empleado, aunque no exista dependencia técnica, careciendo de relevancia el hecho de calificar de “honorarios”, a las periódicas entregas de dinero efectuadas por el principal”.

En el contrato de trabajo, el trabajador presta un servicio por cuenta ajena, para ello pone a disposición del empleador la fuerza y capacidad de trabajo, careciendo del poder de decisión en numerosos aspectos en la prestación del servicio.

“La habitualidad del servicio profesional, la identidad de los servicios prestados, la actividad de la empresa, el control o dirección que sobre esa

⁴Mario DEVEALI, en su clásica obra *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3ª ed. de 1956.

actividad realiza el empresario, el riesgo económico del servicio, la provisión de los materiales indispensables para llevarlo a cabo, son todos elementos coadyuvantes para configurar jurídicamente la relación”⁵.

En infinidad de casos, la locación de servicios es utilizada para ocultar una relación de trabajo subordinada (jurídica y económicamente), ello acontece especialmente en el contrato de prestaciones profesionales.

*“Una gran cantidad de personas que ejercen profesiones liberales han debido subordinar su actividad y tal fenómeno se debe al creciente empobrecimiento y proletarización de la clase universitaria, a la extensión de los estudios y a la secularización de la cultura, sin que pueda omitirse que los cambios tecnológicos producidos en los últimos tiempos, al intelectualizar todas las modalidades de la actividad humana, han terminado por hacer desaparecer las diferencias profundas que existieron en otras épocas en que la distinción entre el trabajo manual y el intelectual se apoyaba en considerarlos como dos manifestaciones del espíritu humano inconciliable y que no podían merecer igual tratamiento jurídico”*⁶.

En nuestra opinión, en el derecho argentino se debe efectuar una nueva reglamentación que agrupe aquellos casos de locación de servicios o de obras, donde existe la prestación personal indelegable, profesionalidad, onerosidad y continuidad; por ejemplo, cuando un abogado desempeña su actividad profesional, respaldado con un mandato de su cliente en los cuales, además del primero de los elementos antes aludidos, hay una prestación efectiva de carácter continuado, una prestación habitual de servicios, siendo el dador de trabajo que regula el tiempo del trabajo (caso de participar durante varios meses en una negociación colectiva, que concluye en un C.C.T., máxime si es un letrado del interior que debe trasladarse a la Ciudad de Buenos Aires, descuidando totalmente sus otras actividades personales y profesionales.

⁵ Cámara Federal de la Seguridad Social, Capital Federal, Sala 2 (Fernández-Herrero), “Banco Popular Financiero S.A. c/ D.G.I. profesionales”, Sent. N° 70736, del 27 de febrero de 1997.

⁶ FRANCISCO DE FERRARI, *Derecho del trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, vol. I, pág. 290.

En la locación de obra, la autonomía del prestador del servicio, resulta solamente aparente, el riesgo a cargo del mismo es prácticamente nulo o casi nulo.

En los llamados *trabajadores autónomos*, el servicio o la prestación del servicio pueden ser accidentales, puede prestar su actividad simultáneamente a pluralidad de “dadores de trabajo”, o “*clientes*”, *la forma de realizar el trabajo hace* desaparecer la diferencia entre el obrero de fábrica y el mecánico que llamamos a nuestra casa para arreglar una cerradura, o un calefón, según nuestras indicaciones y bajo nuestra vigilancia; entre el médico interno de un sanatorio y el médico que llamamos a nuestro domicilio para aplicar inyecciones, según nuestras indicaciones.

Entendemos que la única solución posible, consiste en una esquematización *legislativa*, muy general, que podría ser la siguiente:

Es *contrato de trabajo, en sentido genérico*, porque una persona se obliga a ejecutar personalmente una obra, o a prestar un servicio por cuenta de otra, mediante una retribución.

Propiciamos que el contrato de trabajo -regulado por el derecho del trabajo- *pueda tener por objeto un trabajo subordinado y un trabajo autónomo*.

“Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra, y bajo la dependencia la dependencia de ésta, durante un período determinado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las C.C.T., o los laudos con fuerzas de tales y los usos y costumbres” (art. 21 L.C.T.).

La misma norma considera “*relación de trabajo*”, “cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio a favor de otra, bajo la dependencia de ésta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le de origen” (art. 22 L.C.T.).

El *contrato de trabajo autónomo*, se da cuando su ejecución no importa un vínculo de dependencia, pero existe la prestación continuada, se realiza en forma personal e indelegable (situación de los abogados asesores de empresas, de sindicatos, de cooperativas, cámaras patronales, etc.), donde las condiciones personales, idoneidad del prestador del

servicio (fundamental para la formalización del vínculo), lugar de trabajo y jornada de prestación del servicio son seleccionadas libremente por el “cliente” o “dador de trabajo”.

En sentido coincidente, Ramírez Gronda⁷ y Roberto García Martínez cuando expresa que “*el contrato de trabajo es una expresión moderna de la locación de servicios...*”⁸.

No existe absoluta uniformidad de opiniones acerca del requisito de la *exclusividad* del empleo, la mayoría de los autores entienden que la “dependencia”, característica del contrato de trabajo, implica “*el monopolio de la actividad del obrero, manifestado por la prohibición de realizar otros trabajos, de la misma índole o de índole distinta, sea en provecho del mismo obrero, o en provecho de otras personas*”⁹.

Este autor -a semejanza de otros- admite la necesidad de la *continuidad*, para que haya *dependencia*, pero no considera necesario enunciarlo aparte, por considerarlo implícito en el concepto de dependencia en el sentido especial que le atribuye.

La tesis actual -entre los que se encuentra Arturo Brostein- dice: “*La atención que en los años ochenta se centraba en el trabajo llamado ‘atípico’ hoy se ha desplazado hacia otras formas de trabajo de las que se discute si están o no en el ámbito del derecho del trabajo. No quedan dudas de que algunas de ellas se encuentran dentro de una zona gris, en la que no se puede determinar con precisión si responden o no a la definición de la relación de trabajo, tal como ha sido elaborada por el derecho del trabajo. De otras se dice que son formas de empleo económicamente dependientes pero jurídicamente independientes. En fin, quedan aún aquellas otras en donde a poco de indagar se puede llegar a separar la realidad del trabajo subordinado de un envoltorio jurídico de derecho civil o comercial, que las partes interesadas le han querido dar, a menudo de buena fe pero a veces también motivadas por el solo interés de encubrir la existencia de una verdadera relación de trabajo*”.

⁷ Juan D. RAMÍREZ GRONDA, *El contrato de trabajo*, edición de 1945.

⁸ Roberto GARCÍA MARTÍNEZ, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1945, pág. 95.

⁹ Alejandro GALLART FOLCH, *Derecho español del trabajo*, pág. 10.

“Frente a estas nuevas (y no tan nuevas) formas de relación jurídica en torno a la prestación de trabajo, la reacción del derecho del trabajo ha sido de desconcierto. Durante mucho tiempo se aceptaba sin mayores problemas que el trabajo sólo podía ser subordinado o independiente, y el derecho del trabajo sólo se ocupaba del primero. Por trabajo subordinado se entendía aquél en donde el empleador ejercía sobre el trabajador los poderes de dirección, de control de la actividad y disciplinario, al que se agregaban algunos elementos como la continuidad y el pago regular de una remuneración, generalmente en función del tiempo de trabajo y sólo en menor medida de la producción o los resultados. Todo lo que no encajaba dentro de esos parámetros era trabajo independiente, según los casos caía dentro del ámbito de aplicación de la legislación civil o la comercial, pero no en el del derecho del trabajo”.

*“Simple, coherente y ajustado al entorno social en el que se formuló, este enfoque se revela sin embargo simplista e insuficiente, además de injusto cuando la realidad actual nos muestra que un número creciente de trabajadores prestan servicios en condiciones reales de dependencia sin que por ello se le reconozca calidad de trabajadores empleados o asalariados. Quizás no **subordinados**, pero en todo caso **dependientes**, estos trabajadores se encuentran en una situación mucho más vulnerables que la de quienes se benefician de la protección dimanante del derecho del trabajo”.*

*“Como lo ha destacado desde hace años la O.I.T., se ha producido un fenómeno de **desenfoque de la relación de trabajo**, término que se utilizó por primera vez con motivo de la elaboración de un documento técnico sometido a una reunión de expertos sobre ‘**trabajadores en situaciones que necesitan protección**’, caracterizada por el hecho que la legislación del trabajo -por así decirlo- **apunta** en una dirección, pero los trabajadores que necesitan su protección encuentran en otra”.*

*“Este **desenfoque** puede presentar diferentes variables, que responden a **tres tipologías principales**. Una de ellas, es **la relación de trabajo objetivamente ambigua**, que existe por ejemplo, cuando un prestador de servicios aparentemente autónomo trabaja exclusivamente para un solo cliente y además lo hace en condiciones de cuasi subordinación”.*

*“Otra, quizás la más fácil de resolver, es **la relación de trabajo encubierta bajo la forma de un contrato de prestación de servicios de tipo civil y comercial**; en este caso el fraude laboral es más o menos evidente y su sanción es la sumisión de dicha relación al derecho del trabajo”.*

*“A ellas se añaden ciertas relaciones de **trabajo triangulares** en donde la dificultad consiste en identificar quién es el verdadero empleador de un trabajador”.*

*“El denominador común de todas estas situaciones es **la desprotección del trabajador**. Sin embargo, su variedad hace que no sea posible ofrecer a las mismas una solución común”.*

*“La O.I.T. hizo la experiencia de pretender abarcarlas a todas en un solo proyecto de instrumento, sobre el **‘trabajo en régimen de subcontratación’**, luego de dos discusiones en las reuniones de las Conferencias de 1997 y 1998, tuvo que dejarlo de lado. En la actualidad los trabajos de la O.I.T. se orientan hacia la elaboración de un instrumento que debería estar centrado en las relaciones de trabajo encubiertas”.*

*“En el ámbito nacional comienza un desarrollo interesante de la legislación y la jurisprudencia, paulatinamente van ampliando la definición de **trabajador** de manera de poder abarcar situaciones en donde la naturaleza de la prestación del trabajo, o el tipo de relación entre prestadores de trabajo y empresas, sitúan a éstas en zonas grises, porque el trabajador no está totalmente subordinado a la empresa ni tampoco es totalmente autónomo”.*

*“En este punto es interesante constatar que el principio de **la primacía de la realidad** se ha transformado en un criterio preponderante para determinar la naturaleza laboral o civil de una prestación de trabajo o de servicios, y ello en países tan diferentes como Canadá, Nueva Zelanda, Sudáfrica y una mayoría de países de América Latina, mientras que en Irlanda los propios interlocutores sociales han identificado un grupo de **indicios**) cuya presencia permitiría determinar si está o no en presencia de una relación de trabajo”.*

“Se insinúa una tendencia hacia la extensión de ciertas formas de protección laboral a situaciones jurídicas fronterizas entre la relación de trabajo y la prestación de trabajo o servicios dentro del

marco de un contrato civil o comercial. La Directiva de la Comunidad Europea 86/652/ EEC, sobre los agentes comerciales independientes exige que éstos tengan una remuneración mínima y demanda que la terminación de su relación con la empresa que representa esté sujeta a un período de preaviso”.

*“De la misma manera, la ley inglesa de 1998, sobre salario mínimo, se aplica no sólo a los trabajadores asalariados sino también a otros trabajadores que prestan servicios personales aún cuando no tienen formalmente la condición jurídica de empleados. La ley sudafricana sobre condiciones básicas de empleo permite que la autoridad pública decida su extensión total o parcial a trabajadores cuya relación jurídica ha sido definida como de **“contratista dependientes”**”.*

*“Las personas que en el derecho alemán se definen como en **‘situación semejante a la del empleado’ (Arbeitnehmerähnliche personen)**, a quienes en razón de su dependencia económica se reconoce ciertos derechos propios de los asalariados (por ejemplo vacaciones, seguridad e higiene, negociación colectiva, acceso a los tribunales de trabajo), pero no todos ellos, o los gerentes de fondos de comercio en el derecho francés, a quienes se consideran como trabajadores independientes en sus relaciones con terceros pero asalariados en sus relaciones con el proveedor. Ha ido más allá el Código de Trabajo francés, que expresamente confiere la condición de asalariados a trabajadores de ciertas categorías profesionales, como los trabajadores a domicilio, asistentes de maternidad, periodistas free lance y artistas de espectáculo, que en razón de las condiciones en que desempeñan su actividad podrían haber sido considerados como trabajadores autónomos”.*

*“Finalmente, el tratamiento que hace en Italia la reforma Biagi, de la llamada **‘collaborazione coordinata e continuativa’**, la que reconoce una condición jurídica cuasi laboral a ciertos trabajadores **‘parasubordinados’**”.*

*“Todos estos problemas son motivo de creciente atención por parte de la Unión Europea, que patrocinó el estudio sobre **“Transformación del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa”**, de 1999, conocido como **“Informe Supiot”**, su coordinador, junto con el informe de la O.I.T. sobre el ámbito de la relación de trabajo,*

sometido a la reunión de la Conferencia de 2003, constituyen referencias ineludibles en el estudio de esta problemática”.

*“Recientemente -en el ámbito de la U.E.- se ha comenzado a utilizar la expresión **“trabajadores económicamente dependientes”**, para referirse a aquellos trabajadores que son jurídicamente autónomos pero en los hechos dependen de un sola fuente de trabajo.*

*“En suma, hoy nos enfrentamos, es el **‘reenfoque de la legislación del trabajo’**, o quizás con mayor propiedad, el reto de dotarla de un objetivo **‘gran angular’**, de suerte que puede enfocar no sólo al trabajo subordinado -en sentido estricto del término- sino también a los trabajadores que se encuentran en su periferia, de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes pero no jurídicamente subordinados”*¹⁰.

La Ley de Relaciones de Trabajo de la provincia de Ontario, considera como empleado subordinado al llamado *“contratista dependiente”*, definido como una persona, empleada o no en virtud de un contrato de trabajo, y aportando o no herramientas, vehículos, equipo, maquinaria u otros bienes de su propiedad, ejecuta trabajos o presta servicios para otra persona mediante compensación o retribución, en términos tales que se encuentra en posición de dependencia económica y bajo obligación de ejecutar tareas para la otra persona en condiciones más próximas a una relación de trabajo que a la de un contratista independiente.

La definición de *“empleado”*, del art. 6º de la Ley de Relaciones de Trabajo, actualizado al 2000, posee las siguientes notas tipificantes: la forma de determinar el trabajo, el cumplimiento de un horario, las modalidades del pago del servicio, la naturaleza personal de la prestación del trabajo o del servicio, el ejercicio de un poder de supervisión por el “cliente”, el suministro de herramientas, útiles, equipos o software por el cliente, la asunción de ganancias, regularidad del trabajo, acceso directo a la clientela, y exclusividad del servicio.

Constituye un aporte valioso para definir el tema, la Directiva 86/653 CEE del Consejo del 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros -en lo referente a los agentes comerciales independientes-.

¹⁰ “Retos actuales del derecho del trabajo”, Revista Derecho del Trabajo, t. 2005-B-1367.

Aporta numerosos elementos de meditación sobre el tema, el trabajo dirigido por A. Supiot¹¹.

Muchas discrepancias entre los autores derivan esencialmente del distinto sentido que atribuyen a la palabra “*dependencia*”. Los que la usan en su acepción general -como lo hace el maestro Deveali, por ejemplo- admiten que se encuentra en otras relaciones extrañas al contrato de trabajo y, por consiguiente, se debe integrar su concepto con otros requisitos cuyo concurso se presenta solamente en el contrato de trabajo.

Esta necesidad no existe -en cambio- para los autores que, a semejanza de Gallart Folch, se refieren a la dependencia *en sentido específico*.

Para mi querido padrino de tesis, de feliz memoria, Prof. Dr. Mariano Tissembaum, “*el concepto de la dependencia debe interpretarse en forma específica y condicionada por la figura contractual derivada de la prestación del trabajo, porque constituye su modalidad particular. La relación contractual de las figuras jurídicas clásicas del derecho civil no comprende este aspecto*”.

Para numerosos tratadistas, en lugar de constituir la *dependencia*, el elemento que caracteriza el contrato de trabajo, lo consideran como *caracteres del contrato de trabajo, al tipificar a la dependencia específica, como propia del mismo*.

El maestro mexicano Mario de la Cueva, coincide con este punto de vista cuando afirma que la “*prestación de servicios profesionales -que corresponde al contrato de trabajo autónomo- nació como una necesidad frente al contrato de obra reglamentado por el Código Civil, pero nada se opone a que el moderno contrato de trabajo tome algo de los contratos; es más, debe hacerlo si se toma en cuenta que ahí donde existe la misma razón, debe aplicarse idéntico concepto*”¹².

Para la doctrina alemana, como Jacobi, que el contrato en virtud del cual se encarga a un médico de una intervención quirúrgica, o la curación

¹¹ A. SUPIOT, *Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Valencia, Tirant Lo Blanc; el informe de Adalberto PERULLI, “Travail économiquement dépendant / para subordinación: les aspects juridiques, sociaux et économiques”, edición “El ámbito de la relación de trabajo”, presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo, N° 91^a, reunión del año 2003, estudio solicitado por la Comisión Europea.

¹² MARIO DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I.

de un enfermo, es un *Werkvertrag* (locación de obra); en cambio, el contrato mediante el cual se encarga al médico de vigilar, sea durante cierto tiempo o indefinidamente a una persona, como médico de cabecera, estipula un *Dienstvertrag* (locación de servicios); pero encierra un servicio autónomo. El contrato del médico de hospital, del médico de navío, etc., es un contrato de trabajo *Arbeitsvertrag* ¹³.

En sentido idéntico, Eduardo Stafforini, por entender que las características esenciales del vínculo jurídico que dan lugar las relaciones de trabajo, se reducen a la ejecución de un trabajo o a la prestación de un servicio por cuenta de terceros y mediante una remuneración ¹⁴.

De haber existido una norma federal regulando el *trabajo autónomo ejecutado en forma personal e indelegable*, diferentes hubieran sido los fundados de la Corte Suprema de Mendoza en los autos “Ramírez Mariano c/ Cía. Minera Aguilar S.A.” ¹⁵ y del Tribunal Superior de Córdoba, en “De Francesca Antonio c/ Cámara de Comercio de Córdoba” (julio de 2003). Ramírez como De Francesca, eran abogados de cada demandada, intimaron a los dadores de trabajo le aclararan la situación laboral, y ambos prestaron negaron la existencia de una relación dependencia, y por lo tanto consideraron que estaban vinculados mediante una locación de servicios, regidos por el Código Civil.

Los máximos tribunales provinciales, tuvieron que adecuar y “*forzar*” **la prueba**, para determinar que la naturaleza jurídica del vínculo era la subordinación o dependencia.

Acertadamente ha escrito Silvina María Livellara, “... *para evitar que el precedente -Ramírez- se traduzca en una reticencia o desconfianza de las empresas, en la contratación de abogados, estimamos que los tribunales laborales, deberán analizar con suma cautela y estrictez los reclamos que efectúen abogados contra un supuesto empleador, ya que frente a su conocimiento del derecho, y por aplicación del principio de “buena fe contractual” y de razones elemen-*

¹³ *Grundlehren des Arbeitsrechts*, citado por DE LA CUEVA, op. cit., p. 449.

¹⁴ Eduardo STAFFORINI, “Necesidad de revisar el actual concepto de contrato de trabajo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, 1950, pág. 68.

¹⁵ Sentencia del 21/3/01, publicada en D.T. 2002-A-953.

tales de “**ética profesional**”, no resulta adecuada la aplicación automática de la legislación protectora laboral”¹⁶.

Por lo expuesto, nuevamente propiciamos a los legisladores nacionales, con el apoyo de jus laboralista, actualicen las normas del derecho del trabajo, consagrando una nueva regulación que contemple en el derecho del trabajo, al llamado **trabajo autónomo prestado en forma personal e indelegable (sea o no profesional universitario)**.

III. El Estatuto del Trabajador Autónomo español

Interpretando las propuestas precedentes, el Parlamento español, aprueba el 11 de julio de 2007, la ley N° 20, publicada en el B.O.E. el 12/7/07. Denominado “*Estatuto del Trabajo Autónomo*”; consta de 29 artículos, encuadrados en cinco títulos, 19 disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y seis finales.

En el “Preámbulo”, afirma que las garantías constitucionales no se circunscriben al trabajo por cuenta ajena, porque los destinatarios son los “*españoles*” o los “*ciudadanos*”, o cuando encomienda a los poderes públicos la ejecución de determinadas políticas, no las limita a los trabajadores dependientes,

La Unión Europea ha protegido el *trabajo autónomo* en numerosos instrumentos normativos, por ejemplo la aplicación del principio de *igualdad de trato* entre hombres y mujeres, las actividades agrícolas, la protección de la maternidad, la salud, seguridad en el trabajo, etc..

En general, en los países de la Unión Europea las referencias a la figura del **trabajador autónomo** se encuentran dispersas por toda la legislación social, especialmente la de seguridad social y de prevención de riesgos.

El nuevo Estatuto español se trata del primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, constituyendo un hito en el ordenamiento jurídico del derecho comparado.

¹⁶ Silvina María LIVELLARA, D.T. 2002-A-952/964.

Desde el punto de vista económico y social, la figura del trabajador autónomo actual no coincide con la de hace algunas décadas. En el siglo pasado -jurídicamente- existían dos categorías de trabajadores: 1) el dependiente o asalariado, ajeno a los frutos y a los riesgos de cualquier actividad emprendedora; y 2) el auto empleo o trabajo autónomo, con carácter circunscrito, en general, a actividades de poca rentabilidad, de reducida dimensión, e innecesarias de fuertes inversiones financieras, por ejemplo, la agricultura, la artesanía o el pequeño comerciante.

Actualmente la situación es diferente, el trabajo autónomo prolifera en países de elevado nivel de renta, en actividades de alto valor añadido, a consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones, constituye una libre elección para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie.

De lo expuesto surge que estamos en presencia de un amplio colectivo que realizó un trabajo profesional, arriesgando sus propios recursos económicos y aportando su trabajo personal e indelegable, en la mayoría de los casos, sin ayuda del asalariado; en definitiva, es un colectivo que demanda una protección social semejante a la de los trabajadores dependientes, o por cuenta ajena.

El Estatuto tiene como ámbito personal de aplicación, a ***“las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”*** (art. 1º, primer párrafo).

“También se aplica a los trabajos realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior, que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena” (acorde a la definición del art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores) - (art. 1º, segundo párrafo).

La norma en estudio incluye independientemente, el denominado ***“trabajador autónomo económicamente dependiente”***, que son los que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo, de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica denominada ***“cliente”*** del que depende económicamente por percibir del mismo, al menos, el setenta y cinco por ciento (75%) de sus ingresos por rendimiento de trabajo y de actividades económicas o profesionales (art. 11º).

La diferencia entre el “*trabajador autónomo*” y el “*trabajador autónomo económicamente dependiente*”, obedece a una realidad social, la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata; por ello, la ley prevé que este empresario es su principal cliente y le otorga a este trabajador al menos el 75% de sus ingresos.

Debe formalizarse un contrato escrito registrado en la oficina pública correspondiente cuyo recaudo se establecerá en la reglamentación correspondiente (art. 2º).

Están comprendidas en esta ley las siguientes actividades -cumpliendo los recaudos anteriores-:

- los socios industriales de sociedades en legal forma;
- los comuneros de las comunidades de bienes y, los socios de sociedades civiles irregulares (salvo que se limiten a la mera administración)
- los que ejerzan las funciones de dirección y gerencia, o presten diversos servicios para la sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo, de forma habitual, personal y directa (art. 1.2)

Están excluidos expresamente de la ley:

- los que no cumplan los requisitos señalados en los apartados precedentes;
- las relaciones de trabajo por cuenta ajena, según lo define el Estatuto de los Trabajadores;
- los que se limitan -pura y simplemente- al mero desempeño del cargo de consejero o miembros de los órganos de administración en las empresas constituidas conforme a la ley de sociedades;
- las relaciones laborales especiales contempladas en el art. 2º del Estatuto de los Trabajadores;
- los menores de 16 años, aunque trabajen en grupos familiares (arts. 2º y 9º)

El “*trabajador autónomo y el económicamente dependiente*”, gozarán una licencia anual mínima de dieciocho (18) días hábiles, sin perjuicio de un mayor beneficio de común acuerdo (art. 14.1)

Mediante contrato escrito individual se determinará el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los días festivos (art. 14.2)

El horario de la actividad diaria, deberá conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 14.4)

La trabajadora amparada en esta ley, víctima de la violencia de género, tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad, con el objeto de hacer efectivo su derecho a la asistencia social integral (art. 14.5)

El contrato entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente, *se podrá extinguir* por las siguientes causales: (art. 15)

- Mutuo acuerdo de las partes.
- Causas expresamente consignadas en el contrato, salvo que constituyan abuso del derecho manifiesto.
- Por muerte.
- Por jubilación o invalidez incompatible con la actividad profesional según la legislación de seguridad social.
- Renuncia del trabajador mediante preaviso conforme a los usos y costumbres.
- Voluntad del trabajador por incumplimiento contractual grave del cliente.
- Por decisión del cliente por causa justificada, debiendo mediar preaviso según los usos y costumbres.
- Decisión de la trabajadora por considerarse víctima de violencia de género.
- Quién decida disolver el contrato por incumplimiento contractual de la otra parte, tendrá derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según lo acredite, conforme lo dispone la legislación.
- Cuando el trabajador autónomo, sin causa justificada, denuncie el contrato, *el cliente* podrá solicitar los daños y perjuicios que estime pertinente, según lo demuestre judicialmente.
- Cuando no esté regulada la reparación por la extinción, a los efectos de determinar su cuantía, se tomarán en consideración: el tiempo faltante de duración del contrato; la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y, el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato.

Será competente para entender los conflictos entre los trabajadores autónomos dependientes y el cliente, los órganos jurisdiccionales del or-

den social (para nosotros, jueces del trabajo), es **requisito prejudicial**, la tentativa conciliatoria o de mediación ante el órgano administrativo correspondiente (arts. 17 y 18).

Con relación a los **derechos colectivos**, considera como su asociación profesional representativa la que cumpla los siguientes recaudos:

a) esté inscripta en el registro especial establecido a tal efecto; b) demuestre **objetivamente** una suficiente implantación en el ámbito territorial en que actúe, el número de asociados; c) que haya firmado convenios o acuerdos con sus clientes; d) los recursos humanos y materiales, e) los acuerdos de interés profesional que hayan participado; f) la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación, y, e) cualquier otro criterio de carácter objetivo que pueda determinar la norma reglamentaria (art. 21.1).

La condición de **asociación representativa en el ámbito estatal**, será declarada por un Consejo integrado por funcionarios de la administración general del Estado, y expertos de reconocido prestigio imparcial e independientes (art. 21.2).

El Título IV, a partir del art. 23, establece la protección social del trabajador autónomo, **teniendo derecho al mantenimiento de un régimen público de seguridad social** que se denominará “**Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos**”, que estarán obligados a cotizar en los términos previstos en el art. 15 de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo N° 1° del 20/6/94.

Finalmente, el Título V, a partir del art. 27, impone a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, **adoptar políticas de fomento del trabajo autónomo** dirigidas al establecimiento de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, adoptando programas de ayuda financiera a las iniciativas económicas de las personas emprendedoras, con el auspicio de política fiscal adecuada.

En síntesis, propiciamos una nueva ley, similar a la del derecho español, que considere dentro del **ámbito personal del derecho del trabajo**, a los **trabajadores dependientes de empresas privadas y públicas (excluyendo los funcionarios políticos o electivos)**, los **enunciados como situaciones especiales (dirigentes sindicales con licencia gremial, bomberos voluntarios, órdenes religiosas, trabajo de penados o condenados, los mini emprendimientos, y los dedicados al “tele**

proceso”), a los trabajadores autónomos dependientes, que realizan actividades en forma personal e indelegable, pero con principios propios, un nuevo **“lenguaje”**, porque son nuevas relaciones, que exigirán a los **doctrinarios y legisladores, una actitud creativa, innovadora, con visión de futuro.**

Ello generará seguridad jurídica, reducirá considerablemente la litigiosidad, conducirá a una verdadera paz social, ya que no existe un país próspero, pujante y en desarrollo, con incremento del litigio judicial, haciendo nuestro lo afirmado por la ex presidenta del la hermana República de Chile: *“la gente no quiere más peleas, quiere ver a los líderes trabajando”*, y agrego: en paz, con justicia, solidaridad y honestidad.

LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA Y LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL ¹

por JUAN MANUEL APARICIO ²

SUMARIO: I. Generalidades. Antecedentes. 1. La imprevisión y los Congresos de Derecho Civil. 2. Cambio de circunstancias posteriores a la celebración del contrato. 3. Derecho romano. 4. La cláusula *rebus sic stantibus*. Derecho canónico y post glosadores. 5. Codificaciones germánicas. 6. El ocaso de la doctrina de la cláusula. 7. El renacimiento de la doctrina de la cláusula. 8. Divergencias sobre la conveniencia de una norma general. 9. La reforma de la ley 17.711 y la imprevisión. Segundo y Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. 10. La fórmula legal II. Ámbito de la figura de la imprevisión. 1. Contratos de ejecución diferida o continuada. 2. Contratos onerosos conmutativos. 3. Contratos aleatorios. 4. Contratos asociativos. 5. Contratos a título gratuito. III. Requisitos de la aplicación de la figura. A. Excesiva onerosidad. 1. Noción. 2. El alea normal del contrato. 3. Modalidades de la excesiva onerosidad. 4. ¿Puede tornarse onerosa una prestación ya cumplida? 5. ¿Puede tornarse excesivamente onerosa la prestación pendiente del perjudicado cuando la de la contraparte ya ha sido cumplida? B. El acontecimiento extraordinario e imprevisible. 1. Noción. 2. Clases. Morigeración del rigor del requisito. 3. La determinación de lo imprevisible. 4. La depreciación monetaria. 5. ¿Cuándo debe producirse el acontecimiento? 6. Diferencias con el caso fortuito. C. Falta de culpa del perjudicado. 1. Noción. IV. Efectos de la imprevisión. 1. La resolución. 2. Efectos de la resolución. 3. Vía para articularla. 4. La revisión de lo pactado. 5. Alcance de la revisión. 6. Modo de articular la revisión. 7. La distribución de los remedios de la imprevisión. 8. La posibilidad de que el perjudicado solicite la revisión. Controversia. 9. Las diferencia sustanciales entre la lesión y la imprevisión. 10. La posibilidad de que no se pueda eludir la revisión, en el supuesto de excesiva onerosidad sobreviviente. 11. La razón de la distribución esquemática de los remedios hecha en el art. 1.198. 12. La situación no prevista.

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada del 5 de mayo de 2009.

² Académico de número.

I. Generalidades. Antecedentes

1. *La imprevisión y los Congresos de Derecho Civil*

En la incorporación del supuesto de la excesiva onerosidad sobrevinida a nuestra legislación, ha desempeñado un papel destacable como antecedente, la labor científica desplegada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Sin embargo, no puede olvidarse que en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil que tuvo lugar en Córdoba en el año 1937, ya se manifestó una inquietud sobre el tema. A su vez, la recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, aprobada el 14 de octubre de 1961, fue reproducida *ad pedem litterae* por la ley 17.711, cuando en 1968 introdujo la figura en la modificación al art. 1198 del Código Civil. Analizar hoy el desarrollo que ha tenido en nuestro derecho la fórmula legal vigente equivale, al mismo tiempo, a poner de manifiesto el destino que le cupo a la mencionada recomendación.

2. *Cambio de circunstancias posteriores a la celebración del contrato*

Los que contratan lo hacen en el ámbito de ciertas circunstancias de hecho económicas, jurídicas y de otra índole, existentes en el momento de celebración del acuerdo, que configuran el contexto en el cual deciden manifestar su voluntad común de concluir el convenio.

Ahora bien, frecuentemente, en la vida del derecho se celebran contratos que no están destinados a agotar sus efectos en el momento de perfeccionamiento, sino que generan una relación destinada a prolongarse en el tiempo. En estos casos, cuando por hechos posteriores a la celebración del acuerdo, estando pendiente la actuación del programa contractual, sobreviene un cambio de las circunstancias originarias, cabe preguntarse: ¿puede cualquiera de las partes pretender desvincularse del convenio o que se modifiquen sus estipulaciones?

La respuesta, por vía de principio, debe ser negativa. El contrato es, por antonomasia, un acto de previsión: cuando se ha decidido que su ejecución dure o se difiera en el tiempo, lo que las partes persiguen es asegurar que lo convenido subsista a pesar del cambio ulterior de las condiciones de hecho; como acertadamente se ha expresado, el contrato se hace

“contra ese cambio imaginable, con el designio de que él no sea conmovido ni zarandeado por los flujos y reflujos de las circunstancias”³. Si la obligación del deudor tuviera que seguir los vaivenes de las cambiantes circunstancias, poco y nada quedaría del contrato; se destruiría su utilidad y se introduciría la inestabilidad en la vida económica con grave trastorno de la seguridad jurídica.

Pero esta regla incontrovertible no puede ser absoluta; hay supuestos en que por un acontecimiento extraordinario que escapa a toda previsión razonable, se modifican las circunstancias existentes en el momento de celebración del convenio y se agravan considerablemente las obligaciones de una de las partes, en manera tal, que se destruye la relación de equivalencia entre las prestaciones y el contrato oneroso pierde su sentido originario⁴. En estos casos hacer prevalecer de modo inflexible el respeto de la palabra empeñada, conduce a soluciones reñidas con los más elementales postulados de justicia.

La cuestión plantea, con perfiles sobremanera nítidos y definidos, el problema más arduo y capital del derecho positivo: establecer un correcto equilibrio entre los dos valores supremos del orden jurídico: la justicia y la seguridad, expresiones que no son antitéticas sino que se complementan, en cuanto configuran las dos caras del bien común⁵.

3. Derecho romano

En el derecho romano no se acuñó ninguna regla en torno de esta situación. Como en este derecho no se admitía de modo general el principio de la eficacia vinculante de la promesa, esto es, el *pacta sunt servanda*, correlativamente, no se encuentran previsiones genéricas que subordinen la subsistencia del vínculo contractual al mantenimiento de un estado de

³ Alfredo ORGAZ, *Nuevos estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 1954, “El contrato y la doctrina de la imprevisión, N° 1, pág. 26.

⁴ Karl LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, pág. 98.

⁵ LE FUR, *Los fines del derecho*, México, 1944, pág. 19.

hecho originario. En la época romana, la inquietud de admitir una conexión entre la mutación de las circunstancias primitivas y la perduración del vínculo contractual, tuvo antecedentes en la conciencia moral, al margen de las fuentes. Se encuentran referencias a tal condicionamiento, en dos de las obras más representativas de la escasa producción filosófica romana, las de Cicerón y Séneca ⁶. Estos tratamientos de la filosofía estoica, tuvieron el destino futuro de influir en la filosofía escolástica, por la afinidad de ideas de ambas concepciones. Y, a su vez, en el hecho del influjo de la filosofía escolástica sobre las fuentes canónicas, es posible rastrear los vasos comunicantes para la penetración de este pensamiento en el campo del derecho.

4. *La cláusula rebus sic stantibus. Derecho canónico y post glosadores*

Los primeros vestigios de la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*” es dable hallarlos en el *Decreto* de Graciano y en la *Summa*

⁶ Cicerón, en Lib. I, Cap. X, *De officiis*, justifica el incumplimiento de la promesa por la mutación del estado de hecho. Formula ejemplos que serían luego muy repetidos por juristas: el abogado que ha prometido su asistencia en una causa, no está obligado a cumplir su promesa si, al momento de tener que observarla, se le enferma gravemente un hijo. En la misma línea de pensamiento da el ejemplo del depósito de una espada; ésta no deberá ser entregada al depositante si éste ha devenido demente. Tampoco deberá ser restituido el dinero depositado a quien promueve una guerra contra la patria. En términos más generales, Séneca, en Lib. IV, *De beneficiis*, en el Cap. 34, señala como base del deber moral derivado de la promesa, la persistencia de una situación de hecho inmutada. El hombre sabio no cambia su determinación de voluntad a la cual ha llegado, si no sobreviene un cambio que justifique una nueva ponderación que le confiera “*libertatem de integro consulendi*”. Prosigue el desarrollo de este aforismo que los juristas italianos al tratar la cláusula *rebus sic stantibus*, repitieron con el tenor “*voluntas mutare non praesumitur*”, en el Cap. 35; el autor ilustra sus ideas con estos ejemplos: si he prometido mi asistencia legal y después resulta que la acción que tu quieres intentar está dirigida contra mi padre; si he prometido acompañarte en un viaje, y después recibo la noticia que ladrones tornan muy inseguro el camino; si he prometido asistirte legalmente, pero después se enferma mi hijo o mi mujer experimenta los dolores del parto. En todos estos casos el *officium*, no me obliga a mantener la palabra dada. Véase OSTI, “La così detta clausola ‘rebus sic stantibus’

Theologica de Santo Tomás ⁷. Pero fueron los post glosadores quienes elaboraron dicha doctrina, cuyo germen se encuentra en el derecho canónico. La expusieron con un alcance amplio, orientado a evitar que las exigencias de la seguridad jurídica, representada por el principio de la estabilidad de las convenciones, quebrantasen gravemente los postulados de justicia ⁸. Baldo y Bártolo sostuvieron por primera vez, en términos genéricos, en los que a su indeterminación se suma un contenido vario y heterogéneo, que todos los contratos sucesivos o diferidos en el tiempo se entienden hechos con el pacto tácito de que subsistirán, en tanto y en cuanto las circunstancias en las cuales fueron concluidos se mantengan sin alterarse en lo fundamental ⁹. A partir de estos post glosadores, la cláusula se incorpora definitivamente en la doctrina y es repetida por todos los comentaristas del Digesto.

5. Codificaciones germánicas

La doctrina se difundió y generalizó en los países de Europa hasta el siglo XVII en que comenzó a caer en desuso. Sin embargo, en la escuela

nell suo sviluppo storico”, en Rivista di Diritto Civile, 1912, N° 4, pág. 8; y voz “*Clausola rebus stantibus*”, en *Novissimo Digesto* italiano, t. III, N° I, pág. 353.

⁷ Tanto Santo Tomás como el *Decreto* de Graciano se refieren a casos en que el incumplimiento de la promesa no constituye *mendacium*; Santo Tomás trae a colación los ejemplos de Séneca, mientras que el *Decreto* de Graciano reproduce el ejemplo de la espada de Cicerón.

⁸ Para los antecedentes históricos de la figura, ver: OSTI, “La cosi detta clausola ‘rebus sic stantibus’ nell suo sviluppo storico”, en Rivista di Diritto Civile, 1912, N° 4, pág. 1 y ss.; *Clausola rebus sic stantibus*, Voz en *Novissimo Digesto Italiano*, t. III, pág. 353; en BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milán, 1943, pág. 15 y ss.; DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, Milán, 1950, pág. 1 y ss.; Bs. As. 1937, N° 15 y ss., pág. 38 y ss.; TARTAGLIA, voz Onerosità eccessiva, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXX, N° 1, pág. 155; BOSSELLI, voz Excesiva onerosità, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, N° 1, pág. 332; MOSCO, *Onerosità e gratuita*, § 68, págs. 223 y ss.; GHESTIN-JAMIN-BILLIAU, *Traité de Droit Civil*, Les effets du contrat, n° 267-290, pág. 310; H. L. MAZEAUD y J. CHABAS, *Leçons de Droit Civil, Obligations*, t. II-1er; N°s 734 y ss., pág. 869; BONNECASE, *Supplément del Traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY LACANTINERIE, t. III, París, 1926, N° 299, pág. 593;

culta holandesa y germánica fue objeto de un ulterior desenvolvimiento con una abundante producción monográfica sobre el tema ¹⁰. Ello motivó que en Alemania, el principio fuera reconocido en las primeras codificaciones: el Código bávaro de 1756 ¹¹ y el Landrecht prusiano de 1794 ¹² amén de que fue también considerado, parcialmente, en el Código austríaco con relación al contrato preliminar ¹³.

CARBONNIER, *Derecho civil*, t. II, vol. II, pág. 533; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, 2, Contrat, 1220 y ss., pág. 506.

⁹ La regla se condensó en la conocida máxima: “*Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”.

¹⁰ Entre los autores que abordaron el tema y realizaron aportes dignos de señalamiento desde un punto de vista dogmático, se menciona a Grozio, Cocceji, Leyser, Kopp, Eberhard, Tevenar y Weber. Para la consulta del pensamiento de estos juristas, véase *Osti*, “*La così detta clausola ‘rebus sic stantibus’ nell suo sviluppo storico*”, N^{tos}. I a 18, pág. 25, quien se vale de la reseña hecha en Alemania por PFAFF; y voz “clausola rebus sic stantibus”, en *Novísimo Digesto Italiano*, t. III, N^o 7, pág. 356.

¹¹ §12, del Tít. IV, Cap. XV”.³ todos los vínculos encierran tácitamente en sí la cláusula *rebus sic stantibus*, de tal modo ellos se tornan inválidos como consecuencia de la mutación de la cosa comprometida en la obligación, pero solamente cuando se verifiquen los siguientes tres requisitos: 1^o) que tal mutación no obedezca a la mora o al hecho del deudor; 2^o) que no fuese fácil de prever; 3^o) que sea del tal naturaleza que si el deudor la hubiese conocido originalmente, según la opinión desinteresada y honesta de personas inteligente, no habría consentido el obligarse; resta todavía en tales circunstancias valorar, según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser extinguida completamente, o sólo reducida en la proporción del sobrevenido cambio”.

¹² Cap. V, §377: “Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad el cumplimiento de un contrato no puede, por vía de regla, ser rehusado por cambio de las circunstancias y el § 378: “Sin embargo, si por un imprevisible cambio se ha tornado imposible la consecución del resultado final para ambas partes, expresamente declarado o resultante de la naturaleza del negocio, puede cada una de ellas rescindir el negocio que no esté aún cumplido”.

¹³ Art. 936 “... La convención de querer sólo concluir un contrato futuro es obligatoria únicamente cuando se han establecido tanto el tiempo de la conclusión como los puntos esenciales del contrato y, además, cuando no se modifiquen las circunstancias durante la vigencia del término, no se frustre el fin expresamente determinado o resultante de las circunstancias, o no sea venida a menos la confianza de una de la otra de las partes”.

6. *El ocaso de la doctrina de la cláusula*

No tuvo esa fortuna en Francia: los juristas de los siglos XVII y XVIII, especialmente Domat, Cujas y Pothier, que tanta influencia tuvieron en la redacción del Código de Napoleón, no trataron la doctrina de la cláusula y el Código Civil francés la omitió. Este abandono se ha atribuido al influjo de la escuela histórica del derecho romano que se atenía a la exégesis de los textos, a la escuelas del derecho natural con el rol preeminente que asignó a la voluntad y, finalmente, al predominio en materia económica de la concepción liberal que preconizaba desembarazar al principio de autonomía de limitaciones fundadas en la justicia conmutativa¹⁴.

El siglo XIX representa el ocaso universal de la cláusula “*rebus sic stantibus*”; el Código Civil alemán, no obstante los precedentes germánicos mencionados, no la aceptó, aunque se mencionan en su articulado preceptos que importan una aplicación particular de ella¹⁵.

7. *El renacimiento de la doctrina de la cláusula*

La Primera Guerra Mundial, en 1914, con la secuela de graves trastornos que significó en la economía de los países protagonistas del conflicto, como en la de los no beligerantes, determinó el renacimiento de la célebre cláusula bajo la nueva versión de la teoría de la imprevisión. A partir de aquel suceso es profusa la literatura jurídica que se ocupa con el tema, acicateados los escritores del siglo XX por una realidad de constantes perturbaciones, de incesante trasiego y de vertiginoso progreso que han llevado a considerarla, por oposición a la centuria precedente, como el “mundo de la inseguridad”, tal cual continúa siendo, en sus albores, el siglo actual¹⁶.

¹⁴ GHESTIN-BILLIAU-JAMIN, *Traité de Droit Civil*. Les effets du contrat N° 286, pág. 345.

¹⁵ Véase LARENZ, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, pág. 7 y ss.

¹⁶ A. ORGAZ, op. cit., N° 2, pág. 28; BADENES GASSET, “El riesgo imprevisible”, Barcelona, 1946, págs. 15 y 21.

Esta producción jurídica ha tenido como meta encontrar el fundamento doctrinal que permita quebrar el dogma de la autonomía de la voluntad en los supuestos de excepción y autorizar a los jueces, en los casos concretos de alteración de las circunstancias por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, a intervenir para corregir los graves desequilibrios que puedan producirse en la economía del contrato, ya sea ordenando su resolución o bien permitiendo la modificación de su contenido.

8. *Divergencias sobre la conveniencia de una norma general*

La cuestión dio lugar a la polémica. Hay quienes creen que las hipótesis excepcionales producidas en los momentos de subversión económica, exigen remedios de carácter extraordinario: leyes particulares y transitorias que pongan solución a tales situaciones. Es peligroso, afirman, sentar normas generales sobre la materia y autorizar la intervención de los jueces en los contratos, ya que la fuerza obligatoria de éstos no puede dejarse librada a la discreción de aquellos. Esta opinión prevaleció en Francia, donde si bien la jurisprudencia administrativa ha consagrado la doctrina de la imprevisión a partir del caso de la Compañía de Gas de Burdeos ¹⁷ resuelto por el Consejo de Estado el 30 de marzo de 1916, la Corte de Casación le ha sido adversa, desde la sentencia del 6 de marzo de 1876 en el caso del Canal de Crappone ¹⁸.

¹⁷La Ciudad de Burdeos había celebrado un contrato de concesión con una sociedad a la que se le encargó la producción y distribución de gas. Una cláusula de este contrato administrativo había fijado el precio de la venta de gas a los consumidores. Este precio se tornó irrisorio a raíz del aumento del precio del carbón y del alza de la mano de obra. La resolución del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1916 condenó a la Ciudad de Burdeos a pagar un suplemento para compensar el desequilibrio. Esta decisión dictada en el campo del derecho administrativo se funda en el *desideratum* de asegurar la continuidad de un servicio público. Véase Marcel HAURIU, "La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1926, t. XIII.

¹⁸La sentencia de la Corte de Casación del 6 de marzo de 1876, denegó la elevación de una renta fijada en un contrato del siglo XVI por la conservación de un canal de riego, pese a ser esta suma notoriamente insuficiente. Entendió que ninguna considera-

Otro sector de la doctrina que ha terminado por prevalecer netamente, hace hincapié en la renovación de las ideas en materia contractual; además, destaca la frecuencia e importancia de los casos excepcionales en cuestión, para concluir que ellos exigen una consideración orgánica, de frente y con franqueza, mediante la elaboración de una norma general que le dé una solución justa y adecuada.

El proceso de codificación más reciente se inclina decididamente por esta última posición. Los códigos: polaco de las Obligaciones, art. 269;

ción de equidad o de tiempo puede autorizar al juez a modificar las condiciones pactadas por las partes en un contrato. Expresan H., L. y J. MAZEAUD-CHABAS en este orden de ideas: “*El oficio de juez consiste en definir las obligaciones legales o convencionales que pesan sobre las partes y en compelerlas a respetarlas; en someterlas a su palabra, y no en relevarlas de ella. El legislador es el único que tiene el poder de modificar las obligaciones de las partes o el de invitar al juez a hacerlo. Resultaría sumamente peligroso dejar el contrato a la discreción del juez; al intervenir en la convención con su sentimiento personal de la equidad o del interés general, destrozaría el contrato, y pondría en peligro toda la economía, al suprimir la seguridad de las relaciones contractuales*” (*Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie générale*, II-I, N° 730, pág. 866).

En un sentido coincidente Ripert desconfía de un principio general que “al entregar el contrato al juez le permitiría sustituir su voluntad arbitraria a la de las partes, desnaturalizar el contrato con el pretexto de interpretarlo, y revisarlo con el pretexto de interpretarlo sanamente” (*La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1935, N° 88, pág. 166).

La ley Faillot, sancionada el 21 de enero de 1918, adoptó la noción de imprevisión desvirtuada por el Consejo de Estado y dispuso que podían ser resueltos los contratos mercantiles de fecha anterior al 1 de agosto de 1914 cuando, a raíz del estado de guerra, el cumplimiento de la obligación de una de las partes implicaba cargas o causaba un perjuicio cuya importancia excedía en mucho las previsiones que razonablemente habían podido hacerse en el momento de contratar. En análogo sentido se pronunció la ley del 22 de abril de 1949 con respecto a los contratos concluidos con anterioridad al 2 de setiembre de 1939. Sin embargo, el temor al peligro de la intervención judicial en el contrato, que tradicionalmente ha manifestado la doctrina francesa, impidió que ambas leyes autorizaran la revisión de lo pactado, como un medio de conjurar la resolución y mantener la existencia del contrato (véase PLANIOL RIPERT, t. VI, N° 396, pág. 557; y H., L. y J. MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations*, t. II, 1^{er} vol. N° 737, pág. 870). La Comisión Plenaria de los trabajos preparatorios de la reforma del Código Civil francés, si bien aceptó el vicio de la lesión como causa de anulación de los actos jurídicos, con una fórmula semejante a la del Código Civil alemán, rechazó de manera categórica “la lesión sobreviniente”, esto es, el supuesto de imprevisión (*Travaux de la Comisión de Réforme du Code Civil, años 1945-1946*, pág. 147 y ss.; y *años 1947-1948*, pág. 202 y ss.).

italiano, art. 1467; griego, art. 388; y portugués, arts. 437 a 439, acogen expresamente la doctrina de la imprevisión. También la recepta el Código de los Países Bajos (art. 258). En Alemania, la figura de la base del negocio elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, fue incorporada al B.G.B, en la reforma del año 2002 al § 313. Como consolidación de esta tendencia, en destacados esfuerzos de armonización de sistemas jurídicos diferentes también se prevé la figura. Tal ocurre en los Principios del derecho europeo de contratos de 1998, elaborados por la Comisión presidida por Ole Lando (art. 6.111); en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit, arts. 6.2.1 a 6.2.3. y el Proyecto de Pavía de parte general del Código Europeo de contratos (arts. 97.1 y 157)¹⁹.

9. La reforma de la ley 17.711 y la imprevisión. Segundo y Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

La reforma de la ley 17.711 se plegó a esta tendencia al incorporar la institución al Código Civil con una fórmula que reproduce, al pie de la letra, la propiciada en la recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961²⁰. Se satisface, de este modo, la aspiración de *lege ferenda* de la mayor parte de los autores que habían tratado el tema en la doctrina nacional²¹. Retomando lo seña-

¹⁹Es dable señalar que resultará difícil mantener en el derecho francés el tradicional rechazo a la admisión de la teoría de la imprevisión. Como bien se señala, tal reconocimiento ha pasado a constituir una necesidad, porque la figura es admitida por la mayor parte de los estados europeos, en cuanto responde a una exigencia de justicia que no puede ser desoída por el derecho positivo (GHESTIN-JAMIN-BILLIAU, *Traité de Droit Civil. Les effets de contrat*, N° 317, pág. 365). Véase al respecto, además, Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, págs. 381/383.

²⁰Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, págs. 584 y 778.

²¹Además de las obras citadas de Alfredo ORGAZ, *Nuevos estudios de derecho civil. El contrato y la doctrina de la imprevisión*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1954, pág. 25 y ss.; Luis M. REZZÓNICO, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, Perrot, 1954; Salvador FORNIELES, “La cláusula ‘*rebus sic*

lado con relación a los Congresos de Derecho Civil, no puede dejar de destacarse que ya en el Segundo Congreso de Derecho Civil, en 1937, una década antes de que el Código Civil italiano incorporara la figura por primera vez en un cuerpo legal que reviste la jerarquía de modelo en el proceso de codificación, entre los despachos no considerados, figura uno relacionado con el tema N° XIX, la imprevisión. Con la firma de Hipólito Montagné, Pedro León, Estanislao D. Berrotarán y Alfredo Orgaz, en él se aconsejaba dar cabida en nuestra legislación civil a la doctrina de la imprevisión, de modo que equilibrase los factores a que hacen referencia los fundamentos del despacho. Después de señalar en ellos la falta de antecedentes en los cuerpos de leyes de otro países y el peligro de atentar contra la estabilidad de los contratos, con carácter excepcional, se entendía necesario atender a la justicia evidente que inspira la doctrina, en cuanto procura evitar el enriquecimiento desmedido, inmorales de un contratante, a costa de la ruina o la miseria del otro, en virtud de acontecimientos extraños, inevitables, de una gravedad extraordinaria, constitutivos de una verdadera fuerza mayor y sobrevenidos con posterioridad a la formación del contrato. En este orden de ideas, inspirándose principalmente en las decisiones del Consejo de Estado de Francia y en la Ley Faillot, promulgada en ese país el 21 de enero de 1918, se proponía la disposición siguiente: “Cuando en virtud de haber sobrevenido aconteci-

stantibus”, J.A., 1942-IV Sec. Doct., pág. 9; Adelqui CARLOMAGNO, “La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general”, J.A., t. 53, Sec. Doct., pág. 17; Dalmiro ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1935, pág. 232; Eduardo MARTÍNEZ CARRANZA, “El cambio de las circunstancias y el acto jurídico”, Boletín del Instituto de Derecho Civil, 1943, N°s. 1-4, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 223 y ss.; Leonardo COLOMBO, “Consideraciones sobre la denominada cláusula ‘*rebus sic stantibus*’”, L.L., t. 98, pág. 737; Alberto SPOTA, “La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos”, J.A., 1953-IV, pág. 30; LÓPEZ DE ZAVALÍA, “La imprevisión en los contratos”, Revista Jurídica de Tucumán, 1957, t. 2; LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, N° 214 y ss., pág. 239 y ss.; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1965, t. I, N° 131 y ss., pág. 115 y ss.; Pedro LEÓN, “La presuposición en los actos jurídicos”, en *Homenaje a Vélaz Sársfield*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1936, pág. 263. En contra de una norma general: Daniel OVEJERO, *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo, 1935, pág. 79; y RISOLÍA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, pág. 190.

mientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el juez, puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporariamente”. Resta tan sólo recordar que en disidencia con esos fundamentos, Adelqui Carlomagno, se extendía en consideraciones para concluir que era inoportuno configurar la doctrina de la imprevisión como precepto concreto del Código. No obstante, agregaba, debía considerársela como una pauta o criterio de aplicación general que fluye de diversos artículos y algunos de sus principios básicos, en especial, del concepto general y amplio de buena fe, que va implícito en el Código²².

En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, formularon dictámenes preliminares, propiciando la incorporación del instituto, Eugenio Osvaldo Cardini, Jorge Mosset Iturraspe, Héctor Raúl Sandler, Edgard A. Ferreira y José Manuel Saravia. Por su parte, el dictamen preliminar de Marco Aurelio Risolía aconsejaba que no debía incluirse en el Código Civil norma alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios, sin perjuicio de la vigencia de las normas que preservan la moralidad de los actos y la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. Hubo también observaciones a los dictámenes preliminares. Una formulada por el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Católica Argentina de Rosario, remitida por intermedio de la delegada María A. Leonfanti. Asimismo, otras fueron hechas por Cardini y Acdeel Salas. Los despachos de la comisión definitiva constaron de un dictamen en mayoría que aconsejaba la incorporación de la figura a nuestra legislación, con la firma de Cardini, Félix, Trigo Represas, Sandler, Mosset Iturraspe, Edgard A. Ferreira, Federico D. Quinteros, Mario J. Bendersky y Arturo Barcia López; y otro dictamen en minoría, con la disidencia de Risolía, propugnando la declaración que no debía incluirse en el Código Civil norma alguna que acogiera

²² Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I, Actas, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba. Entre los despachos no considerados del Tema XIX sobre la imprevisión, se reproduce el mencionado de León, Montagné, Orgaz y Berrotarán en págs. 433/434: La disidencia de Carlomagno, a su vez, se reproduce en págs. 434/439.

la teoría de la imprevisión, conforme con lo sostenido en su dictamen preliminar. Como miembro informante del dictamen en mayoría, expuso Cardini y Risolía lo hizo lo propio por el despacho en minoría, señalando las razones por las cuales lo había producido. Terminaba expresando que si bien dicho dictamen contaba con el privilegio de su soledad, también tenía la conformidad de su conciencia. Intervinieron en la discusión Salas, Ferreira, César Augusto Abelenda, Sandler, Rómulo E. Vernengo Prack, Barcia López, Quinteros, Alfredo Orgaz, Alberto G. Spota, José A. Buteler, Bendersky, José M. López Olaciregui, Mosset Iturraspe, Aquiles H. Guaglianone, Roberto Brebbia, Leonfanti, Héctor Masnatta, José J. Conte y Jorge Joaquín Llambías. Sólo adhirieron al dictamen en minoría, aparte de Risolía, Abelenda, Vernengo Prack y Guaglianone. El resto de la nómina de distinguidos juristas mencionados adhirió al dictamen de la mayoría, que resultó aprobado, como Recomendación N° 15 del Congreso²³.

10. La fórmula legal

Prescribe la segunda parte del art. 1198 reformado, que reproduce literalmente la Recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil: “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución, continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”²⁴.

²³ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cit., págs. 566 a 617 y pág. 778.

²⁴ Para la doctrina de la imprevisión, a más de las obras citadas en nota 6 puede consultarse: OSTI, “Appunti per una teoria de la soppravvenienza”, en Rivista di Diritto

II. **Ámbito de la figura de la imprevisión**

1. *Contratos de ejecución diferida o continuada*

La primera parte del precepto está destinada a enunciar el ámbito de aplicación de la doctrina; éste comprende, ante todo, a los contratos “de ejecución diferida o continuada”.

Civile, 1913, págs. 471/498, 647/697; ROPPO, *Il contratto*, págs. 1015 y ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, págs. 993 y ss.; CARRESI, *Il contratto*, t. II, N° 277 y ss., pág. 836; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, págs. 648 y ss.; “Eccesiva onerosità e inadempimento”, en *Revista di Diritto Commerciale* 1953-II, pág. 84 y s.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, págs. 283 y ss.; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 373 y s.; Augusto PINO, *La excesiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952; LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*; CARVALHO FERNANDES, “A teoria da impreviäo no direito civil portuguez”, *Boletim do Ministerio da Justiça*, julio 1963, pág. 19 y ss.; VAZ SERRA, “Resoluçao ou modificaçao das circunstancias”, *Boletim do Ministerio da Justiça*, N 68, pág. 315, julio 1957; Joao de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigaçoes em geral*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, t. II, N° 372 y ss., pág. 279; Mário Júlio DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigaçoes*, Coimbra, Almedina, 1994, N° 30.1.12, pág. 263 y ss.; Ramón BADENES GASSET, *El riesgo impreviäble (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona, Bosch, 1946; ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Obligaciones y contratos, pág. 233 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, pág. 876 y ss.; Cristina DE AMUNÁSTEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría general de los contratos, Parte general*, 3ª ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía, 1984, pág. 452 y s.; Héctor MASNATA, *La excesiva onerosidad sobreviviente*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pág. 195 y ss.; asimismo, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 370 y ss.; Lily R. FLAH y Miriam SMAYEWSKY, *Teoría de la imprevisión. Aplicación y alcance. Doctrina, Jurisprudencia*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2002; Augusto Mario MORELLO y Pedro Rafael DE LA COLINA, *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª ed., Lexis Nexis, Abeledo-Perrot; SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, vol. III, N° 659 y ss., pág. 529; ALTERINI, *Contratos-civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, pág. 447 y ss.; LORENZETTI, *Teoría de los contratos. Parte general*, pág. 417 y ss.; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 1983, t. I, N° 131 y ss., pág. 134; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. I, nos. 214 y ss.; Pedro N. CAZEAUX, *Derecho de las Obligaciones en colaboración con TRIGO REPRESAS*, La Plata, Librería Editora Platense, 1979, t. I, pág. 529 y ss.; pág. 529 y ss.; PIZARRO-VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 3, N° 634 y ss., pág. 320; LAVALLE COBO, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (BELLUSCIO (dir.) - ZANNONI (coord.), t. 5, pág. 917 y ss.

Debe, pues, tratarse de contratos en los que haya una distancia temporal entre su perfeccionamiento y el momento de la ejecución. Es evidente que así sea, ya que la teoría de la imprevisión supone alteraciones de las circunstancias que se producen durante la existencia de un contrato, cuya vida se prolonga en el tiempo; ello sólo puede ocurrir cuando se ha previsto una dilación de la ejecución, bien sea porque ésta debe durar un cierto tiempo (contratos de tracto sucesivo), o porque se difiere a un plazo que fijan las partes la ejecución del acto con el cual se cumple (contratos de ejecución diferida).

Quedan así aclaradas ciertas dudas de interpretación que se produjeron en el desarrollo conceptual de la teoría, al pretender fijarse el alcance de la fórmula tradicionalmente acuñada cuando se refiere a “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro*”. De acuerdo con la tesis que terminó por prevalecer, el art. 1198 prescribe que no sólo están comprendidos los contratos de ejecución periódica o continuada, sino también los de ejecución instantánea, aunque diferida en el tiempo²⁵.

No es menester que el lapso que medie entre la celebración del contrato y su ejecución sea largo o muy prolongado. Basta que tenga la suficiente entidad como para permitir que una imprevisible y extraordinaria alteración de las circunstancias resienta la economía del contrato. Como se expresa en la relación del proyecto del Código Civil italiano²⁶, la doctrina de la imprevisión, por el contrario, es más fácilmente concebible en los contratos de breve término. En una convención a largo plazo será más difícil que las partes puedan aducir que no era previsible una mutación de las condiciones de hecho existentes en el momento de la celebración, en cuanto tales cambios son inherentes a los períodos prolongados de tiem-

²⁵ Carlo BRACCIANTI, *Della eccessiva onerosità sopravveniente*, N° 20, pág. 69. En la doctrina nacional, Llambías sostenía, antes de la reforma, que la sola ejecución diferida de una obligación a plazo no justificaba la aplicación de la teoría de la imprevisión; a su modo de ver, para que esto ocurriera debería tratarse de “derechos fluyentes” que “*son los poderes subjetivos que requieren ser fecundados por la acción del tiempo; v.gr., el precio de la locación de cosas o los intereses del capital*” “Obligaciones” (ed. 1967), t. I, N° 223, pág. 249).

²⁶ Carlo BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente*, Milano, Giuffrè, 1947, N° 20, pág. 70; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, N° 7, pág. 22.

po. En cambio, en los contratos a breve término, es más admisible que pueda haber escapado a las previsiones razonables de los contratantes, el acaecimiento de un hecho extraordinario que destruya el equilibrio contractual antes del cumplimiento de la convención.

Los contratos excluidos son los de ejecución instantánea e inmediata en los cuales el cumplimiento es contemporáneo a la celebración.

2. *Contratos onerosos conmutativos*

En segundo término, según el art. 1198 reformado, la doctrina de la imprevisión se aplica a los contratos bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos. Como los contratos bilaterales son onerosos, si se reduce la enunciación a un común denominador, la imprevisión concierne a los contratos onerosos conmutativos. Como se ha indicado, los contratos onerosos, por oposición a los gratuitos, son aquéllos en que cada una de las partes se somete a un sacrificio para obtener una ventaja. A su vez, los contratos onerosos comprendidos del modo más genuino por la teoría de la imprevisión, son los conmutativos, esto es, aquellos en que la efectiva entidad del sacrificio y la de la ventaja que corresponden a cada una de las partes, son susceptibles de una apreciación inmediata y cierta en el momento en que se celebra el acuerdo.

3. *Contratos aleatorios*

A los contratos conmutativos se contraponen los aleatorios; en éstos, la susodicha relación entre ventajas y pérdidas, depende de un acontecimiento incierto. Estos contratos presuponen la asunción de riesgos contrapuestos y equivalentes. Es por ello que el riesgo reviste un doble carácter: debe ser, al mismo tiempo, jurídico y económico. Es jurídico porque interfiere en el funcionamiento del sinalagma, en el mecanismo de cambio y, por tanto, debe afectar la existencia o la entidad de una de las prestaciones previstas. Y es también económico porque afecta a una prestación de un modo unilateral y desequilibrante, en cuanto la ventaja de una de las partes entraña una correlativa pérdida de la otra. En estos contratos se subordina a un acontecimiento incierto ya sea el cumpli-

miento de una prestación o su entidad definitiva. Por tanto el resultado final del contrato puede entrañar una desproporción efectiva entre sacrificios y ventajas que reconocen como causa la asunción por las partes de riesgos contrapuestos y recíprocos. No interesa a tal fin, el hecho de que el acontecimiento incierto se produzca por eventos extraordinarios e imprevisibles. En este orden de ideas, no resulta normalmente aplicable a estos contratos la figura de la imprevisión que ha sido expresamente descartada en el art. 1469 del Código Civil italiano. Empero, no existe motivo para excluirla respecto de otros desajustes que se producen en situaciones diferentes a las que constituye el riesgo propio del contrato. Acertadamente dispone el art. 1198, a este respecto, que la doctrina de la imprevisión se aplica a los contratos aleatorios, cuando la prestación de alguno de los contratantes se torne excesivamente onerosa “por causas extrañas al riesgo propio del contrato”, es decir por un suceso extraordinario e imprevisible distinto del hecho que constituye el alea propia del convenio²⁷. El ejemplo al que invariablemente se acude para ilustrar la hipótesis es el del contrato oneroso de renta vitalicia: el deudor se compromete a pagar una renta periódica durante la vida de una o más personas designadas en el contrato. Hay un acontecimiento incierto que constituye el riesgo propio del contrato: la muerte de la persona o las personas en cabeza de quienes se ha constituido la renta, cuyo acaecimiento prematuro o tardío determinará los beneficios y los sacrificios reales que el convenio importe para las partes. Debe reputarse que dicho acontecimiento se verifica y se produce la extinción de la renta, aun cuando la muerte de tales personas obedezca a sucesos extraordinarios e imprevisibles, una epidemia, una inundación, el desencadenamiento de una guerra, etc. Sin embargo, una causa extraña a ese riesgo puede significar un grave desequi-

²⁷ Así se lo ha llegado a entender también en el propio derecho italiano: Véase SACCO-DE NOVA: *Il contratto*, sostiene al respecto: “*la esclusión de un remedio que exonere al deudor de la verificación del evento cuyo riesgo el obligado ha tomado a su exclusivo cargo, tiene un sentido; pero privar a aquel que ha tomado a su cargo un riesgo de todo remedio por la concreción de eventos dañosos conectados con riesgos ulteriores y diversos... aparece como una injusticia sumaria desprovista de toda racionalidad*” (t. II, pág. 703). También en este sentido ROPPO, *Il contratto*, pág. 1032. BADENES CASSET, op. cit., pág. 127; CARVALHO FERNÁNDEZ, “A teoria da imprevisão no Direito Civil Português”, *Boletim do Ministério da Justiça*, julio 1963, N° 128, pág. 142 y ss..

librio de las prestaciones: verbigracia, una subversión general de la economía por un hecho extraordinario e imprevisible que convierta en sumamente gravosa la prestación del deudor o que torne irrisorio el beneficio del acreedor. En tales supuestos, según nuestra ley, puede hacerse valer el instituto de la imprevisión²⁸.

4. *Contratos asociativos*

Como se ha señalado en los contratos onerosos, cabe distinguir dos variantes de onerosidad. Una onerosidad inmediata, que se da en los contratos de cambio, donde existe un trueque de ventajas, atribuciones o prestaciones. La ventaja que cada parte recibe proviene de la otra y configura un sacrificio que incumbe a ésta. Por otro lado, una onerosidad mediata que es propia de los contratos asociativos en que las prestaciones de las partes convergen y se unen. La ventaja a que aspira cada una de las partes no le es procurada directamente por la otra, sino que ella consiste en la participación en el resultado final útil derivado de una actividad común. En estos contratos no se da la relación de reciprocidad entre las prestaciones que es propia del sinalagma en los contratos de cambio. Es por ello que se ha pensado que la figura de la imprevisión no los alcanza. Sin embargo, no cabe excluirla en los casos en que acontecimientos extraordinarios imprevisibles afecten el cumplimiento de la prestación de alguno de los participantes en relación con el resto, generando un grave desequilibrio entre el sacrificio originariamente previsto y el beneficio tenido en vista, esto es la participación en el resultado final que depare la actividad conjunta²⁹.

²⁸El Código Civil italiano, fiel a la regla sentada en el art. 1469 por la cual se excluye la aplicación de la excesiva onerosidad en los contratos aleatorios, dispone en el art. 1879: “El deudor está obligado a pagar la renta por todo el tiempo estipulado, por muy gravosa que haya llegado a ser la prestación”.

²⁹Conf. ROPPO, *Il contratto*, pág. 1033; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, pág. 701.

5. *Contratos a título gratuito*

Por exclusión, no están comprendidos expresamente los contratos a título gratuito dentro del ámbito de aplicación de la figura de la excesiva onerosidad superveniente. Ello se explica porque con la imprevisión se trata, fundamentalmente, de corregir desequilibrios supervenientes entre las prestaciones derivadas de un contrato, situación que no se puede dar en un contrato a título gratuito, en los cuales solamente una de las partes asume un sacrificio y la otra recibe una ventaja sin necesidad de procurar por ella ningún equivalente.

Empero, puede acaecer que una prestación prometida de este modo, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se torne excesivamente onerosa para el obligado. Para satisfacer adecuada e integralmente los postulados e justicia que están en juego, debería brindársele protección en tal supuesto. Si cuenta con ella quien celebra un contrato a título oneroso, con mayor razón merece tal amparo el que asume un compromiso sin contrapartida en favor de otro, cuando la prestación que debe cumplir se torna sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto.

En este sentido, el Código Civil italiano en su art. 1468 completa, con acierto, el sistema, al disponer que si se tratare de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, ésta podrá pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reconducirla a la equidad. Se ha entendido en el derecho italiano que la referencia a los contratos en los cuales una sola parte ha asumido obligaciones comprende esencialmente los contratos a título gratuito³⁰.

Una solución de este tipo es necesaria para satisfacer adecuadamente los postulados de justicia que están en juego. El que actúa con el solo interés de beneficiar a otro tiene más sobrados títulos que quien celebra un contrato a título oneroso, para merecer amparo en los supuestos en que su prestación deviene sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto. Ello es así no obstante

³⁰ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1030.

que la ratio y la esfera de la protección puedan resultar diferentes³¹. En materia de contratos onerosos la tutela está dirigida a dar solución a inadmisibles alteraciones del sinalagma contractual que subvierten el equilibrio originario entre ventajas y sacrificios recíprocos que acordaron las partes. En los contratos a título gratuito se trata de proteger a la parte que se obligó a procurar una ventaja a otra sin ningún equivalente o contrapartida, cuando por acontecimientos posteriores ella incrementa de modo excesivo su onerosidad. La valoración de la excesiva onerosidad en el primer caso, se lleva a cabo comparando la relación de equilibrio originario con el desequilibrio superveniente. En el segundo, la valoración de la excesiva onerosidad se efectúa haciendo una comparación entre la única prestación comprometida en el momento de su asunción y el sacrificio que reviste al momento de la ejecución. La consecuencia de esa onerosidad sobrevenida se limita a la *reductio ad aequitatem*, excluida la resolución. Salas Acdeel, en los dictámenes preliminares en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, sostuvo, en coincidencia con lo expresado, que no se advierte la razón por la cual el cambio de circunstancias no puede afectar al obligado si el contrato es gratuito, “*pues resulta extraño que se agrave la situación del deudor cuando el contrato solamente atribuye ventajas al acreedor, de donde, en cierta forma, resulta castigado el espíritu altruista*”³².

Desde un punto de vista de *lege ferenda*, resulta aconsejable que la falta de previsión de un remedio para los contratos a título gratuito sea subsanada en una eventual reforma del precepto. Mientras tanto, planteada concretamente la cuestión, ella puede ser resuelta adecuadamente mediante la aplicación analógica del art. 1198 en combinación con lo dispuesto por el inc. 5 del art. 800 y el art. 2284 del Código Civil, precepto este último que asigna efectos al cambio de circunstancias en el contrato gratuito de comodato.

³¹TARTAGLIA: Voz “Onerosité eccessiva”, en Enciclopedia del Diritto, t. XXX, N° 10, pág. 172.

³²Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cit., t. II, pág. 584. Conf. VAZ SERRA, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstancias”, Boletim do Ministerio da Justiça, julio 1957, N° 68, pág. 325.

III. Requisitos de la aplicación de la figura

A. Excesiva onerosidad

1. Noción

El primer requisito de la figura es que en uno de los contratos referidos, la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa: es necesario que se altere profundamente la relación de equilibrio originario que existía entre las prestaciones de las partes. La ley no ha impuesto un límite cuantitativo rígido para medir el desequilibrio y la excesiva onerosidad de la prestación; se trata de una cuestión de hecho que debe ser considerada en cada caso concreto por el juez. Pero tal apreciación debe hacerse sobre la base de un criterio objetivo: la prestación debe haberse tornado excesivamente onerosa en sí misma, cualquiera fuere el deudor, con total prescindencia de las particulares condiciones económicas del obligado y de la repercusión singular que pudiere tener el acontecimiento que se invoca en su patrimonio³³.

Encuadrada conceptualmente la noción de excesiva onerosidad de la prestación en un plano objetivo, ella se deriva de confrontar el equilibrio inicial de las prestaciones con el desequilibrio sobrevenido y se produce cuando en tal relación se incrementa desmedidamente la onerosidad del perjudicado o se degrada considerablemente el valor de su contraprestación. Si se atribuye a la onerosidad un significado objetivo, ella no resulta del examen de una prestación en sí y por sí, sino de su relación con la contraprestación. Por tanto, no es necesario que la onerosidad de la prestación sea de una entidad tal que pueda provocar la ruina económica del obligado, ni siquiera que el cumplimiento de la obligación le ocasione un daño grave³⁴. En la valoración de la excesiva onerosidad se prescinde de

³³ BRACCIANTI, *Degli effetti Della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 81; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, pág. 23; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 375. En este sentido: Cám. 1ª Civ. y Com. de Córdoba, L.L.C. 1993- 817; CNCiv., Sala D, L.L. 1990-D-290; CNCom., Sala C, L.L. 1995-C-361; CNCom. Sala C, L.L. 1984-A-323; Cám. 7ª Civ. y Com. de Córdoba, 29/6/1983, La Ley online.

³⁴ Como lo señala BOSSELLI: VOZ "Eccesiva onerosità", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, Nº 5, pág. 334, la excesiva onerosidad que se desprende del desequilibrio

la situación económica del perjudicado en cuanto ella se verifica a través del referido cotejo entre prestación y contraprestación.

2. *El alea normal del contrato*

¿Cuál es el límite a partir del que es dable pensar que la onerosidad superveniente de una prestación, al alterar el equilibrio originario del contrato, se transforma en excesiva? A los fines de fijar esta frontera el Código Civil italiano individualiza como excesiva, la onerosidad que sobrepasa el “alea normal del contrato”. En la tarea concreta de calificar tal exceso, deberá tenerse en consideración el tipo contractual, ya que cada uno encierra un particular régimen de repartición de riesgos; amén de ello deberá atenderse a las diversas coyunturas del mercado y a todo otro dato que permita determinar la concreta repartición de riesgos en la relación contractual de que se trate. Como se ha señalado para ilustrar esta idea, si el contrato opera en un mercado donde son habituales marcadas oscilaciones de precio -por ejemplo los negocios de bolsa- pueden entrar en el riesgo normal del contrato desequilibrios de entidad mayor que los admisibles en otros tipos de transacciones³⁵.

3. *Modalidades de la excesiva onerosidad*

La enunciación de este requisito, que la prestación del perjudicado se vuelva excesivamente onerosa, proviene del Código Civil italiano y atañe de modo directo y unilateral a la obligación del deudor. No existe duda, pues, que la excesiva onerosidad se produce cuando el cumplimiento de la prestación del afectado se vuelve considerablemente gravoso³⁶. Estos

sobrevenido entre las prestaciones, existe aun cuando el perjudicado disponga de una solvencia y recursos que le permitan soportar el gravamen que podría significar un grave o ruinoso sacrificio para otro contratante económicamente más débil.

³⁵ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1024; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 715. Participan de esta idea, admitiendo, como es obvio, que la imprevisión funciona en el área del derecho comercial, fallos en los cuales se considera que debe aplicarse teniendo en cuenta la profesionalidad del comerciante y el riesgo propio de los negocios que celebra, derivado de su naturaleza especulativa: CNCom., Sala C, L.L. 2006-A-646; CNCom., Sala A, J.A. 1999-III-173 y E.D. 182-605; CNCom., Sala B, L.L. 1987-B-481 y L.L. 1984-C-178.

³⁶ Ello ocurre, por ejemplo, en una locación de obra, cuando el locador se ve constreñido a ejecutar la obra a un costo excesivo porque un agudo proceso de inflación

son los casos que se han denominado de “onerosidad directa”³⁷ los que se corresponden más claramente en la expresión utilizada por el precepto. Empero, también la excesiva onerosidad abarca las hipótesis en las cuales el perjuicio del afectado se deriva del envilecimiento de la contraprestación que le corresponde, la que pierde el valor que tenía en el mercado al tiempo de la celebración del contrato. Son los supuestos que se identifican como de “onerosidad indirecta”³⁸.

Para comprender ambos supuestos de modo orgánico, resulta preferible expresar, como se ha anticipado, que la excesiva onerosidad entraña una alteración del equilibrio que tenían las prestaciones del contrato oneroso al momento de su celebración. Puede, de este modo señalarse un paralelismo: así como la lesión configura un remedio para subsanar desequilibrios existentes en el momento de formación de dichos contratos, la imprevisión es un remedio para corregir desequilibrios sobrevenidos.

4. *¿Puede tornarse onerosa una prestación ya cumplida?*

Como consecuencia de ese enfoque unilateral del precepto, que para mientes en la obligación del afectado para determinar el gravamen que este sufre, prescindiendo de la relación entre las prestaciones cuyo desajuste lo ocasiona, se ha concluido en el derecho italiano que solamente puede darse este requisito cuando la prestación del afectado está pendiente de cumplimiento. No puede tornarse onerosa la prestación, después que ha sido cumplida³⁹.

monetaria encarece el valor de la mano de obra y de los materiales; o en el caso opuesto, de revalorización monetaria como una crisis de superproducción y escasez de dinero que trae como consecuencia una grave dificultad en el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero; el perjudicado en tal supuesto es el locatario, que debe pagar por la ejecución de la obra un precio que ésta ya no vale.

³⁷ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1021

³⁸ El vendedor que debe cumplir con su obligación de entrega de la cosa cuyo precio debe pagársele con posterioridad en razón del cambio de circunstancias debe recibir una cantidad que ha perdido considerablemente su poder adquisitivo.

³⁹ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1020; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 707; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 89; MESINEO, *Dottrina general del contratto*, t. II, pág. 383; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione di contratti*, pág. 24.

Cuando los autores italianos descartan de la fórmula de la imprevisión, las hipótesis en las cuales el demandante ha cumplido con su prestación, se atienen al tenor literal del art. 1467, el cual luego de referirse a que “la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, concede el derecho de demandar la resolución del contrato a “la parte que deba tal prestación”, lo que da a entender, según estos escritores, que se trata de una prestación todavía debida, es decir, aún no ejecutada.

Con la misma rigidez podría argüirse que cuando el art. 1198 reformado se refiere a “la prestación a cargo de una de las partes”, excluye la que ha sido cumplida, en cuanto ya ha dejado de estar a cargo del obligado.

Una interpretación tan estrecha e innecesariamente limitativa, puede conducir a resultados reñidos con la equidad que no consultan el fundamento de la norma. Por eso, no es óbice que la prestación de una de las partes haya sido cumplida para que pueda ésta ampararse en la norma del art. 1198, 2ª parte, cuando se dan las condiciones prescriptas, esto es, si la prestación pendiente ha perdido notablemente su carácter compensatorio por un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Piénsese en el ejemplo dado del contrato de compraventa: supóngase que el precio debe pagarse a los ciento ochenta día de entregada la cosa. Si el acontecimiento extraordinario que produce el envilecimiento de la prestación dineraria, acaece dos días antes de la entrega, el vendedor podrá valerse del remedio de la imprevisión; pero carecerá de este derecho si se produce un día después de cumplida la entrega. El desequilibrio superveniente es el mismo en ambos supuestos. El tratamiento discriminatorio de ambas hipótesis está inficionado de un rígido formalismo y reñido con el fundamento de la figura. Cabe concluir que siempre que se produce un considerable desequilibrio entre las prestaciones en el período de ejecución del contrato, incluyendo los supuestos en que el perjudicado, una vez cumplida su prestación *in natura*, por un acontecimiento extraordinario e imprevisible posterior, se ve forzado a recibir una contraprestación depreciada, cuya entidad retributiva se ha disminuido considerablemente, procede la utilización de este remedio.

Empero, en tales supuestos la solución es más compleja para adecuarla a los principios de la buena fe, fundamento del precepto, en cuanto exige la debida ponderación de un factor que no está contemplado expresamente por la fórmula de la imprevisión: la necesidad de que no se irroque

un perjuicio injustificado a la parte que adeuda la prestación pendiente. Así, en el ejemplo puesto, la resolución o modificación del contrato no serían procedentes cuando el locatario hubiese vendido, de buena fe, la cosa recibida antes de la depreciación y no hubiese utilizado el dinero obtenido en la adquisición de otros bienes de valor estable⁴⁰.

5. *¿Puede tornarse excesivamente onerosa la prestación pendiente del perjudicado cuando la de la contraparte ya ha sido cumplida?*

Tampoco es óbice para la aplicación de la figura que pendiente la prestación del perjudicado se haya cumplido la de su contraparte. Tal situación puede darse, a la inversa, en los supuestos de onerosidad directa cuando el afectado que recibió dicha prestación, a raíz del evento perturbador, debe cumplir la suya en condiciones que la han tornado considerablemente gravosa⁴¹. No ocurre lo mismo en los supuestos de onerosidad indirecta que se produce cuando se envilece la contraprestación del perjudicado, esto es, cuando la prestación dineraria, pierde considerablemente su poder adquisitivo. Si el locador ya recibió dicho importe, antes de que éste sufriera el efecto corrosivo de la depreciación, no cabría hablar de desequilibrio y deberá cumplir con su obligación pendiente, sin que haya lugar al remedio de la imprevisión⁴².

B. El acontecimiento extraordinario e imprevisible

1. Noción

Otro de los presupuestos de la doctrina de la imprevisión es que la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes reconozca como causa a un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

⁴⁰Conf. VAZ SERRA, "Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias", Boletim do Ministerio da Justiça, Nº 68, pág. 346.

⁴¹Verbigracia, en un contrato de locación de obra, el locador que recibió el precio a raíz de un fenómeno natural debe cumplir la obra en condiciones que la tornan excesivamente gravosa.

⁴²ROPPO, *Il contratto*, pág. 1022.

Acontecimiento extraordinario es todo suceso fuera de lo común, insólito, que no es normal que se verifique ⁴³. Esta noción se vincula de modo inseparable con la imprevisibilidad, porque el criterio de diferenciación entre lo ordinario y lo extraordinario radica, fundamentalmente, en el grado de probabilidad con el cual es dable prever la verificación de un suceso ⁴⁴. Por ello es dable señalar que el carácter extraordinario del acontecimiento está asociado de manera tan indisoluble con lo imprevisible que termina por ser absorbido por éste ⁴⁵.

Es evidente que para la aplicación de la figura es insuficiente el hecho de que los contratantes no hayan previsto una determinada alteración de las circunstancias, pues lo que se requiere es que no hayan podido preverla en el momento de celebración del contrato.

Lo imprevisible debe ser apreciado de modo objetivo, con independencia de las representaciones particulares de los contratantes, teniendo en cuenta el criterio de un hombre medio y según el ramo de actividad al que pertenezca el contrato ⁴⁶. No se trata de hacer una indagación puramente psicológica del pensamiento de las partes, sino de establecer cuándo la alteración de las circunstancias pudo haber sido razonablemente imprevisible para cualquier contratante, dado un cierto tipo de negocio jurídico. Es por ello que el acontecimiento debe tener una proyección general y afectar a una categoría de deudores que en un determinado género de relación contractual sufren los desequilibrios que ocasiona el evento perturbador.

⁴³ MESINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, pág. 375; BRACIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 90; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzioni dei contratti*, pág. 30; VAZ SERRA, "Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias", *Boletim do Ministerio da Justiça*, Nº 68, pág. 361

⁴⁴ BOSSELLI, *Voz "Eccessiva onerosità"*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, Nº 14, pág. 336, expresa que dicha enunciación importa un pleonasma.

⁴⁵ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1025

⁴⁶ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 710; ROPPO, *Il contratto*, pág. 1025; VAZ SERRA, "Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias", *Boletim do Ministerio da Justiça*, Nº 68, pág. 361; MESINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 376; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, pág. 30.

2. Clases. Morigeración del rigor del requisito

El acontecimiento perturbador puede ser natural o humano, político, económico o normativo. Es factible que un cambio legislativo sea la causa que determine la excesiva onerosidad en ciertas relaciones contractuales pendientes de cumplimiento. Lo cierto es que se ha ido morigerando el rigor con que se concibió este requisito. Acontecimientos extraordinarios no sólo lo constituyen hecatombes o catástrofes. Con mayor flexibilidad, en tal condición están comprendidos fenómenos menos graves, como inundaciones, desabastecimiento de bienes, granizos de grave poder destructor, innovaciones tecnológicas, etc.⁴⁷.

3. La determinación de lo imprevisible

Determinar cuándo un acontecimiento es imprevisible constituye también una cuestión de hecho cuya apreciación debe hacerse no sólo sobre la base del grado de certidumbre genérica con la cual resulta factible la previsión de un evento, sino teniendo en cuenta el grado concreto de especificidad con la cual resulta posible preverlo. Así, genéricamente, la mayor parte de los eventos extraordinarios resultan previsibles. Desde este punto de vista, es factible prever la existencia de algún enfrentamiento bélico en una zona conflictiva, la posibilidad de inundaciones graves, granizos de acentuado poder destructor, cambios legislativos o avances tecnológicos de trascendencia. Pero, específicamente, puede no resultar posible anticipar cuándo se producirán estos fenómenos o bien la intensidad, repercusión y duración de ellos. Por ello, aunque se registren antecedentes de algunos de estos eventos, su repetición puede configurar un suceso anormal que configure este requisito de la figura⁴⁸.

4. La depreciación monetaria

Párrafo aparte merece la depreciación monetaria. En la convulsionada historia de la economía de nuestro país, durante un prolongado período la inflación estuvo enquistada en su desenvolvimiento, de modo tal

⁴⁷ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 71.

⁴⁸ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, pág. 711; ROPPO, *Il contratto*, pág. 1025; BOSELLI, Voz "Excesiva onerosità", en *Novissimo Digesto Italiano*, N° 14, pág. 336.

que los operadores en el mercado frecuentaban con ella un trato cotidiano. Dicha inflación no constituía, según una tesis tradicional, un acontecimiento imprevisible ni extraordinario. Tal ocurrió frente a una inflación que se consideró estructural porque se desarrollaba a través de niveles que podían calificarse de constantes. Pero no ocurrió lo mismo cuando dicha inflación tuvo un salto brusco e inesperado, provocado por medidas gubernamentales de emergencia que causaron profundo impacto en el campo de los negocios como ocurrió con el acontecimiento denominado el “rodrigazo”. Se trató de decisiones adoptadas por el ministro de Economía, Celestino Rodrigo, el 4 de junio de 1975, que hicieron trepar la inflación hasta tres dígitos anuales. La inflación, concebida como un suceso que no escapaba a la previsión ni abandonaba el marco de lo ordinario, se transformó en un suceso extraordinario e imprevisible por su carácter súbito, amén de su desmesura.

Es decir que este fenómeno de la inflación que puede ser considerado como inevitable en el desenvolvimiento económico, es susceptible de transformarse en suceso extraordinario e imprevisible cuando su medida se desborda de los cauces razonables y su tasa se desorbita. La apreciación de lo imprevisible se entrelaza íntimamente en este caso con la determinación de la onerosidad excesiva, en cuanto, cuando ésta se produce, cabe estimar que la desmedida de la depreciación escapa a la previsión de los afectados porque excede el alea normal del contrato ⁴⁹.

5. *¿Cuándo debe producirse el acontecimiento?*

El suceso que determina la excesiva onerosidad debe verificarse después de la celebración del contrato; si consiste en un hecho que ya existía en ese momento, aunque era desconocido por las partes, las consecuencias de la inexacta representación de la realidad por los contratantes sólo pueden ser corregidas con las disposiciones relativas a los vicios de la voluntad ⁵⁰.

⁴⁹ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1026; SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 712.

⁵⁰ BOSELLI, VOZ “Eccesiva onerosità”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, N° 1, pág. 335; TARTAGLIA, VOZ “Onerosità eccessiva”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXX, N° 5, pág. 163; BRACCANTI, *Degli effetti della eccesiva onerosità sopravveniente nei contratti*,

6. *Diferencias con el caso fortuito*

Este acontecimiento extraordinario e imprevisible reviste la misma naturaleza que el exigido en el caso fortuito; la diferencia fundamental estriba en los efectos que tiene el suceso en el cumplimiento de la obligación: mientras en el caso fortuito el acontecimiento determina la imposibilidad de cumplir con la obligación, en la imprevisión el cumplimiento es posible pero se ha tornado excesivamente oneroso en cuanto se ha subvertido la relación de equivalencia originaria entre las prestaciones de las partes.

C. *Falta de culpa del perjudicado*

1. *Noción*

Entre el acontecimiento extraordinario e imprevisible y la excesiva onerosidad debe mediar un nexo de causalidad en el cual no deben interferir hechos imputables a la culpa de la parte que ve transformarse su situación en más gravosa. Tal ocurre cuando el perjudicado está en mora al tiempo de producirse la alteración de las circunstancias⁵¹ siempre que dicha mora sea la causa del agravamiento de su situación. Corresponde excluir las situaciones en que la mora es irrelevante porque el desequilibrio se hubiese producido como consecuencia del acontecimiento, aunque el perjudicado no hubiese incurrido en mora⁵².

pág. 89; CARVALHO FERNANDES, “A teoria da imprevisão no Direito Civil Português”, Boletim do Ministério da Justiça Nº 128, pág. 128. Contra: DE MARTINI, *L’eccezionale onerosità nell’esecuzione dei contratti*, pág. 30.

⁵¹ BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 91; DE MARTINI, *L’eccezionale onerosità nell’esecuzione dei contratti*, pág. 24; MESINEO, *dottrina general el contrato*, t. II, pág. 376; CARVALHO FERNANDES, Boletim do Ministério da Justiça, Nº 128, pág. 129 y ss..

⁵² Atilio A. ALTERINI, *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, pág. 452; asimismo, “La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante”, L.L. 1980-C-1109; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, pág. 524.

IV. Efectos de la imprevisión

1. *La resolución*

En primer término, cuando se verifica el supuesto de la imprevisión, el art. 1198, siguiendo los lineamientos del Código Civil italiano, dispone que la parte perjudicada “podrá demandar” la resolución del contrato. Cuando se legisló sobre la *sopravvenienza* en dicho Código, se pensó que la resolución era la consecuencia normal de la figura que satisfacía plenamente el interés del afectado, pues le permitía desvincularse de un negocio cuya economía se había subvertido profundamente por causa del evento perturbador superveniente, produciendo su extinción. La resolución no es un efecto automático del cambio de circunstancias. El afectado puede demandarla, a cuyo fin debe articular la correspondiente pretensión judicial a través de una demanda o de una reconvencción. La razón de esta vía impuesta para la resolución, estriba en que ella requiere un examen detenido de una situación compleja; de allí que no quepa concebir una resolución extrajudicial, como ocurre en las hipótesis de incumplimiento, sino que la disolución del vínculo contractual siempre deba operarse mediante una sentencia que tiene, por tal motivo, una eficacia constitutiva⁵³.

2. *Efectos de la resolución*

Ordenada la resolución, queda disuelto el vínculo contractual. En los contratos de ejecución diferida la resolución tiene de ordinario efecto retroactivo entre las partes, las que deben restituirse lo que hubiesen recibido en el cumplimiento del contrato. Sin embargo, en los contratos de ejecución periódica o continuada cesa el efecto retroactivo de la resolución en cuanto ella no alcanza a los efectos cumplidos antes de la alteración de las circunstancias. En estos contratos las varias prestaciones recíprocas

⁵³ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1028; BRACCIANTI, op. cit., pág. 92; VAZ SERRA, op. cit., Boletim Nº 58, pág. 349.

que se van sucediendo en el tiempo tienen una autonomía que les permite sobrevivir a la resolución del acto.

3. Vía para articularla

El texto de la norma expresa que “la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato”; esto es, se requiere que el afectado articule judicialmente la pretensión de resolución. Ello significa que no es suficiente ni resulta admisible invocar la resolución como contenido de una simple defensa o excepción que se oponga a una demanda de cumplimiento, en cuanto debe hacerse valer por vía de demanda o de reconvencción ⁵⁴.

4. La revisión de lo pactado

La resolución no está legislada como un efecto automático y forzoso de la alteración de las circunstancias, sino que se admite que el deudor pueda evitarla, ofreciendo “mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

Con este segundo remedio, la revisión de lo pactado, se permite que continúe la vida del vínculo obligatorio; tan sólo se reajusta el contenido del contrato de modo que desaparezca la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes, bien sea disminuyendo su monto, o aumentando la entidad retributiva de la contraprestación.

5. Alcance de la revisión

Tal modificación debe ser hecha equitativamente. Se trata, por consiguiente, de una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso

⁵⁴ CNCCom., Sala A, L.L. 2000-B-822, J.A. 1999-III-173, E.D. 182-605; CNCiv., Sala C, L.L. 1994-D-71; CNCCom., Sala B, L.L. 1982-C-22.

concreto. Sin embargo, como criterio de orientación, es dable sostener que la revisión del contrato no supone necesariamente un perfecto restablecimiento del equilibrio que existía entre las prestaciones al tiempo de celebrarse el contrato. Todo contrato a término está sujeto a un riesgo normal que impide calcular con seguridad cuáles serán las ventajas que en definitiva puede reportar el convenio a las partes, según el posible cambio de las condiciones económicas que presidieron su celebración. El legislador sólo reconoce eficacia al cambio de circunstancias cuando es producido por un acontecimiento extraordinario e imprevisible que torna excesivamente onerosa una de las prestaciones. La revisión sólo tiene por objeto eliminar ese exceso de onerosidad, sin que deba asegurarle al deudor toda la utilidad que pensaba obtener de la prestación en la situación de hecho originaria. La modificación del contenido del contrato sólo persigue expurgar al contrato de la injusticia que ha venido a comunicarle el cambio de las circunstancias. Se trata, por ende, solamente de suprimir el gravamen que pueda reputarse exorbitante o desmesurado para el deudor, quien, según las circunstancias, debe soportar el alea normal del contrato ⁵⁵.

6. *Modo de articular la revisión*

En el contexto procesal en que articula judicialmente esta pretensión de *reductio ad aequitatem*, la parte que solicita la revisión de lo convenido debe proponer concretamente el contenido de dicho ofrecimiento. La contraparte, al contestar dicha pretensión, se opondrá a ella u ofrece-

⁵⁵ CNCiv., Sala C, L.L. 1987-E-462, (37.733-S); CNCiv., Sala D, L.L. 1984-C-293; CNCiv., Sala F, 27/10/1981, L.L. Online. Conf. BRACCANTI, *Degli effetti de la eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, N° 27, pág. 94; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, págs. 26/27; VAZ SERRA, "Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias", Boletim do Ministerio da Justiça, N° 68, pág. 35; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, N° 225; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, pág. 526; Atilio A. ALTERINI, *Contratos civiles, comerciales, de consumo, Teoría general*, pág. 454; CASIELLO, *La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código Civil*, pág. 1501. En contra: BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 1983, 135-IX, pág. 144.

rá, aunque más no sea subsidiariamente, otra adecuación con condiciones y medidas diferentes. Configurado de este modo el tema en discusión, con dicha pretensión y réplica de las partes, se derivarán los límites dentro de los cuales debe moverse el pronunciamiento judicial en virtud del básico principio de congruencia ⁵⁶.

7. La distribución de los remedios de la imprevisión

En el sistema que ha servido de fuente a nuestra legislación, los remedios de la imprevisión han sido distribuidos entre las partes de modo simétrico: al perjudicado se le reconoce el derecho a pedir la resolución, la cual permite la liberación de ese vínculo contractual que se ha tornado económicamente opresivo mediante el drástico sacrificio de su extinción. A su vez, a la contraparte del perjudicado le confiere el derecho potestativo de evitar dicho desenlace ofreciendo la revisión del contrato, su adecuación para reconducirlo a la equidad.

Desde este punto de vista, resulta claro, por consiguiente, que el perjudicado tiene derecho a demandar la resolución y que si su contrapar-

⁵⁶En contra: TOBIÁS, quien fundándose en antecedentes del derecho italiano, sostiene que es suficiente una oferta genérica de adecuación equitativa. Expresa que se trata de un remedio en el cual conviven la naturaleza negocial y procesal. Esa oferta genérica, constituiría una propuesta que incentivaría la renegociación entre las partes y que tiene su lógica en el juicio de equidad al que la norma del art. 1198 subordina el remedio. Por otro lado, la adecuación puede recaer sobre diversos puntos según la complejidad del contrato, tales como espera, quita, rescisión parcial, por lo que la posibilidad de precisarlos en una forma concluyente en una demanda sería inviable. La exigencia de una oferta determinada sería tanto como negarle la juez una intervención integrativa, reduciéndolo a “un mero vocero del experto actuarial”. Cabe objetar que el fundamento de equidad de la adecuación, no puede tener el significado de variar los requisitos que debe observar toda pretensión en un juicio. El propósito de incentivar la renegociación en este tipo de procedimientos, no se logra con autorizar una decisión final que pueda prescindir de los carriles dentro de los cuales los interesados deben encauzar su discusión, prescindiendo del principio de congruencia que hunde sus raíces en garantías de la Constitución Nacional. En casos complejos en los que se considera que hacer un ofrecimiento es particularmente difícil, resulta utópico pensar que debe dejarse librado exclusivamente al criterio del juez, encontrar la fórmula salvadora.

te no ejerce su derecho a neutralizarla, el contrato necesariamente se extingue. Y, por el contrario, si opta por la revisión se conjura dicha resolución y el contrato salva definitivamente su existencia, debiendo procederse a su adecuación.

La cuestión que cabe resolver es si debe entenderse que esa fórmula legal excluye toda posibilidad de que la adecuación del contrato sea pedida por el perjudicado. Si la eventualidad de la conservación del contrato, depende enteramente de la voluntad de la contraparte del perjudicado a cuyo exclusivo arbitrio queda supeditada la suerte final del negocio y la factibilidad de su supervivencia.

8. La posibilidad de que el perjudicado solicite la revisión. Controversia

En la doctrina nacional tiende a predominar la tesis que admite la existencia de acción autónoma de adecuación que puede ejercer directamente el perjudicado⁵⁷. Entre los argumentos de esta postura, se propicia la aplicación analógica de la figura de la lesión en la que al perjudicado se le reconoce el derecho de optar por la nulidad o la modificación del contrato. Se piensa, asimismo, que cuando la ley permite al perjudicado de-

⁵⁷ TOBIÁS, “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del art. 1198 del Código Civil”, L.L. 2003-B-185 y ss.; MORELLO, *Ineficacia y frustración del contrato*, Lexis Nexis, La Plata, Abeledo-Perrot, 2006, pág. 330 y ss.; Juan José CASIELLO, “La adecuación del contrato”, L.L.195-B-1.265; María Cristina CARNAGHI, “Imprevisibilidad: acción directa lo autónoma de reajuste para el perjudicado”, D.J. 2004-2-1017; Atilio A. ALTERINI, *Contratos. Teoría general*, pág. 455; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 1, 1983, 135-XI, pág. 146; FLAHERTY-SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, pág. 33; MOSSET ITURRASPE, “Sobre una supuesta “Herejía” jurídica en torno a la acción por revisión del art. 1198 (El derecho como religión, como ciencia y como arte)”, L.L. 1983-D-805 y ss.; asimismo *Contratos*, pág. 377; LAVALLE COBO, en *Código Civil y leyes complementarias: Comentado, anotado y concordado*, Belluscio (dir.)-Zannoni (coord.), t. 5, pág. 937, § 47; SPOTA, “Imprevisión contractual, lesión subjetiva, ofensa a la regla moral e indexación”, L.L. 1976-D-195; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, pág. 527; CNCiv., Sala C, L.L. 1979-555; CNCiv., Sala D, L.L. 1980-D-457; CNCiv., Sala F, L.L. 1982-C-135, E.D. 99-764.

mandar la resolución, lo autoriza a lo más, por lo que estaría comprendido implícitamente lo menos, esto es, el derecho a pedir la revisión del contrato, que constituye un resultado menos oneroso y más conveniente para los intereses del tráfico. Finalmente se tiene particularmente en cuenta el principio de conservación del contrato, amén de las conveniencias y ventajas de esta solución que tiende a difundirse en el derecho comparado y que se ha sido acogida por los proyectos de reforma de nuestro Código.

La tesis que niega la legitimación del perjudicado para pedir la adecuación, hace hincapié en el texto del artículo que sólo reconoce al perjudicado la legitimación para demandar la resolución; también para mientes en el carácter excepcional del precepto y en la fuente que lo inspira. Se agrega que si la ley hubiese reconocido el derecho del perjudicado a optar por articular una acción de adecuación, el precepto lo hubiese consignado de manera expresa, como ocurre en materia de lesión ⁵⁸. Esta tesis negativa fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia, en un recordado fallo ⁵⁹ que dejó sin efecto, por mayoría, una sentencia de Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial. El voto de la mayoría presenta singularidades que deben tenerse en cuenta para aquilatar debidamente el alcance del pronunciamiento. Estima dicho voto (considerando 5º) que la sentencia recurrida no había considerado cuestiones planteadas por el actor, al oponerse a la aplicación de la imprevisión opuesta como defensa por la parte demandada, en la contestación a la demanda, lo que implicaba una grave violación del derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional, suficiente para la descalificación del fallo como acto judicial. Empero, luego de esta drástica reprobación de la sentencia recurrida, que se basta por sí sola para el acogimiento del recurso

⁵⁸ Rodolfo DE ABELLEYRA, “Una herejía jurídica. La desinterpretación del artículo 1198 del Código Civil”, L.L. 1983-C, pág. 935; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, t. I, VIII, pág. 478 y ss.; MASNATTA, *La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato*, pág. 61; Alejandro VÁZQUEZ, “Teoría de la imprevisión. Opción del afectado”, E.D. 97-847; Enrique ABATTI y ROCCA IVAL (H), “Teoría de la imprevisión: novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214 y 320/02. ¿Es admisible la acción directa por reajuste?”, E.D. 197, pág. 622 y ss.; CNCom., Sala C, L.L. 1985-C-361; CNCom., Sala E, L.L. 1989-D-240.

⁵⁹ El recaído en los autos “Kamenszein, Víctor J. y otros c/ Fried de Goldring, Malka y otros”, L.L. 1992-C-491.

extraordinario, el voto mayoritario de la Corte agrega (considerando 6°): “Que, desde otro punto de vista, la sentencia recurrida se aparta de la solución normativa expresamente establecida para el caso, pues el artículo 1198 del Código Civil, para el supuesto de la excesiva onerosidad sobreviniente, sólo faculta a la parte perjudicada a demandar la resolución del contrato, previendo la mejora equitativa, únicamente como alternativa que puede ser ofrecida por la otra parte”⁶⁰. En verdad, esa referencia a la posibilidad de articular la revisión aparece como un mero complemento de la razón básica que sirve de sustento a la procedencia del recurso, una suerte de agregado que configura un *obiter dictum*. Tal significado de las consideraciones relativas a la posibilidad del ejercicio de la acción de revisión por el perjudicado, deja de tener el carácter de una mera conjetura, si se repara que ha sido confirmado por la propia Corte. En efecto, en otro recordado fallo⁶¹ declara inadmisibles el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja, fundado en que se había prescindido de la aplicación de los textos legales que rigen la materia (arts. 1197 y 1198 C.C.), según los cuales no existiría una acción de revisión por excesiva onerosidad, sino solamente la posibilidad del afectado de ejercer una pretensión resolutoria. La Corte acoge el dictamen del procurador fiscal, en cuanto sostiene que los agravios relativos a la interpretación del art. 1198 del Código Civil son “inatendibles” en la vía ex-

⁶⁰Expresa además dicho considerando: “Esta Corte tiene reiteradamente resuelto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley y que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 308:1745 y sus citas). Conceder a uno de los contratantes una acción que la ley no le confiere, como lo sería, en el caso, la de revisión del contrato o modificación de sus cláusulas, implicaría una clara violación a esas reglas; máxime cuando no puede suponerse que haya mediado una omisión u olvido del legislador, el cual frente a las diversas opciones que le proponía la doctrina y la legislación extranjera, optó por una perfectamente clara, sin que su inconsecuencia o su falta de previsión puedan suponerse (Fallos: 307:518, considerando 10 y sus citas). Por lo demás, si en supuestos relacionados de algún modo con el examinado confirió la opción entre la invalidez y la modificación (art. 954, modificado -lo mismo que el art. 1198- por la ley de facto 17.711), es irrazonable creer que esa exclusión haya sido movida por olvido o ligereza”.

⁶¹“Figueroa, Roberto M. y otro c/ Banco de la Nación Argentina”, D.J. 2002-3-942 y L.L. 2002-F-726.

traordinaria, porque versan sobre una materia de derecho común reservada a los jueces de la causa. Vale decir, la controversia interpretativa sobre si el art. 1198 admite la posibilidad de que la parte perjudicada por la imprevisión ejerza la acción de revisión, no constituye una cuestión que, por sí sola, habilite a la promoción de un recurso extraordinario.

9. Las diferencias sustanciales entre la lesión y la imprevisión

A fin de abordar los términos en que se ha planteado esta controversia, conviene, en primer término, destacar que, según se ha expresado, existe un cierto paralelismo entre la lesión y la imprevisión. La primera constituye un remedio para subsanar desequilibrios existentes en el momento de la celebración de un contrato. La segunda corrige desequilibrios posteriores a su formación. Empero, más allá de la simpleza esquemática de este planteo, existen sustanciales diferencias entre los supuestos de ambas figuras. En la lesión, la contraparte del lesionado desempeña un papel activo en el desequilibrio porque se requiere que éste sea el resultado de la explotación que hace de una situación de inferioridad del lesionado. En cambio, en la imprevisión, el desequilibrio se produce por factores extraños a los comportamientos de las partes. La excesiva onerosidad sobrevenida no es imputable ni a la culpa de quien la soporta ni a ninguna conducta atribuible a su contraparte. En la lesión, la ley deja librada a la opción del perjudicado pedir la nulidad que aniquila el contrato o la revisión de su contenido que lo torna equitativo, en cuanto conduce a restablecer un perfecto equilibrio. Se protege fundamentalmente el interés del lesionado y se entiende que, con cualquiera de las alternativas de esta opción, él recibe una adecuada tutela. En el supuesto de la imprevisión, cuando el contrato entra en crisis porque se subvierte su economía por causa de acontecimientos posteriores ajenos a las partes, la ley al reglar esa situación lo hace teniendo en cuenta el interés de ambas partes. A la víctima del cambio de circunstancias, le reconoce el derecho a demandar liberación de ese vínculo que se ha tornado económicamente opresivo, mediante el ejercicio de una pretensión de resolución del contrato. A la contraparte del perjudicado, le reconoce el derecho de evitar dicha extinción solicitando la adecuación del contrato. El fundamento de esta solución primaria, expresamente establecida, radica en que la adecuación del contrato puede exigir un esfuerzo de la contraparte del perjudicado que

ella no esté en condiciones de llevar a cabo y, por tanto, si se le impone dicha revisión podría irrogársele una lesión a su interés y, paradójicamente transformarlo de beneficiado por el desequilibrio, en víctima del cambio de las circunstancias. Desde este punto de vista no existe una sustancial analogía entre los supuestos de la lesión y de la imprevisión que justifique aplicar las consecuencias previstas en aquélla a hipótesis no previstas en esta última, por cuanto no se da una idéntica razón para tratar esos diferentes supuestos del mismo modo. Y habida cuenta de tal diferencia, tampoco es dable colegir que la omisión en la concesión expresa de algún derecho del perjudicado en la norma que regla la imprevisión, significa su exclusión o descarte por el hecho de haber sido expresamente reconocido al regularse la lesión.

10. La posibilidad de que no se pueda eludir la revisión, en el supuesto de excesiva onerosidad superveniente

Mayor interés reviste el análisis sobre si es factible prever hipótesis en que al perjudicado no le quede otro camino que reclamar la adecuación del contrato. Ello puede ocurrir cuando el afectado en cumplimiento de una obligación de hacer ha realizado una actividad cuya utilidad se incorpora al patrimonio de la contraparte, y por un cambio de circunstancias, la retribución que le corresponde se envilece y pierde toda entidad retributiva. Piénsese en un contrato de locación de obra. El locador debe ejecutarla en un inmueble del locatario y el precio debe ser pagado después de su recepción. Terminada la obra, antes de su entrega, un acontecimiento posterior al contrato determina que se produzca una considerable pérdida del poder adquisitivo de la suma de dinero pactada en concepto de precio, dándose los requisitos de la figura de la imprevisión. En tal situación carece de sentido pensar que el locador puede pedir la resolución del contrato. No resulta factible la restitución de lo hecho, que ya forma parte del patrimonio del locatario. La única consecuencia viable es el cumplimiento del contrato, la recepción de la obra y la revisión de lo pactado en cuanto al precio, debiendo el locatario abonar un suplemento que compense la pérdida del poder adquisitivo de la cantidad convenida, de modo tal que el locador sólo se haga cargo del riesgo normal del contrato. Es obvio que en hipótesis como la del género, el discurrir teórico debe someterse a la imposición de las exigencias de la realidad. Es quizás

por estas peculiaridades que el Código Civil italiano, al legislar sobre el *appalto*, ha establecido un régimen especial para el grueso de los supuestos en que se produce la excesiva onerosidad de la obligación del *appaltatore* en el cual prevé, como remedio exclusivo, la “*reductio ad aequitatem*”, excluyendo la resolución ⁶².

Incluso la revisión parcial de lo pactado puede necesariamente acompañar a la resolución, como ocurriría en el supuesto de que resuelva un contrato de obra por cambio de las circunstancias y el locador haya ejecutado parcialmente la obra cuya utilidad se ha incorporado al patrimonio del locador. Producida la resolución, el comitente deberá abonar el valor correspondiente a dicha ejecución parcial, para cuyo cálculo deberá revisarse el precio pactado en el contrato.

Otra hipótesis, con mayor grado de probabilidad de plantearse en la práctica, es la de un contrato de arrendamiento en que se produce una notable depreciación de la suma pactada en concepto de precio. Si el locador demanda la resolución, mientras dure el juicio se operará el vencimiento de otros períodos de la locación. La resolución que ordena la sentencia, no alcanzará a los efectos cumplidos antes del cambio de circunstancias. Empero, respecto de la ocupación posterior, como es dable suponer, el locatario deberá pagar un precio cuya adecuación significará la revisión del importe pactado en el contrato.

11. La razón de la distribución esquemática de los remedios hecha en el art. 1198

Es decir, que resulta posible pensar en supuestos en los cuales sólo cabe reconocerle al perjudicado el derecho a reclamar la adecuación del contrato porque la resolución resulta inviable. Asimismo, la resolución del contrato no excluye la posibilidad de que la resolución, aunque más no sea parcialmente, incluya cuestiones cuyo tratamiento concierne a la adecua-

⁶² Se trata del art. 1664 del Código Civil italiano. Ver Domenico RUBINO, *Dell'appalto*, Bologna, Incola Zanichelli Editore, Soc. Editora del Foro italiano, 1962, pág. 176 y ss.; Carlo GIANNATASIO, *L'appalto*, Milano, Giuffrè, 1967, N° 68 y ss., pág. 115.

ción. De lo señalado se infiere que no son concebibles soluciones rígidas en esta materia de la procedencia de la revisión y que el art. 1198 requiere una interpretación flexible. Sentadas estas premisas corresponde dar respuesta al interrogante fundamental planteado en el tema: ¿puede el afectado por la imprevisión solicitar la revisión del contrato?

En nuestro derecho se ha entendido que contestar a esta pregunta presupone decidir si al afectado por la imprevisión le corresponde o no una acción autónoma a semejanza de lo que ocurre con el lesionado. Como ya se ha anticipado, existe una diferencia de fondo entre la lesión y la imprevisión que impide extenderle a esta última las consecuencias de la primera. Cuando el lesionado opta por el reajuste equitativo del convenio, la revisión de lo pactado se verifica inevitablemente. En la imprevisión -inclusive en las legislaciones que reconocen al perjudicado el derecho a solicitarla- la revisión sólo procede si resulta factible y así lo entiende el juez en definitiva.

Frente a la situación que crea un contrato en crisis, cuando se da el supuesto de la imprevisión, la ley estructura un sistema dirigido a subsanar el grave desequilibrio que se ha generado a través de dos remedios que establece: uno drástico que supone la extinción del contrato y la liberación del perjudicado, y otro que permite la conservación del contrato mediante su adecuación eliminando la desmesura del desequilibrio. Al hacerlo, tiene que conciliar los intereses de las partes del contrato, sus derechos y deberes. Y para este objetivo no puede perderse de vista el fundamento de la figura que es la regla general de la buena fe, principio rector inspirador de la regulación jurídica de la imprevisión. Este principio se nutre con los criterios de probidad, corrección y solidaridad. La buena fe permite corregir omisiones legales en la solución expresa de casos concretos que pueden presentarse.

¿Cuál es el significado de la regulación del art. 1198 respecto de la legitimación para valerse de los remedios que autoriza la figura de la imprevisión? Frente a ese intolerable desequilibrio sobrevenido por acontecimientos ajenos a las partes, la norma autoriza al perjudicado a desvincularse del contrato y faculta a su contraparte a evitar la resolución ofreciendo la adecuación. La ley le brinda esta opción a quien resulta beneficiado por el cambio de circunstancias, no para que se aproveche de él o medre con el nuevo estado de cosas, sino para evitar que la revisión del contrato afecte gravemente su interés, imponiéndole un esfuerzo que, razonablemente, no esté en condiciones de llevar a cabo.

12. La situación no prevista

En este orden ideas, cabe admitir que puede plantearse una situación no prevista de modo expreso en el art. 1198: la resolución ocasiona un perjuicio innecesario al interés del perjudicado y su contraparte no tiene un interés suficiente para rehusar avenirse a la conservación del contrato mediante su adecuación. En este supuesto, el perjudicado puede pedir la revisión del contrato para reconducirlo a la equidad porque la negativa de la contraparte o la resistencia de hacer uso de vía, importa una flagrante desvirtuación la buena fe que sirve de fundamento a la figura. No se trata de apelar al fundamento de la norma para propiciar una solución que contradiga su tenor explícito, lo que sería inadmisibles, sino que se propugna la integración del precepto, de modo tal que comprenda una situación no prevista, según se desprende de su razón de ser, a fin de atribuirle un tratamiento coherente con el criterio en que se inspira.

La interpretación del precepto crea sobre este particular una disyuntiva: puede inspirarse en un conceptualismo estricto, una lógica formal que conduce a una conclusión simple: si la ley concede al perjudicado el derecho de demandar la resolución y a su contraparte el derecho a evitarla, ofreciendo mejorar equitativamente las condiciones del contrato, cabe colegir que excluye la posibilidad de que el afectado por el cambio de circunstancias solicite adecuación.

La otra vía de interpretación es indagar la razón de ser de esta legitimación que expresamente formula la ley, pues ella abre la posibilidad de individualizar una situación no prevista, en casos concretos susceptibles de plantearse, los cuales requieran una solución ajustada al principio de buena fe que sirve de fundamento a la figura. Por este camino se llega a la siguiente conclusión: producida la hipótesis de crisis del contrato que representa el supuesto de la imprevisión, la vía normal para remediarla es que el perjudicado se libere y el contrato se extinga, a no ser que la contraparte evite ese desenlace ofreciendo la adecuación que permita la conservación del negocio. Se permite así que este último camino pueda prosperar, en la medida en que no perjudique el interés de dicha contraparte, cuando la revisión suponga exigirle un esfuerzo que no esté en condiciones de realizar. Ahora bien, se presenta una situación no prevista por la norma, cuando acaece algo enteramente distinto: la resolución perjudica innecesariamente el interés del perjudicado y su contraparte no tiene un

interés de entidad suficiente para rehusarse a la adecuación del contrato. La fidelidad al principio rector que informa la regulación, exige una solución cuyos resultados sean concordantes con el sentido que lo inspira. Lo razonable de esta solución se torna patente respecto de ciertos contratos cuya economía puede ser gravemente alterada por el cambio de circunstancias, negocios en los que, asimismo, la resolución puede configurar un resultado totalmente desastroso para el interés del afectado. Son contratos que sirven para la realización de una operación económica compleja, generalmente de larga duración, que una vez puesta en marcha se torna irreversible. Piénsese en un contrato de obra para la construcción de un importante puente, una plataforma petrolífera, una usina nuclear, el mantenimiento de un sistema informático o la eliminación de residuos tóxicos⁶³. En los primeros dos ejemplos, se trata de tareas que comenzadas no pueden quedar a medio camino para ser retomadas por una empresa diversa. En los otros ejemplos, resulta impensable que deba desmantelarse el sistema informático para ser estructurado nuevamente de raíz, o que deba procederse a la suspensión obligada de la eliminación de los residuos tóxicos. Supóngase, asimismo, una cuantiosa operación de financiamiento a largo plazo, en el curso de la cual un cambio de circunstancias torna excesivamente onerosa la posición de la parte que ha recibido el crédito. Si la única vía que se le reconoce para remediar la situación es la resolución del contrato, tal pretensión conduciría a un resultado que vendría a empeorar su situación en cuanto producida dicha extinción, debería restituir de inmediato la suma ya recibida. En todas estas hipótesis es fácil coincidir en que un mínimo de sentido común exige que esos contratos prosigan y se conserven aunque tengan que adecuarse al cambio de circunstancias. Y si esa continuación se la deja librada al mero arbitrio de la parte que beneficia el cambio de circunstancias, ese incontrolable albedrío puede, inclusive, convertirse en un arma al servicio de la mala fe y el abuso.

⁶³ Los ejemplos son de ROPPO, *Il contratto*, pág. 1042.

EL DERECHO Y EL MAL ¹

por HORACIO ROITMAN ²

SUMARIO: I. Un concepto. II. Ilustración. III. Sensaciones similares en la literatura. IV. Razón de esta introducción. V. Los interrogantes después de la barbarie. VI. También me he preguntado si después de Auschwitz existe el derecho. VII. El progreso registrado en la segunda mitad del siglo XX. VIII. La mirada en el futuro.

I. Un concepto

Cualquiera fuere el grado de certeza que la abstracción de un concepto, o la pureza de una definición puedan brindarnos, jamás podremos aprehender la noción verdadera de lo que aquí queremos estudiar: el mal, y luego su vinculación con la ciencia del derecho.

El inconveniente para ofrecer un concepto, va mucho más allá de una definición (carencia de bondad, apartamiento de lo lícito, ético u honesto, o lo que ocasiona desgracia o calamidad), o la expresión vaga referida a los valores (juicio moral o ético negativo, cruel, injusto, egoísta, etc.).

II. Ilustración

Como si se tratara de la portada de un libro, o la ilustración de un ensayo, escogí cuatro momentos de la Historia del Arte para tratar de

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada del 26 de mayo de 2009.

² Académico de número.

mostrar el grado del mal que ahora nos ocupa, como centro de esta discusión.

El primero son las estampas de Goya sobre las guerras napoleónicas en España, el segundo es el *Guernica* de Picasso (1937), el tercero *El Grito de Munch* (1895), y el cuarto *las Imágenes de Abu Graib*, de Botero (2005).

Cada cual en su época, y a su modo, sintetiza, a mi juicio, de manera perfecta el horror, la miseria, la desesperación, la destrucción, el desamparo; y genera en quien lo recibe la angustia, la desazón y la sensación de lo irremediable.

No disminuye el valor de los conceptos recordar que una sola imagen vale más que mil palabras. La evocación de estos hitos no tiene la perspectiva que Giovanni Sartori le dio al *Homo Videns* a quien consideró más un “animal vidente” que un “animal simbólico”; ni tampoco las de Stefano Zecchi en *L’umo è ciò che guarda*, sino con el sentido exactamente contrario: las que Herbert Read describió en tres obras memorables “Educación por el arte” (retomando un concepto de Platón, continuado por Schiller “... hasta que el hombre, en sus modos físico y sensorial de ser, no se haya acostumbrado a las leyes de la belleza, no será capaz de percibir lo bueno y lo cierto -no será capaz de libertad espiritual...”) y en *Notes toward the definition of culture* y *Art and Society*. Tal vez como Pierre Francastel lo expuso en *Peinture et Societe*. O como André Malreaux en *Le musee imaginaire*, “*El museo imaginario no es la herencia de fervores desaparecidos...*” “*Es lo que nos dicen estos cuadros y estas esculturas, y no lo que ellos nos han dicho*” (traducción libre).

Estos cuatro momentos en la historia del arte, lo que nos han dicho y los que los hombres han percibido con libertad espiritual, han representado, en sus diversos estadios lo siguiente:

1. Muestra reciente en el Prado, “Goya en tiempos de Guerra”

Tomás Eloy Martínez la describe: “*la historia se va volviendo insensata, carece de razón y el espectador mismo del horror se siente perdido en tiempos y lugares donde todo sucede con tal intensidad y perfidia que por un momento parece que se retirara el aire*”. La muestra especial logró su cometido, pero quienes no la hemos visto también padecemos la sensación de asfixia cuando antes estaban en el subsuelo,

y el lúgubre ambiente oscuro las albergaba. Nadie que haya observado los óleos con los fusilamientos, o la tortura o las crueles imágenes de los aguafuertes, pudo permanecer impasible.

2. *Guernica, París, 1937*

Dora Maar cuenta cómo pintó la obra inclinada. Pareciera que entre la gestación del cuadro destinado a la Exposición Universal de París, y su destino actual en el Museo Reina Sofía hay un cruel paralelismo con uno de los horrores de la historia. En el año 1937 la ciudad de Guernica soportó el bombardeo alemán y en la ciudad devastada queda sólo el Gernikako Arbola (en Euskera). Ese árbol sobrevivió hasta el 20 de abril de 2004 que fue declarado muerto, y sustituido por uno de sus retoños el 25 de febrero de 2005. Preside la Casa de Juntas de Guernica, y siempre el Lehenkendari prestó juramento bajo su copa. Dijo Rafael Alberti a Pablo Picasso “Y a todo esto lo llamaste Guernica. Es decir, uno de los gemidos más grandes de dolor que haya sido arrancado al pueblo de España, al mismo tiempo que el más hondo escapado de ti”. Primero la incomodidad para elaborarla por su gran tamaño, y luego su derrotero (en custodia al MOMA de New York hasta que cesara la dictadura en España), luego el retorno a la Casa del Buen Retiro y finalmente su morada en un gran museo.

La madre, el caballo, el toro, el hijo, la angustia, la muerte, la desesperación, la desolación, la impotencia y el horror están condensados en ese inmenso lienzo con sus matices: del negro al blanco pasando por todos los grises sin un solo color.

3. *El Grito de Edvard Munch en 1895*

Recientemente admiré el film sobre la vida de Simone Veil, en el que relata cuando le ofrecieron salvar su vida en Auschwitz intercedió por su madre y su hermana, cómo su madre murió de tifus en sus brazos, y cómo luego luchó por el derecho de las mujeres a disponer de su propio cuerpo ante embarazos no queridos (seguramente recordaba las violaciones en el campo de concentración). Y tuve de repente la asociación libre que tan bien han estudiado los psicoanalistas, y la imagen de ese rostro casi desfigurado sostenido por las dos manos desesperadas, que vuelve a representarnos el horror que se siente ante el mal. En algún lugar de mi memoria me quedó grabado aquel rostro tan expresivo que había observado

varias décadas atrás en una muestra retrospectiva, y de repente apareció como el símbolo de tantas luchas de esta ilustre francesa.

4. Finalmente las imágenes de la cárcel de Abu Graib de Fernando Botero.

Dieron vueltas al mundo, y hoy algunas están alojadas en Medellín y en Bogotá. Fueron los abusos de los carceleros en Irak, de los que todos fuimos informados cuando los soldados tomaron fotos con sus celulares. Esto es el “Gran Hermano” de Orwell de 1949, con la sola diferencia de que el gran observador esta vez fue la humanidad. Y si las fotos presentaron la decadencia de soldados inescrupulosos que violaron todas las leyes de la guerra, fue la paleta del colombiano tan famoso el que nos hizo sentir a todos la humillación del ser humano por medio de sus grotescas y exuberantes representaciones de víctima y victimario.

III. Sensaciones similares en la literatura

La lectura de las *Mémoires* de Elie Wiessel me produjo sensaciones de angustia más graves, porque se prolongaron durante toda una época.

En “*Toutes les fleuves vont a la mer*” dice “*Cómo hemos llegado nosotros a aprender de nuevo a respetar los muertos si rechazamos la muerte: He aquí otra lección: la naturaleza humana está hecha de tal manera que nos habituamos más fácilmente al desamparo que a la felicidad*”. Y en “*... Et la mer n’est pas remplie*”, la conclusión conmovedora que es adonde quisiera llegar al terminar mi intervención: “*Y sin embargo. Hay que mirar el futuro. Para salvar la vida de sólo un niño, ningún esfuerzo es superfluo. Hacer sonreír a un anciano, fatigado de marchar y de sufrir, es cumplir con un deber esencial. Combatir la injusticia y la maldad, no será por un solo instante, por una sola víctima, será inventar una nueva razón para esperar*”... “*La esperanza puede transformarse en una trampa donde las víctimas sean tan desgraciadas como aquellas de la desesperación*” (traducciones libres).

Igual opresión me generó la biografía de Primo Levy, una tesis sin par de Myriam Anissimov que describe la “... tragedia de un optimista”.

Su suicidio y la fotografía del lugar no se me pueden borrar, pues son el epílogo de una vida signada por la tragedia.

Y en mis lecturas de adolescente, Stefan Zweig en *El mundo de ayer*, cómo prólogo a otro suicidio, pero basado en la impotencia ante un mundo que no cambiaba.

IV. Razón de esta introducción

Esta introducción, no desprovista del dramatismo que la propia noción del mal lleva ínsita, tiene como objetivo plantear un interrogante que otras disciplinas ya se han formulado, y extrapolarlo al campo del derecho.

La primera observación es que en la historia de la humanidad ha habido muchos atentados contra el hombre, contra la naturaleza humana, o lo que hoy llamamos la humanidad. Son referencia obligada: (i) las Cruzadas, (ii) los progroms en Ucrania de 1648/49, (iii) las matanzas de Genghis Kan, (iv) la Inquisición, (v) en el siglo XX los progroms de Kishenev, (vi) el genocidio armenio a manos de los turcos, (vii) el Pol Pot en Camboya, (viii) las ejecuciones y el Gulag de Stalin, (ix) la limpieza étnica en los Balcanes, (x) los crímenes tribales en Ruanda, sin contar los excesos en las guerras convencionales como Hiroshima, Nagasaki, Vietnam, Irak, y el conflicto palestino israelí.

De todos ellos, sólo dos momentos estuvieron organizados legalmente para ejecutar la más baja de las pasiones que degrada al hombre, que es el odio. Uno fue la Inquisición. La mejor prueba es la Casa del Tribunal del Santo Oficio en Lima, y los otros tantos museos que se conservan en España. Tal vez la distancia en el tiempo nos haga perder la noción de su gravedad; sin embargo, la historia de los marranos es prueba de esa crueldad sin par cuyos vestigios se conservan hasta hoy.

Pero a mi juicio nada puede comparársele a la maquinaria feroz que montó la Alemania nazi. Las “leyes raciales de Nuremberg”, un proyecto político denominado “solución final”, la organización de un sistema de aprovechamiento de los restos humanos y sus pertenencias (saqueos, apropiación de bienes y joyas, y camino al matadero los dientes de oro, los anteojos, el cabello, los zapatos) en lo que recientemente fue descrito como “sistema fordista de producción en serie” (Rafecas). Aunque hubo muchísimos campos de concentración, y otros de exterminio, el símbolo

con el que lo recordamos es Auschwitz sin que sean menos graves o atroces los crímenes perpetrados en Treblinka, Maidanek, Dachau, Tereinsentad, entre tantos otros.

Moisés Kijak es enfático: *“Todo el proceso genocida contó con un apoyo legal absoluto. Desde las primeras leyes antijudías en 1933, las Leyes de Nuremberg en 1935, hasta cada uno de los pasos dados hasta la ‘solución final’ a partir de 1942, todo era realizado dentro de las normas legales establecidas”* Y luego de describir la “organización tan eficiente...” concluye: *“Cientos de renombrados antropólogos, etnólogos, filósofos, historiadores, juristas, economistas, geógrafos, demógrafos, teólogos, lingüistas y médicos se adhirieron espontáneamente al nazismo y, en forma individual o a través de institutos creados al efecto, brindaron las bases científicas para la preparación, justificación y ejecución del genocidio. Sus nombres quedaron registrados”*. *“Sólo quedan sin conocer los nombres de los ingenieros que construyeron con tanta eficacia las cámaras de gas; pero los hechos demuestran que conocían el oficio”* (Weinreich, 1947). Estos mismos científicos difundieron la doctrina nazi a nivel mundial. Cito unas líneas escritas en 1933: *“(...) el saber significa para nosotros: tener poder sobre las ideas y estar preparados para los hechos (...) La revolución nacional-socialista no significa sólo que un partido con suficiente fuerza tome poder; esta revolución significa una revolución total de nuestra existencia alemana (...) Heil Hitler”*. Esto lo firma Martín Heidegger (citado por Weinreich, 1947).

En 1941, Julian Huxley escribió un ensayo *El progreso de la ciencia*: *“... por el momento, los recursos acumulados por generaciones de estudios científicos están a la disposición militar de Hitler...”*. Faltaban cuatro años para que terminara la guerra y el mundo no escuchó.

Esta es la diferencia esencial que hay entre las tantas matanzas y abusos que registra la historia. La mayor parte fue el abuso que genera el poder absoluto, totalitario, despótico o tiránico; o el exceso en las leyes de la guerra. En cambio aquí, fue una obra de ingeniería sin par, respaldada legalmente y para colmo con justificación filosófica por el gran maestro de Friburgo, con Wagner como música de fondo, y la no menos espectacular ejecución de Von Karajan al frente de la Filarmónica de Berlín.

V. Los interrogantes después de la barbarie

El mundo se preguntó si después de Auschwitz la humanidad tenía alguna esperanza.

Primero fueron los hombres de fe. Se preguntaron si Dios existe después de Auschwitz, o dónde estuvo durante la tragedia. Hans Jonas -ganador del premio Leopold Lucas- aspira a poder darla en *Le Concept de Dieu après Auschwitz*. Sostiene que a la idea de una divinidad todopoderosa absoluta e ilimitada, hay otra más teológica y auténticamente religiosa. Que Dios sea totalmente insondable, es decir enigmático. Y dice “*Sólo de un Dios completamente ininteligible podemos decir que es a la vez absolutamente bueno y absolutamente todopoderoso, y que al mismo tiempo tolera el mundo tal como es*” (traducción libre).

Günter Grass mucho antes de sus confesiones recientes en su autobiografía (en las que pretende descascarar una cebolla), cuando todavía no se conocía su pertenencia a las Juventudes Hitlerianas, hizo una lectura literaria en Frankfurt en 1990, que después circuló por el mundo con el título de “Escribir después de Auschwitz. Reflexiones sobre Alemania: un escritor hace el balance de 35 años”.

Cita a Adorno (*Mínima Moralia - Reflexiones de la vida dañada*) y asume que “... *por primera vez se consideraba a Auschwitz como censura y quiebra irreparable en la historia de la civilización*”. Y reprochaba que fuera mal entendido, o asumido como una prohibición lo que se “... *interponía en el camino de la fe en el futuro*”. Después de Auschwitz no podrá escribirse poesía. Con un gran sentido de culpa, sostiene que el genocidio organizado era el producto de la gran Alemania, y que por ello, “*Reflexionar sobre Alemania -dice- forma parte también de mi trabajo literario*” y concluye “*Por eso mi discurso, efectivamente, tiene que llegar a su punto final, pero al escribir después de Auschwitz no se le puede prometer fin, a no ser que el género humano quiera renunciar a sí mismo*”. Cuando conocí sus confesiones, recordé aquel opúsculo, pues pretendía involucrar a toda Alemania, a todo el pueblo alemán, en la responsabilidad del genocidio, y creo que hubo seres impotentes que estaban en total desacuerdo con el espíritu del Reich, incluso dentro de sus propias filas por el honor de la propia Alemania (como pretende exponerlo recientemente un film sobre la Operación Walkiria).

Fue la misma decepción que padecí cuando se descubrió, ya en su lecho de muerte, que el admirado Francois Mitterand había sido en su juventud funcionario del Régimen de Vichy. Un ocultamiento imperdonable como el de Grass, que no se compadece con la magnificencia de la obra que uno y otro hicieron por las letras alemanas o por el progreso de la civilidad francesa.

Porque no es la confesión lo que libera, en el más estricto sentido que el cristianismo le ha otorgado a este acto de constrictión, sino la coherencia en la labor de una vida, donde los puntos oscuros, o muy negros, empalidecen si es que no defraudan toda la bondad posterior que han otorgado. En el fondo, el reproche no es la confesión ni la asunción de las culpas, sino el deliberado ocultamiento que ni siquiera la vergüenza logra superar. El grado de exposición pública de un individuo exige esa coherencia, porque su vida y su obra son modelos de referencia. Si es tardío sirve para entender la naturaleza humana, pero produce profundas contradicciones. No son comparables las situaciones, pero se debe recordar que Kurt Waldheim llegó a secretario general de la ONU; luego se descubrió su pasado nazi.

VI. También me he preguntado si después de Auschwitz existe el derecho

Las leyes raciales no sólo existieron en Alemania. También Italia promulgó las suyas durante el fascismo, y varios miles de judíos italianos fueron deportados (entre ellos Primo Levy). Es conmovedor el relato de Rita Levi Montalcini, obligada a exiliarse, y su amistad con el neuropsiquiatra Fabio Visintini, en un libro colectivo llamado *L'utopia dell'eguaglianza*, en el que evoca la separación del laboratorio en Torino en *Memorie de un cittadino psichiatra*, y el reencuentro a su regreso de EE.UU. “*Su muerte me privó de una de las personas que más estimaba a nivel científico como moral*”.

En la teología, en el arte, en la literatura, y en todas las disciplinas del razonamiento humano no hubo que esperar la asunción de la tragedia para poder expresarse en obras trascendentes. La tragedia misma produce un fervor creativo, y los artistas e intelectuales pasan a ser los heraldos que anuncian los cambios (buenos y malos) que se avecinan.

La reacción en el campo del derecho se produjo inmediatamente después de concluida la guerra. La primera manifestación fue el juicio de Nuremberg, en el que se acuñó la expresión “delitos contra la humanidad”. La segunda manifestación importante fue la persecución de los criminales nazis que culminó con el juicio a Eichman. El propósito fue el de un juicio ejemplar para la historia y la humanidad, y se logró pues concitó la atención mundial. Hanna Arendt fue la cronista que resumió su visión en las crónicas para *The New Yorker* y en la Argentina, Silvano Santander escribió “*El gran proceso*”. Esa extraordinaria humanista que fue discípula de Jaspers, Husserl y Heidegger, no arrió las banderas, y al contrario hizo de su vida y su exilio una lucha por la condición humana. Después de observarlo atentamente durante todo el juicio, llegó a la conclusión de que cualquier burócrata, cualquier mediocre, es capaz de exterminar a millones de personas, y acuñó esa tesis polémica con la que siempre se la recuerda: la lección de la terrible banalidad del mal. En definitiva que era un hombre común, que cumplía con ese rigor burocrático y luego regresaba a su casa, acariciaba a su perro, y era dulce con sus hijos, seguramente un buen padre. Y por esa razón se defendió con la obediencia debida y no experimentó ningún arrepentimiento. A ese extremo se había degradado el género humano.

VII. El progreso registrado en la segunda mitad del siglo XX

Después de la guerra y la barbarie, el mundo intentó una nueva organización económica (Bretton Woods) y política (la ONU). La influencia decisiva de Jacques Maritain, el gran filósofo católico, merece un párrafo especial. Exiliado de Francia durante el régimen de Vichy se une a la resistencia, y cuando De Gaulle tiene que designar embajador en la Santa Sede (con la cual Francia no mantenía las mejores relaciones por la posición del Vaticano frente al nazismo) escoge a Maritain. El destino hizo que fuera Angelo Giuseppe Roncalli, el nuncio apostólico en París. Y estos dos embajadores terminaron siendo los artífices del Concilio Vaticano II.

Maritain, a su vez, fue el delegado de Francia para la redacción de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, que es una mera declaración sin sanciones, pues en ese entonces en los Estados Unidos

había estados en los que la discriminación racial estaba vigente. A su vez, la ONU que parecía el hecho más auspicioso en la organización política internacional, que aspiraba a superar la inoperante Sociedad de las Naciones, pronto experimentó un nuevo y rotundo fracaso. Ni el sistema de veto asignado a las cinco grandes potencias pudo mitigar las decisiones mayoritarias de la Asamblea General integrada en su mayoría por países con regímenes dictatoriales, donde no hay respeto por los derechos humanos. No pueden desconocerse las intervenciones aisladas, pero todas insuficientes, y para citar las más recientes la de Medio Oriente y los Balcanes. Todos los esfuerzos de los grandes humanistas (León Blum, Jacques Maritain, Rene Cassin y tantos otros) quedaron a mitad de camino y hoy prácticamente es un foro declarativo sin influencia decisiva.

El otro hecho auspicioso fue el Concilio Vaticano II, pues dentro del orden jurídico de la Iglesia de Roma, fue decisivo. La eliminación del ritual de Semana Santa en el que se condenaba a los judíos, las conferencias interreligiosas, luego de los esfuerzos denodados de los papas Roncalli y Montini, y finalmente el aporte todavía no valorado en su integridad del Papa Wojtyla. La prédica de Juan Pablo II, basada en la memoria (porque había experimentado en carne propia y en las de sus más íntimos amigos la expresión del mal) fue la más notable que en este aspecto registre la historia de la humanidad. Y en tal orientación, la confusión que reina en el mundo de hoy ha generado imprudentes decisiones del eminente teólogo Ratzinger, que por el peso mismo de ser el titular de la única monarquía absoluta que queda en el mundo, hacen que la palabra de Benedicto XVI pueda producir un retroceso del que todos estaremos arrepentidos cuando ya sea demasiado tarde (el discurso en Ratisbona, y el levantamiento de la excomunión a los lefebvristas) que generó reacciones adversas en el seno de la misma Iglesia y por supuesto en el Islam y en el judaísmo. Ante los hechos, a veces son insuficientes las condenas posteriores que no se mitigan con interpretaciones o declaraciones fugaces. Sólo la fuerza de una encíclica, mucho más fuerte de lo que dijo Pío XI en *Mit Brennender Sorge* (Con quemante angustia), pero que no esté destinada a recuperar la buena relación entre la Iglesia y el Estado alemán como lo hizo el 14 de marzo de 1937, sino la reconciliación definitiva de la Iglesia de Roma con el mundo enfrentado entre sí, donde el Islam y el judaísmo tienen un rol decisivo a cumplir.

Buen ejemplo de esa labor fue la del recientemente muerto cardenal Jean Marie Lustiger. Ese judío converso que llegó a ser el purpurado más

importante de Francia quizá desde los tiempos de Richelieu (ocupaba su asiento en L'Institut, Academie Francaise), fue el promotor de un diálogo interreligioso, e hizo más por abolir la intolerancia que muchos grandes filósofos y humanistas, intolerancia que también existe en la Francia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En su funeral todos lo reconocieron, aun cuando hayan impedido a Simone Veil participar en las exequias como lo deseaba el propio Lustiger (la Iglesia la excluyó por haber logrado la sanción del aborto). Para establecer en qué consistió ese progreso, un buen paralelo puede observarse leyendo nuevamente aquel libro de Jules Isaac, *Las raíces cristianas del antisemitismo*.

En lo político unido a lo económico hay otros progresos notables a destacar. La Comunidad Económica Europea, el Tratado y la Corte de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, o leyes internas como las de antidiscriminación sancionadas en muchos países entre ellos la Argentina. Esto pone de manifiesto el valor de los tribunales supranacionales, acuña la noción de delito de lesa humanidad y los hechos simbólicos que se proyectan en la conciencia colectiva como el reconocimiento mundial de un Día del Recuerdo o del Holocausto, o el valor que tiene la imposición en la Argentina del Día de la Memoria (24/3), con los méritos y deméritos que conlleva por ser la fecha que recuerda el advenimiento de la dictadura más nefasta que hayamos padecido.

Son progresos también la inclusión de sanciones como “grave traición a la patria” a quien se subleve contra el orden constitucional (Argentina), o la abolición del *apartheid* en Sudáfrica como ejemplo del avance de la comunidad internacional logrado mediante sanciones, prohibición de participar en certámenes como los juegos olímpicos, etc.

VIII. La mirada en el futuro

La práctica de estos 60 años ha demostrado que alemanes y franceses no han levantado las armas unos contra otros, y que Europa se ha fortalecido. El ingreso a la Comunidad exige condiciones mínimas de “democracia” en el país aspirante, y protección de los derechos humanos. Allí es probable que se esté cumpliendo el sueño de Maritain, que no fructificó en la ONU. Buena frase es la del politólogo Norberto Bobbio

que -en *El futuro de la democracia*- prefiere el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres. Deberíamos aprender y hacer un símil en nuestro país.

El desafío de Europa es ser fiel a los principios en que hoy está organizada, y no traicionarlos. Pero para ello debe superar los problemas generados por la inmigración magreví y musulmana, de lo que fueron exponente las revueltas en los últimos años en las afueras de París. Las posiciones extremas de la izquierda y la derecha no ayudan. El multiculturalismo es un fenómeno de nuestro tiempo y habrá que aprender a convivir con él reconociendo derechos a todos los hombres, pues en la base de esa convivencia, reside el futuro del género humano.

El derecho en lo estrictamente laico o político, y las actitudes en el seno de las dos grandes religiones monoteístas (el cristianismo con el judaísmo, con los hermanos mayores en la fe, como los llamó el Papa Wojtyła), tiene tanto o más valor que todos los tratados de derechos humanos. El próximo desafío es que aparezca entre Occidente y el Islam la misma fuerza integradora que hubo entre Maritain y Juan XXIII.

En qué nos equivocamos (“*What went wrong?*”). Bernard Lewis en un ensayo extraordinario trata de explicar el desencuentro de las dos culturas, y la angustia creciente, la apremiante urgencia, y el terrible odio con que la pregunta y sus respuestas se expresan.

Un buen ejemplo es Barenboim y su prédica a través de la música, pero es muy largo el camino por recorrer. Romain Rolland que era musicólogo antes que escritor así se lo expresaba a sus estudiantes alemanes en París a principios del siglo XX.

Para concluir, el pensamiento de Martín Buber. Más allá de lo subjetivo, más acá de lo objetivo, en el “filo agudo” en el que el “yo” y el “tú” se encuentran se halla el ámbito del “entre”... Esta realidad, cuyo descubrimiento se ha iniciado en nuestra época, marcará en las decisiones vitales de las generaciones venideras el camino que conduce más allá del individualismo y del colectivismo. Aquí se enuncia la alternativa excluida cuyo conocimiento ayudará a que el género humano vuelva a producir personas auténticas y a fundar comunidades auténticas. Y a la pregunta ¿Qué es el hombre? -tal vez de antropología filosófica-, su más importante construcción acertamos a comprenderlo... como el ser que se realiza y se reconoce cada vez en el encuentro de “uno” con el “otro”.

LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA FEDERAL ¹

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ ²

SUMARIO: I. La coparticipación impositiva antes de la reforma constitucional de 1994. II. La coparticipación en la reforma constitucional de 1994. III. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional.

I. La coparticipación impositiva antes de la reforma constitucional de 1994

- La distribución de competencias efectuada por la Constitución había establecido una separación de fuentes tributarias entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales, con tesoros distintos formados con los tributos respectivos.

Dicho sistema rigió entre 1853/1860 hasta 1890, en que se originó una nueva etapa que duró hasta 1935, caracterizada por la concurrencia de hecho de fuentes tributarias, dado que se crearon los impuestos al consumo por parte del gobierno federal, que se superponían a los que cobraban las provincias. Esta segunda etapa fue originada en las necesidades del Tesoro federal, que no podía afrontar los crecientes gastos con el producido de los derechos de importación y exportación. Esta cuestión, a la que se sumó en 1932 el establecimiento de impuestos directos por el gobierno federal, según la excepción admitida por el art. 67, inc. 2, produjo en 1935 el nacimiento de la tercera etapa y última, de coparticipación impositiva entre Nación y provincias.

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada del 28 de julio de 2009.

² Académico de número y director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

“Una necesidad universalizada de simplificar los ordenamientos impositivos -ha escrito Pedro J. Frías³- ha impuesto, también en nuestro país, el régimen de coparticipación: la Nación legisla, recauda y reparte en virtud de un convenio con las provincias, y éstas redistribuyen con sus propios municipios. Bajo este régimen se cobran tributos directos que pertenecen a las provincias pero que la Nación ha podido establecer bajo el sistema de delegación condicionada del art. 67, inc. 2, de la Constitución Nacional; e indirectos concurrentes entre la Nación y las provincias”.

La constitucionalidad de dicho sistema originó dudas, manifestadas por Jarach, Villegas y Frías -que compartimos en el anterior régimen-, por cuanto la coparticipación no se basaba en la delegación de recaudar que hacían las provincias en la Nación, sino en la facultad de legislar en materia impositiva, ya que dicho orden gubernamental fijaba todos los elementos de las obligaciones tributarias⁴.

Más allá de la lesión a la Constitución y al federalismo, en las seis décadas siguientes se fue afirmando este sistema por la fuerza política y económica de los hechos.

- Los primeros antecedentes legislativos de distribución de impuestos nacionales fueron las leyes 12.139, de unificación de impuestos internos, de 1934; la 12.143, de impuesto a las ventas, de 1935; y la 12.147, de prórroga del impuesto a los réditos, de 1935. La evolución legal posterior es muy compleja y excede el análisis que estamos efectuando, por cuya razón remitimos al interesante estudio efectuado por Oscar Cetrángolo, Laura Delfino y Juan Pablo Jiménez⁵, aunque vamos a señalar las leyes más importantes que sucesivamente se fueron dictando.

La ley 12.956, de distribución de impuestos nacionales, de 1947, que disponía una distribución primaria del 79% para la Nación y 21% para las

³ Pedro J. FRÍAS (FRÍAS Y OTROS), *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 351

⁴ Confr. Pedro J. FRÍAS, ob. cit., pág. 354.

⁵ “Antecedentes normativos del régimen de coparticipación federal de impuestos”, Serie Documentos, N° 1, abril de 1996, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires.

provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de la recaudación del impuesto a los réditos, a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios. La distribución secundaria entre las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires correspondía: un 19% de acuerdo a estos índices: 30% por población, 30% según los gastos presupuestados, 30% según los recursos percibidos el año anterior y 10% según la recaudación dentro de la jurisdicción de cada provincia de dichos tributos; y el 2% restante de la distribución secundaria, en relación inversamente proporcional a la población.

Luego destacamos la ley 14.390, de régimen de unificación de impuestos internos, de 1954, de similares lineamientos que la anterior, y la 14.788, de coparticipación federal del producido de impuestos, de 1959, que estableció una distribución primaria que aumentaba la participación provincial anualmente en dos puntos, a partir de ese año, que era de 72% para la Nación y 28% para las provincias. En consecuencia, se fijó para 1960 un 70% para la Nación y 30% para las provincias; para 1961 un 58% y un 32% y así hasta 1963, en que correspondió un 64% para la Nación y un 34% para las Provincias.

La distribución secundaria distinguía un 75% sobre la base de una tercera parte por cada uno de estos indicadores: población de cada provincia, recursos percibidos por cada provincia y monto de los gastos realizados por cada provincia, y el 25% restante en partes iguales para todas las provincias.

La Nación, de su parte correspondiente, debía entregar un 6% a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Nosotros consideramos de gran importancia este precedente legislativo en la materia, sancionado por el Congreso de la Nación, durante la presidencia de Arturo Frondizi, con una clara decisión de tipo federal, que implicó un notorio avance de la participación de las provincias en la distribución primaria, frente al retroceso de la parte del gobierno federal. Y a ello sumamos los criterios técnicos y objetivos fijados para la distribución secundaria de la coparticipación.

Posteriormente sobrevino la ley de facto 20.221, de coparticipación de impuestos nacionales, de 1973, que en el art. 1° prescribió, como masa coparticipable el producido de los siguientes impuestos: a los réditos, ganancias eventuales, tierras aptas para la explotación agropecuaria, regularización patrimonial, posición neta de divisas, parque automotor, ventas, venta de valores mobiliarios, internos, adicional a los aceites lubricantes y

sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes. En el art. 2° se indicó como distribución primaria un 48,5% en forma automática a la Nación, un 48,5% en forma automática al conjunto de las provincias que se adhieran, y el 3% restante, en forma automática, a un Fondo de Desarrollo Regional.

El art. 3° ordenó como distribución secundaria entre las provincias: a) en forma directamente proporcional a la población, un 65%; b) en forma inversamente proporcional a la brecha de desarrollo entre cada provincia y el área más desarrollada del país, un 25%; y c) en forma inversamente proporcional a la densidad de población entre las provincias que no alcancen el promedio del conjunto de las provincias, un 10% de cada provincia.

El art. 4° disponía que la brecha de desarrollo de cada provincia era la “diferencia porcentual entre su nivel de desarrollo y el correspondiente al área que comprende a la Capital Federal y a la Provincia de Buenos Aires. Para la determinación del nivel de desarrollo de cada provincia se aplicará el promedio aritmético simple de los siguientes índices: a) calidad de la vivienda, según surja del último censo nacional de viviendas; b) grado de educación de los recursos humanos, según surja del último censo nacional de población; c) automóviles por habitante, correspondientes al año del último censo nacional de población”.

Por el art. 11 se creó un instituto muy importante, la Comisión Federal de Impuestos, con especiales atribuciones sobre la interpretación y aplicación de la ley, y con participación de personas especializadas en materia impositiva, en representación de la Nación y de cada una de las provincias adheridas.

El art. 126 instituyó el Fondo de Desarrollo Regional, cuyo objetivo era “financiar inversiones en trabajos públicos de interés provincial o regional, destinados a la formulación de la infraestructura requerida para el desarrollo del país, incluyendo estudios y proyectos”.

- Entre 1985 y 1987, al no ratificarse la normativa anterior, rigieron algunos decretos y un convenio financiero transitorio, hasta que finalmente se sancionó por el Congreso la última ley de coparticipación 23.548, de 1988, cuyas disposiciones principales son las siguientes: en el art. 2° se amplió la masa coparticipable, al incluirse “todos los impuestos nacionales existentes o a crearse”; en el art. 3° se mejoró la participación provincial

en la distribución primaria, pues dispuso: a) el 42,34% en forma automática a la Nación; b) el 54,66% en forma automática al conjunto de las provincias adheridas; c) el 2% en forma automática para el recupero del nivel relativo de las siguientes provincias: Buenos Aires, 1,57%; Chubut, 0,14%; Neuquén, 0,14%; y Santa Cruz, 0,14%; y d) el 1% para el Fondo de Aportes del Tesoro nacional a las provincias; en el art. 4° se establecieron los porcentajes correspondientes a cada una de las provincias, a los efectos de la distribución secundaria: Buenos Aires, 19,93%; Catamarca, 2,86%; Córdoba, 9,22%; Corrientes, 3,86%; Chaco, 5,18%; Chubut, 1,38%; Entre Ríos, 5,07%; Formosa, 3,78%; Jujuy, 2,95%; La Pampa, 1,95%; La Rioja, 2,15%; Mendoza, 4,33%; Misiones, 3,43%; Neuquén, 1,54%; Río Negro, 2,62%; Salta, 3,98%; San Juan, 3,51%; San Luis, 2,37%; Santa Cruz, 1,38%; Santa Fe, 9,28%; Santiago del Estero, 4,29%; y Tucumán, 4,94%. En el art. 5° se dispuso que el Fondo creado de aportes del Tesoro nacional a las provincias, se “destinará a atender situaciones de emergencia y desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales, y será previsto presupuestariamente en jurisdicción del Ministerio del Interior, quien será el encargado de su asignación”.

Asimismo destacamos que esta ley ratificó la vigencia de la Comisión Federal de Impuestos, en el art. 10, que tan importantes funciones cumplió en esta difícil relación financiera entre Nación y provincias.

- Este instrumento legal, sancionado democráticamente por el Congreso en la presidencia de Raúl Alfonsín, que significó un evidente avance para el federalismo, ya que se alcanzó la más alta participación provincial en la distribución primaria, sufrió en la presidencia posterior del Dr. Menem, una serie sucesiva de modificaciones, tanto por medio de leyes como de decretos de necesidad y urgencia -para nosotros inconstitucionales-, que alteraron fundamentalmente la situación, en perjuicio evidente del conjunto de las provincias ⁶.

Como veremos, se utilizó el expediente de las “asignaciones específicas” para detraer fondos de la coparticipación impositiva federal y

⁶ Para un análisis circunstanciado de dichas modificaciones legales, véase el trabajo *Antecedentes normativos del régimen de coparticipación federal de impuestos*, de CETRÁNGOLO, DELFINO Y JIMÉNEZ, ob. cit., págs. 37 a 44.

así se fue aumentando progresivamente la parte correspondiente al gobierno federal.

Señalamos a modo de ejemplo el decreto 2733/90, sobre impuesto a los combustibles líquidos, del que el 90% se destinó al financiamiento del sistema nacional de previsión social y sólo un 10% a la coparticipación según la ley 23.548; la ley 23.905, de modificación de diversos impuestos, de 1991, que afectó la coparticipación en el impuesto a la venta, compra o permuta de divisas y en el impuesto a los activos, detrayendo en un 90% y en un 50% lo correspondiente a las provincias, respectivamente; la ley 23.966, de financiamiento de la previsión social, de 1991, que creó el impuesto sobre bienes personales no incorporados al proceso económico existentes al 31 de diciembre de cada año, situados en el país y en el exterior, cuyo producido se destinó en un 90% para financiamiento del régimen de previsión social y sólo el 10% para los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y que también modificó el IVA destinando un 11% de su producido también a la previsión social, entre otras alteraciones a otros tributos y a su coparticipación; y por último, la ley 24.073, de modificación de varios impuestos, de 1992, que principalmente modificó el destino de la recaudación del impuesto a las ganancias, detrayendo la participación del conjunto de las provincias en un 16 %, del que le correspondió un 10% al Fondo de Financiamiento de Programas Sociales en el Conurbano Bonaerense.

- A estas graves alteraciones que perjudicaron a las provincias, se agregaron por un lado, las transferencias de servicios, dispuestas por la ley 24.049, especialmente en educación y salud, y por otro lado, los dos pactos fiscales, el primero del 12 de agosto de 1992 y el segundo del 12 de agosto de 1993.

En el primer pacto las provincias debieron ceder el 15% de la coparticipación para el pago de las obligaciones previsionales nacionales, asegurándose en cambio, un piso mínimo de 725.000.000 de pesos mensuales y la remisión de los recursos correspondientes del Fondo Nacional de la Vivienda, del Consejo Federal de Agua Potable y Saneamiento, del Fondo de Desarrollo Eléctrico del Interior y del Fondo Vial Federal.

En el segundo pacto, titulado “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” se obligaba a las provincias a derogar y modificar distintos impuestos, de acuerdo a la política impositiva del gobierno federal y a transferir las cajas de jubilaciones al Sistema Nacional de

Previsión Social. A su vez, el gobierno nacional garantizaba a las provincias un piso mínimo de 740.000.000 de pesos mensuales.

Para nosotros dichos pactos fueron inconstitucionales, por cuanto avasallaron las autonomías provinciales y violaron fundamentalmente el art. 104, de distribución de competencias en la federación argentina.

Para comprender el resultado de las modificaciones operadas sobre el sistema de la ley 23.548, basta mostrar que las provincias dejaron de percibir, entre 1992 y 1995, la suma de 13.800.000.000 pesos, que les hubiere correspondido por la aplicación de la ley ⁷.

Asimismo, para terminar de presentar la extraordinaria incidencia de la coparticipación impositiva federal en las finanzas provinciales, debe tenerse presente que dicha clase de recursos había alcanzado un promedio del 50% en las provincias más avanzadas, como Buenos Aires, Santa Fe o Córdoba; mientras que en las más rezagadas, la cifra llegó aproximadamente al 90 %, como muestra acabada de la dependencia con respecto al gobierno central.

En esta situación se llegó a la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994.

II. La coparticipación en la reforma constitucional de 1994

- Primeramente, la reforma definió con claridad la distribución de competencias entre el gobierno federal y provincias, en relación con los tributos indirectos externos, como nacionales -en el inc. 1 del art. 75-; a los tributos indirectos internos, con carácter de concurrentes -en el inc. 2, primer párrafo, del art. 75-, y a los tributos directos, como correspondien-

⁷ Ver los cuadros comparativos basados en datos de la Secretaría de Hacienda de la Nación, elaborados por Oscar Cetrángolo y Juan Pablo Jiménez en el trabajo *El conflicto en torno a las relaciones financieras entre la Nación y las provincias. Segunda parte: desde la ley 23.548 hasta la actualidad*, Serie Estudios, febrero de 1996, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires, págs. 26 y 27; y la opinión coincidente de Alfredo Fólica en su trabajo *Comentarios sobre la prórroga del impuesto a las ganancias y del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, Serie Notas, agosto de 1996, Buenos Aires, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, pág. 3.

tes sólo en forma excepcional al gobierno federal -en el inc. 2, segundo párrafo, del art. 75-, tal como lo habían señalado la doctrina y la jurisprudencia en relación al texto originario.

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

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

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

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

La Ley Suprema, en un notable avance, obliga a la concertación: 1) Del presidente y de los gobernadores, en primer lugar, y también del jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pues no se puede soslayar su

participación, tanto en el debate sobre la distribución primaria, como luego en la distribución secundaria, como expresamente lo menciona el inc. 2 del art. 75, para formular la base de acuerdos sobre la coparticipación. 2) En segundo lugar, el proyecto de ley-convenio debe recibir aprobación por mayoría calificada, -específicamente mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara-, lo que obliga entonces a un alto grado de consenso entre los representantes del pueblo y de las provincias, pues el funcionamiento legislativo indica las dificultades para alcanzar dicho quórum agravado. 3) En tercer lugar, para culminar este trabajoso trámite de la ley-convenio, signada por el consenso y la concertación, debe lograrse la aprobación por parte de cada una de las legislaturas provinciales.

Estos especiales requisitos intentan revertir, por un lado, las simples adhesiones que las provincias debían prestar a la legislación que imponía casi siempre el gobierno central frente a la dependencia de las provincias y, por otro lado, fijar un régimen definitivo con reglas claras, que permita un desarrollo equilibrado de la federación, en lugar de la arbitrariedad que ha signado la relación Nación-provincias.

Respecto de la naturaleza de la ley-convenio, Masnatta piensa que es “*una norma contractual de derecho intrafederal que se distingue de la generalidad de las leyes*”, con “*alma de contrato y cuerpo de ley*”⁸.

- La Constitución ha prescrito la integración de la masa coparticipable con los impuestos indirectos internos y los directos que correspondan a la Nación en forma excepcional, según el inc. 2 del art. 75; pero ha admitido la posibilidad de detracción de una parte o de la totalidad de ellos mediante asignaciones específicas. Sin embargo, como por esta vía se afectó el federalismo⁹, el inc. 3 del art. 75 ha establecido requisitos especiales

⁸ Héctor MASNATTA, “Competencia federal y régimen federal: sus economías y autonomía municipal”, trabajo insertado en oportunidad de tratarse el tema de la Convención Nacional Constituyente, pág. 9, según lo indica Horacio ROSATTI en la obra *La reforma de la Constitución*, ob. cit., pág. 240, nota 66.

⁹ Como antes lo vimos y como también lo ha señalado Rodolfo Spisso en casos como la creación del Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales (ley 23.562), o el impuesto sobre intereses y ajustes de los depósitos a plazo fijo en

para ellas. En efecto, se ordena que las leyes que establezcan o modifiquen asignaciones específicas de recursos coparticipables tengan tiempo determinado y que sean sancionadas por un quórum especial de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Reiteramos que sobre todo este último requisito es muy importante como garantía para las provincias, ya que no es fácil alcanzar dicho quórum en la tarea legislativa, sin un alto grado de consenso ¹⁰. Asimismo, en las arduas negociaciones sobre esta norma, se intentó que el quórum fuera aún más agravado -de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de las Cámaras-, pero finalmente el consenso se logró con la redacción sancionada, que no será la ideal, pero que refleja la decisión de los constituyentes de acotar esta modalidad que resultó tan negativa para la coparticipación impositiva.

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

beneficio de determinadas provincias (ley 23.658). (confr. *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Depalma, págs. 156/7).

¹⁰ En nuestro proyecto de reforma constitucional presentado en la Convención Constituyente no preveíamos la posibilidad de leyes de asignación específica, ya que estimábamos que dicho sistema podía lesionar los derechos de las provincias, *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1995).

vincias o a la Ciudad de Buenos Aires, con lo que centralizó recursos y federalizó los déficits.

Lamentablemente ya sabemos que tampoco se cumplió la Disposición Transitoria Sexta de la reforma, que indicó como plazo para la sanción de la ley-convenio de coparticipación “antes de la 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.

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

Respecto de los términos utilizados en la Constitución, Quiroga Lavié indica: “*Una competencia es el ámbito de validez jurídica que habilita a crear o aplicar el derecho. Una función es un rol previsto dentro de la organización administrativa, para conseguir determinados objetivos programados por la administración. Un servicio es una actividad de bien público, los conocidos servicios públicos del derecho administrativo, que, por lo tanto, están sometidos a reglas impuestas por la necesidad de cumplir el servicio, lo cual implica el ejercicio del poder de policía*”¹¹.

Los criterios de reparto para la distribución secundaria, o sea, entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, deben ser, según la norma

¹¹ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavala, 1996, pág. 350.

constitucional que estamos estudiando: a) objetivos: es decir, exentos de parcialidad, con razonabilidad; b) equitativos: es decir, con justicia en el caso concreto, v.gr., a mayor capacidad contributiva o poblacional sería equitativa una mayor distribución como dice Quiroga Lavié ¹²; c) solidarios: con ayuda mutua entre las provincias, v.gr., redistribución que beneficie a las poblaciones rezagadas ¹³; y d) prioritarios para el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional: estos claros conceptos, vinculados a los altos propósitos del art. 75, inc. 19, que aspira a ser la nueva cláusula del progreso, con especial énfasis en el “desarrollo humano”, obligan a un gran esfuerzo para corregir los desequilibrios, desigualdades e injusticias de la sociedad argentina.

Estos mismos criterios deben informar la Ley de Presupuesto, como lo indica el inc. 8 del art. 75, y las iniciativas sobre crecimiento armónico de la Nación, poblamiento de su territorio y políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según lo prescribe el inc. 19 del art. 75.

Compartimos la opinión de Rosatti ¹⁴, de que la “calidad de vida” y la “igualdad de oportunidades” indican que la política tributaria “debe tener por destinatario al habitante concreto” antes que a las regiones, donde en todas ellas se advierten elevados índices de pobreza y marginalidad. Pero agregamos que el otro parámetro, “grado equivalente de desarrollo”, refuerza la idea de superar las actuales diferencias entre las provincias y se debe vincular con otra importante reforma: la constitucionalización de las regiones para el desarrollo económico y social ¹⁵.

¹² Humberto QUIROGA LAVIÉ, ob. cit., pág. 346.

¹³ Horacio ROSATTI, ob. cit., pág. 242; y en el mismo sentido, Humberto Quiroga Lavié, ob. cit., pág. 346, que coloca como ejemplo la ley 20.221, que reconocía más recursos a las provincias más pobres, de acuerdo a la brecha de desarrollo con la provincia más rica.

¹⁴ Horacio ROSATTI, ob. cit., págs. 243/244.

¹⁵ Para establecer el conjunto de indicadores que requiere la Constitución a través del “criterio objetivo de reparto”, el contador Federico Lannes, que fue ministro de Economía de Tucumán, sugiere tener en cuenta: ... la metodología del desarrollo integral y armónico ampliamente explicitada por L. J. Leuret en su *Dinámica concreta de desarrollo* (Ed. Herder, Barcelona). Esta pone énfasis en los análisis de las necesidades y los

Para nosotros es de fundamental importancia que se alcance un nuevo sistema de coparticipación sobre estas bases, expresivas de los principios de solidaridad y lealtad federales, que son esenciales para las federaciones. Es que no se puede desconocer que aun las más ricas y desarrolladas no dejan de presentar asimetrías políticas, económicas y sociales, como se observa por ejemplo en Estados Unidos y Canadá. Acaso son similares los índices que se aprecian en California y Alabama o Mississippi o en Alberta y Nova Scotia o Newfoundland?¹⁶

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

recursos (posibilidades y potencialidades), arbitra las opciones en función de los valores y prioriza el enfoque y el trabajo multidisciplinario. Fue utilizado en la confección de análisis de situaciones y propuestas de intervención (arbitraje de finalidad) para realidades tan diferentes y complejas como las de Brasil, Vietnam, Líbano, Senegal o Colombia. Complementaría este enfoque con el utilizado por José Luis de Imaz en su libro *Los hundidos* (Ed. La Bastilla), que constituye a mi juicio el trabajo más serio que se ha realizado hasta ahora en la Argentina para medir la marginalidad. La metodología empleada por el Dr. J. A. CERRO (en *Análisis del desarrollo desigual entre la capital y el interior*, Edit. Guadalupe) para analizar las características de las relaciones comerciales interregionales y medir el impacto que causan, en diferentes regiones, cambios en el nivel de gastos exógenos realizados en una determinada región. Esto ayudaría a tener una idea clara sobre el descomunal proceso de transferencia de recursos y de la débil capacidad de retener ingresos por parte de nuestras provincias y regiones (“La complejidad logística de formular un nuevo régimen de coparticipación federal por parte del Senado de la Nación”).

¹⁶ Resulta muy ilustrativo analizar el caso de la federación canadiense, donde las provincias “pobres” (Nova Scotia, New Brunswick, PEI y Newfoundland) reciben más fondos del gobierno federal que las provincias “ricas” (Alberta, British Columbia, Notario, Saskatchewan, Manitoba y Québec), en aplicación de un sistema de igualación (*equalization system*), que es un programa puramente federal. Asimismo existen distintos impuestos en las provincias, además de producirse una clara transferencia de recursos de las provincias ricas a las pobres (confr. Michael BUTLER, “Federal-provincial fiscal relations in Canada”, Forum of Federations, Seminario Internacional sobre Federalismo, Pilar, Pcia. de Buenos Aires, 2 y 3 de marzo de 2003, con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires).

- La ley-convenio de coparticipación impositiva no fue sancionada en los plazos fijados, con lo que se verificó una nueva violación a la Constitución. Además de ello, los sucesivos gobiernos han seguido centralizando las finanzas en perjuicio de las provincias¹⁷.

Más allá de la sentida protesta que efectuamos por esta demora -como hombres de derecho y convencionales constituyentes que trabajamos firmemente en defensa del federalismo-, alentamos la pronta sanción de este trascendental instrumento de la ley convenio.

Se produjeron estudios al respecto¹⁸, un proyecto de la Comisión Federal de Impuestos y otro impulsado por el ex presidente

¹⁷ Como por ejemplo, el presidente Menem impulsó la sanción de las leyes 24.621, de prórroga del impuesto a las ganancias, y 24.671, de prórroga del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento que mantuvieron el *status quo*, de evidente perjuicio a las provincias y al federalismo argentino (confr. Alfredo FÓLICA, *Comentarios sobre la prórroga del impuesto a las ganancias y del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, Serie Notas, agosto de 1996, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires). Y la misma política siguieron las presidencias posteriores, hasta llegar a la situación actual, en que algunos señalan que la distribución primaria actual es de más del 75% para la Nación y sólo el resto para las provincias. Esta es una muestra más de la notoria decadencia en que se encuentra la República Federal, especialmente bajo los últimos gobiernos.

¹⁸ Como "Arreglos fiscales intergubernamentales en Argentina", Ernesto Rezk, Marcelo Capello y Carlos Alberto Ponce, del Instituto de Economía y Finanzas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, presentado en el Seminario Internacional sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Federales en Córdoba, 27 y 28 de junio de 1996; distintas ponencias presentadas en el Seminario de Coparticipación y Federalismo, realizado en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 14 de agosto de 1996, con la participación de los doctores Juan Zapata, Pedro J. Frías, Jorge Macón, Julio Cueto Rúa, Ricardo Enrique Bara, Ricardo López Murphy y Enrique Reig, presidente de la Academia y coordinador; y "Apuntes para el diseño de un nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos", de Oscar Cetrángolo y Juan P. Jiménez, Serie Estudios, agosto de 1996, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires. Pedro J. Frías asumió las conclusiones del Dr. Aldo C. H. Nieva sobre la cuestión: "*- Distribución primaria: El total de los tributos coparticipados deberá distribuirse en la siguiente forma: 40% para la Nación y la Ciudad de Buenos Aires, 55% para el conjunto de provincias y 5% para el Fondo Solidario. - Distribución secundaria: Para la distribución entre provincias se utilizarán los siguientes indicadores básicos: un porcentaje por partes iguales, otro en proporción directa a la población, un tercero en proporción al índice de pobreza (necesidades básicas insatisfechas N.B.I.), un cuarto en relación direc-*

Kirchner y su ministro Lavagna, que hemos calificado de inconstitucional¹⁹.

Estamos convencidos de que éste es uno de los debates más importantes, en el que habrá que utilizar al máximo la inteligencia, la imaginación, la prudencia y la solidaridad, para resolver el “laberinto” de la coparticipación²⁰, que es una base fundamental para desarrollar el proyecto federal rumbo al siglo XXI.

En este sentido, resulta imprescindible poner el énfasis en la distribución primaria, pues se han producido muchas modificaciones sobre las

*ta a los servicios públicos a cargo de cada provincia, y un quinto propuesto por Alberto Montbrun sobre cuatro indicadores de eficiencia. - Fondo solidario: Cubriría las emergencias al modo de ayudas del Tesoro Nacional (A.T.N.) y la infraestructura regional para promoción de las regiones de desarrollo económico social que prevé la Constitución. Se propone que sea por índices aprobados por el órgano fiscal federal con no menos de dos tercios de los votos del total de jurisdicciones. - Organo fiscal federal: Se integrará con un representante por la Nación, por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires. El Comité Ejecutivo contará con un representante permanente de la Nación y ocho de las provincias y la ciudad de Buenos Aires, que rotarán por zonas. Tendrá facultades de ejecución, asesoramiento y tribunal administrativo” (Pedro J. FRÍAS, “La coparticipación 1996”, trabajo presentado en la Academia Nacional de Ciencias Económicas en el Seminario de Coparticipación y Federalismo, de 1996, pág. 2). Más recientemente, desde el Instituto de Federalismo de la Academia de Córdoba, hemos aportado un libro con visión interdisciplinaria, para ayudar al debate de la cuestión: *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, director Antonio María Hernández, Córdoba, 2008.*

¹⁹ Nos referimos al “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, de 2004, 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.

De la comparación de este Acuerdo con la Constitución Nacional en esta materia, surge de manera evidente que el mismo 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. Para un mayor análisis de este Acuerdo, véase nuestra obra *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, págs. 110/111.

²⁰ En la acertada expresión del experto canadiense Richard Bird, al referirse a la complejidad de nuestro sistema.

competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires. A ello hay que sumar el delicado problema de las transferencias intergubernamentales, la crisis en el sistema previsional, la futura regionalización, la profundización de los procesos de integración y de descentralización y el deterioro de la situación económico-social, con altos índices de desocupación, marginalidad social y pobreza.

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

Estudios interdisciplinarios y de derecho comparado²¹ deben fundamentar la decisión política que finalmente establezca la ley convenio que, respetando los criterios constitucionales, afirme la solución estructural y gradual de los problemas, mediante un sistema integral, justo y perdurable.

Debe ejercitarse en esta materia una verdadera política arquitectónica, que supere antagonismos partidarios, fortalezca las relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país²².

- La reforma constitucional, en el inc. 2 del art. 75, dispuso: “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”.

²¹ Véanse al respecto Miguel Angel ASENSIO, *Federalismo fiscal. Fundamentos. Análisis comparado y el caso argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina y Universidad del Salvador, 2000; Ronald L. WATTS, “The spending power in federal systems: a comparative study”, Institute of Intergovernmental relations and Queens University, Kingston, Ontario, Canadá, 1999 y “The practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives”, edited by Anwar Shah, Forum of Federations and International Association of Center for Federal Studies, “Global Dialogue on Federalism”, Book Series, 2006, vol. 5.

²² Un ejemplo de manejo arbitrario que debe desaparecer en el futuro, es el de los aportes del Tesoro nacional, ya que -cualquiera que fuere su designación- deben tener por objetivo solucionar emergencias provinciales o promover proyectos estratégicos de desarrollo.

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

Con respecto a sus funciones, Pedro J. Frías también acuerda con la opinión de Aldo C. H. Nieva: “1) *Interpretativas de la ley de coparticipación*; 2) *de ejecución: - aprobación de los porcentajes e índices de distribución; - elaboración de estudios y proyectos vinculados con las facultades impositivas concurrentes; - designación del directorio del organismo de recaudación; - formulación de su propio reglamento, ordenanza procesal y presupuesto para su funcionamiento. Los gastos serán sufragados por los adherentes al régimen, en proporción a la participación que les corresponda en la distribución secundaria*; 3) *de asesoramiento de los fiscos adheridos*; 4) *de tribunal administrativo para decidir si los gravámenes locales se oponen al régimen de coparticipación*; 5) *dictar las resoluciones del órgano fiscal federal, para ejecutar las disposiciones de las leyes comprendidas en el sistema de coparticipación*; 6) *las resoluciones del órgano fiscal federal serán recurribles por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”²³.

Lamentablemente, tampoco se cumplió el plazo fijado por la disposición transitoria sexta para la reglamentación de este órgano, coincidente con el de la ley convenio. Insistimos en la necesidad de cambiar sustancialmente el actual proceso post constituyente de la histórica reforma de 1994²⁴.

- El desarrollo histórico sintético que hicimos de la coparticipación y el reciente sobre los aspectos normativos demuestran desde nuestro punto de vista, que la reforma de 1994 al constitucionalizar la coparticipación bajo estrictas condiciones, también acertó en su diseño para fortalecer el federalismo²⁵. Pero no han faltado opiniones críticas, que han llegado

²³ Pedro J. FRÍAS, trabajo citado, págs. 4/5.

²⁴ Véase nuestro trabajo *Balace de la reforma constitucional de 1994*, La Ley, Buenos Aires, 24 de agosto de 2009.

²⁵ Para un análisis integral del federalismo y en general de la descentralización del poder en la reforma, véanse nuestras obras *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad*

incluso a sostener que se debe volver al sistema anterior de la separación absoluta de fuentes tributarias.

Insistimos en nuestra opinión por estas razones que sumamos a las antes vertidas: a) En primer lugar, porque la situación existente desde décadas atrás había consolidado la coparticipación, haciendo prácticamente imposible el abandono del sistema. Debe recordarse a Alberdi que sostuvo que casi tan difícil como cambiar de lengua o de religión, es cambiar el sistema impositivo de un país. b) En segundo lugar, porque prácticamente no existe federación alguna en que no existan relaciones interjurisdiccionales y fiscales entre sus componentes. Es evidente que la coparticipación se ha extendido en el derecho federal comparado, con notables ejemplos como los de Alemania, Canadá y Australia. c) En tercer lugar, porque las medidas de centralización económica adoptadas por el gobierno nacional, incluso mediante decretos de necesidad y urgencia, habían sido avaladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, particularmente en el conocido caso “Peralta”²⁶. d) En cuarto lugar, porque la reforma tuvo y tiene extraordinaria legitimidad democrática, y en particular en esta materia, que contó con la participación en las comisiones respectivas de la Convención, de diez gobernadores provinciales, que ejercían ambas funciones. Y por ello, la Convención pudo soportar fuertes presiones de la conducción económica nacional, que se oponía al tratamiento del tema, como es de público conocimiento, a través de la prensa nacional de aquellos tiempos. No deben olvidarse las opiniones de Cavallo al respecto, que incluso envió a su secretario Liendo con ese objetivo. e) En quinto lugar, porque estamos firmemente convencidos de que la Convención obró con el “realismo institucional”, requerido por Linares Quintana como técnica de elaboración constitucional, al consagrar el mejor

de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Depalma, 1997 y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

²⁶ Más allá de que sostuvimos la inconstitucionalidad de dichos decretos y en un proyecto presentado en la Cámara de Diputados de la Nación, planteamos la declaración de nulidad absoluta de ellos (“Trámite parlamentario N° 167”, del 19 de diciembre de 1991, obrantes en el libro *Labor parlamentaria del diputado de la Nación Dr. Antonio María Hernández (h.)*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1995, t. I, págs. 11/14). Lo verdaderamente lamentable es que se hayan utilizado estos decretos en materia impositiva, pues se desconoció el principio de que no hay tributo sin ley, que hunde sus raíces históricas en la Carta Magna de 1215.

sistema posible -no ideal-, como fruto del acuerdo de las distintas fuerzas políticas, en un tema tan conflictivo. Esta era, por otra parte, la solución que desde hacía tiempo venía postulando el gran estudioso del federalismo, Pedro J. Frías²⁷. f) En sexto lugar, porque consideramos gravísimo el intento de volver al sistema anterior de la absoluta separación de fuentes, ya que importaría profundizar las diferencias entre las distintas provincias, mientras que en el derecho comparado federal se afirma la tendencia contraria, o sea la de tratar de superar las desigualdades entre los componentes de la federación. g) En séptimo lugar, y frente a los que sostienen que es imposible alcanzar los acuerdos requeridos, contestamos con el criterio de la experimentación histórica que ello no es cierto, ya que luego de debates democráticos en el Congreso de la Nación, se pudieron sancionar sistemas de coparticipación que implicaron avances para las provincias, en las presidencias de Frondizi y de Alfonsín.

III. 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.

Sobre las violaciones de la Ley Suprema, reiteramos los siguientes conceptos contenidos en un artículo que tituláramos “El fracaso del pro-

²⁷ Ver en tal sentido *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, especialmente el Cap. XVI, “La regla federal en la Constitución Provincial”, y en particular, pág. 381 y ss. Más recientemente ha escrito Frías: “*La ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, ha sido reconocida en el texto pero era ya una costumbre constitucional. La preveía el anteproyecto del convencional Antonio M. Hernández. La novedad que habíamos auspiciado es que el Senado tenga la iniciativa. Por lo demás, los poderes fiscales no han cambiado de titular*” (“La coparticipación 1996”, trabajo presentado en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, en el Seminario de 1996, pág. 4).

yecto centralista”²⁸: *“Los recientes informes de fines del año 2002 sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas y del Instituto de Investigaciones de la Bolsa de Comercio de Córdoba han coincidido en su diagnóstico sobre los graves problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país. Baste observar para ello los índices de desarrollo humano contenidos en el primero de los Informes, que en el caso de Formosa como punto más bajo alcanzan a 0,156 y que en el caso de la ciudad de Buenos Aires como punto más alto, llegan a 0,867, o sea casi 6 veces más, como demostración de las diferencias en relación al territorio.*

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron entre otros Alberdi en sus “Bases” al oponerse a la capitalización de Buenos Aires, Sarmiento en “Argirópolis” y Alem en su famosa profecía del 80 en el debate sobre la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath” y más recientemente Félix Luna en su libro “Buenos Aires y el país”, sostuvo que éste es un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

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

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

Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas

²⁸ Publicado en el diario La Nación, de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 8 de enero de 2003.

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 vinculados a la coparticipación²⁹:

a) el envío del proyecto por parte del Poder Ejecutivo durante el año 2004 del “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, al que antes tachamos de inconstitucional y que pretendía mantener un *status quo* sobre la distribución primaria y secundaria de aquellos años, en perjuicio de las finanzas provinciales y municipales.

b) El incremento de las detracciones efectuadas a la distribución primaria de las provincias mediante el expediente de las asignaciones específicas, que comenzara en el gobierno del Dr. Menem, y que alcanzara a los tributos sobre el IVA, impuesto a las ganancias, a los combustibles, monotributos, adicional a los cigarrillos y al cheque, además del 15% de la masa coparticipable cedido para la seguridad social³⁰.

²⁹ Para un análisis más integral sobre el proyecto centralista y las violaciones constitucionales, véanse *Federalismo y constitucionalismo provincial*, citado; *Derecho público provincial*, Antonio María Hernández (coordinador), especialmente el Cap. III sobre federalismo argentino, de nuestra autoría y los sucesivos informes nacionales de los Cuadernos de Federalismo de la Academia.

³⁰ En un artículo titulado “Cuánto le cuesta a Córdoba el país unitario K”, el periodista Juan Turello de La Voz del Interior, sostuvo “que las retenciones y el aporte extraordinario para sostener a la Anses ya se llevan de la Provincia este año 8.510

c) A ello hay que agregar lo poco que las provincias perciben por las retenciones a las exportaciones de soja, maíz y trigo, que de acuerdo a la Constitución corresponden al gobierno federal. De tal manera que la garantía fijada para las provincias por el art. 7° de la ley 23.548, de la percepción de un 34% como mínimo de la recaudación tributaria nacional, incluyendo tanto los impuestos coparticipables como los que no lo son, también ha sido violada, con enormes perjuicios para los otros órdenes gubernamentales ³¹.

c) El incumplimiento de las pautas federales del inc. 8 del art. 75 en los presupuestos federales, y que indican que el destino del gasto público federal va al área metropolitana y en particular a la Ciudad Autónoma de

millones de pesos, lo cual equivale a lo que la Provincia gasta en el año”, La Voz del Interior, Córdoba, 9 de noviembre de 2008, pág. A-8.

³¹ 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 hubiera correspondido durante el período 2003-2006, 28.000 millones de pesos más. Y con respecto a este año en curso, la consultora Economía & Regiones ha sostenido que las provincias sacrificarán 5.500 millones de pesos más a favor de la Nación, ya que aunque reciban mayor cantidad de fondos por transferencias automáticas, su participación en el reparto de los tributos nacionales caerá al 31,5%, el nivel más bajo desde 2003 (Informe publicado en Nueva Rioja digital, La Rioja, Argentina, 1 de febrero de 2008). El director de dicha consultora, Rogelio Frigerio (n) ha señalado que el superávit fiscal del gobierno central ha continuado por el aumento de las retenciones a las exportaciones, mientras que el déficit financiero de algunas provincias seguirá creciendo, encabezado por Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El periodista Juan Turello, de La Voz del Interior, ha indicado que las retenciones por las ventas de soja alcanzan a un 35% y las de maíz a un 25%, que quedan en las arcas del gobierno “federal”, y que por dicho concepto, la Provincia de Córdoba cederá unos 2.350 millones de pesos de la campaña 2007/8, de los que no percibe nada, según datos aportados por el economista Juan Manuel Garzón. La nota también refiere que Garzón ha considerado el monto de las retenciones en relación a los departamentos de la provincia, resultando que en base a la población respectiva, quienes más aportan *per capita* son los habitantes de Río Seco y Tulumba, con un promedio de 3.950 dólares. Posteriormente se efectúa una comparación entre los servicios que reciben dichos habitantes con los de Puerto Madero, en la ciudad de Buenos Aires, que es la zona más rica del país, resultando que el agua, gas natural y electricidad es allí mucho más barata, en razón de los subsidios que se pagan en el área metropolitana, en detrimento del interior y en violación de los principios constitucionales del federalismo, agregamos nosotros (confr. “Río Seco y Tulumba no son Puerto Madero”, La Voz del Interior, Economía, pág. 9-A del domingo 9 de marzo de 2008).

Buenos Aires, que es el distrito más rico del país, donde confluyen la mayoría de los subsidios otorgados por el Poder Ejecutivo Nacional.

- 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.

Creemos esencial la constitución de un Foro o Conferencia Nacional de Gobernadores, -como existe en otras federaciones como la mexicana o norteamericana-, a los fines consolidar las relaciones interjurisdiccionales y lograr una interlocución más equilibrada de las provincias frente al poder hegemónico del gobierno central.

Nosotros comprendemos la cruda realidad de la dependencia económica y financiera de las provincias y municipios con respecto a la caja del gobierno “federal”, pero ello no justifica el desconocimiento de la Ley Suprema que se está cometiendo por quienes tienen la máxima responsabilidad en esta materia, y que deben comenzar el proceso de la ley convenio, o sea los titulares de los poderes ejecutivos Federal y provinciales.

Debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas³². Ya es tiempo que en este año del Bicentenario, tratemos de resolver los problemas estructurales que nos afectan y que han producido una grave decadencia de la República Federal, que fue el sueño de los padres fundadores de la nacionalidad.

³² Para contribuir a este demorado y fundamental debate, reiteramos que el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, ha editado el libro “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, Córdoba, 2008, con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas.

EL SUCESORIO DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD Y SU BIBLIOTECA ¹

por LUIS MOISSET DE ESPANÉS ².

¹ Exposición pronunciada en sesión privada el día 11 de agosto de 2010. El texto de la exposición ha sido publicado en el Cuaderno de Historia N° 19 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Académico de número. Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

EL MODELO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL ¹

por CARLOS J. LASCANO ²

En el discurso que pronunció en el acto de su incorporación a esta Academia, Fernando Martínez Paz abordó -con solidez y profundidad- uno de los temas a los cuales dedicó preferente atención: la enseñanza del derecho. Sostuvo que su análisis debe hacerse desde una perspectiva compleja, pues no puede desprenderse de la problemática de la educación en la sociedad contemporánea, cuyos elementos y procesos configurativos es necesario definir con la mayor precisión posible, especialmente, las incidencias del cambio cultural.

Sostuvo que *“la sociología, y en particular la sociología del derecho, propone hoy indagar las realidades que debe manejar el jurista. Para ello, lo primero será superar la concepción que considera al derecho y a la sociología como dos disciplinas opuestas, con raíces, experiencias y tradiciones culturales diferentes”* ³.

A partir de su retiro de las actividades docentes de grado -con un entusiasmo que contagió a numerosos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Córdoba- se dedicó a profundizar aquella línea de investigación, mediante los cursos y seminarios de post grado que dirigió y dictó en la referida facultad y las actividades cumplidas en el Instituto de Educación de nuestra Academia.

¹ Conferencia pronunciada en sesión privada del 8 de noviembre de 2009.

² Académico de número.

³ “La enseñanza del derecho”, en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1979, t. XVI, pág. 109.

El “*modelo jurídico multidimensional*” propuesto por el profesor Martínez Paz nos llamó positivamente la atención y en 1998⁴ llegamos a la conclusión que era necesario analizar con ese enfoque las implicancias del derecho penal como instrumento de control social en nuestro contexto socio-cultural y político, tratando de lograr un equilibrio entre el interés social y el respeto de los derechos individuales, la ubicación y misión del derecho penal dentro de las denominadas “ciencias penales”, su relación con la política criminal y la criminología, la moderna teoría del delito que -aunque continúa con las mismas categorías del causalismo y del finalismo- postula un sistema de imputación penal orientado a las consecuencias, que pasa del naturalismo a una renormativización neokantiana, con base en los fundamentos político-criminales de la teoría de los fines de la pena con la recíproca vinculación entre culpabilidad y prevención, la jerarquización del bien jurídico, la función asignada a la norma jurídica en la motivación de la conducta, la distinción de las normas violadas en prohibitivas y de cuidado que influyen en el carácter doloso o culposo de la infracción y en la construcción de un tipo complejo o mixto, la cuestión de la imputación objetiva, la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, los nuevos enfoques sobre la pena, su legitimación, sus formas de determinación y de ejecución, las alternativas del encierro carcelario.

Nos hemos planteado entonces el interrogante si era conveniente una dogmática penal que -en lugar de un sistema de garantías mediante determinados contenidos del derecho penal definidos por la ley- pasara a constituir una ciencia que intente proteger las condiciones de funcionalidad de una sociedad pluralista y de riesgos, en desmedro del principio de legalidad⁵.

Respondimos que “*en la actualidad hay consenso en que resulta impracticable la concepción mecanicista del juez -derivada de Beccaria, que se planteó legislativamente por primera vez en el Código Penal bávaro de 1813- que le negaba la facultad de interpretar la ley*”⁶. Y agregamos que “*el contenido de la ley penal sólo puede*

⁴ “Nuevas tendencias de la enseñanza del derecho penal”, en Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 78, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1998, pág. 59.

⁵ *Nuevas tendencias de la enseñanza del derecho penal*, pág. 61.

⁶ Ob. cit., pág. 65.

*ser explicitado mediante la interpretación judicial, lo que no se opone a la necesidad de la predeterminación legal del hecho punible y de la pena, derivada del principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional”*⁷, porque la función de garantía que en el sistema penal cumple el mencionado principio “*hace irrenunciable la labor dogmática, pues ésta favorece la seguridad jurídica al fijar el contenido de la ley y los criterios de su aplicación*”⁸.

También sostuvimos⁹ que, partiendo del enfoque del profesor Martínez Paz, las funciones que se le asignan al derecho penal (de protección de bienes jurídicos para la mayoría de la doctrina y de tutela de valores ético-sociales para algunos autores) “no son incompatibles entre sí y se condicionan recíprocamente, toda vez que el derecho -uno de los cuatro componentes fundamentales de la red de relaciones complejas que configuran el *mundo jurídico*, junto a los conceptos de persona, sociedad y cultura- en sus *dos dimensiones, como derecho positivo y como conjunto de principios ético-jurídicos*, configura y perfecciona las relaciones jurídicas y sociales y las formas de convivencia. Tales principios éticos -que constituyen el fundamento integral y los criterios estimativos del mundo jurídico- son pautas valorativas aceptadas por la sociedad y por la conciencia jurídica individual, que “*legitiman la coacción y la sanción jurídicas, en cuanto el orden social depende también de la aplicación de un derecho justo y eficaz*”¹⁰.

En consecuencia: “*entre los criterios y principios de la dimensión ética de un derecho penal que tenga como centro a la persona humana en su realidad individual, social y cultural, a los que ha de orientarse la interpretación, adquieren singular relevancia las pautas valorativas expresadas en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es decir, la preeminencia de la dignidad*

⁷ Ob. cit., pág. 66.

⁸ Ob. cit., pág. 67.

⁹ *Derecho Penal. Libro de Estudio*, Córdoba, Advocatus, 2002, pág. 23.

¹⁰ Fernando MARTÍNEZ PAZ, “El mundo jurídico multidimensional”, en *El mundo jurídico multidimensional*, en coautoría con Daniel P. Carrera, Córdoba, Advocatus, 1998, pág. 34.

del ser humano, la protección de su marco de libertad, el principio de igualdad y la idea del Estado de derecho” ¹¹.

*“Sólo así podremos alcanzar el punto de equilibrio entre el derecho penal como manifestación del **ius punendi** del Estado que busca preservar el interés social mediante la prevención y la retribución de las conductas antisociales que generan inseguridad en la comunidad, y la reglamentación garantística del debido proceso ‘fundado en ley anterior al hecho’, que asegure el resguardo de la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales”* ¹².

Frente al texto de la ley penal argentina, son posibles distintas construcciones del delito, sea que se opte por una concepción causalista, finalista o funcionalista. Lo único decisivo es que el intérprete respete las exigencias del método dogmático mediante una construcción coherente y armónica, compatible con premisas filosóficas, científicas y políticas previamente dadas.

Un apego ultramontano a la dogmática tradicional que postula, contra toda lógica que el legislador ha asumido un determinado sistema de imputación penal que impide al expositor formular cualquier elaboración no coincidente con el “*pensamiento oficial*”, conduce a la castración del empleo de la interpretación como herramienta hermenéutica, con el riesgo de llevar al Derecho Penal a un estancamiento teórico y a un divorcio de la realidad social que debe regular.

Sin que ello implique calcar el pensamiento penal europeo contemporáneo con olvido de nuestro contexto antropológico, social y cultural, creemos inadecuado pensar que cada norma es susceptible de una sola interpretación y que las demás sólo son la expresión de un error lógico carente de validez científica, pues son aceptables las conclusiones que se obtengan sin violar los principios constitucionales y del razonamiento.

En consecuencia, sin dejar de lado los momentos de la interpretación y sistematización propios de toda dogmática jurídica, afirmamos que el enfoque del modelo jurídico multidimensional elaborado por Fernando Martínez Paz “*permite construir una ciencia total del derecho penal*

¹¹ *Nuevas tendencias de la enseñanza del Derecho Penal*, pág. 78.

¹² Ob. cit., pág. 79.

*de orientación crítica, mediante el ingreso de elaboraciones de otros campos del saber: la política criminal como disciplina que busca configurar el derecho penal como la forma más eficaz posible para cumplir su misión de protección de los bienes jurídicos individuales y sociales más valiosos; y la criminología como ciencia empírica de carácter interdisciplinario que estudia el delito como un hecho individual y social, la personalidad del delincuente, la de la víctima, y el control social del comportamiento desviado”*¹³.

Pero, como nos enseñó el Maestro que hoy recordamos, la tarea de construcción del mundo jurídico debe comenzar en las aulas universitarias, mediante la reafirmación de la fe en el derecho.

¹³ Ob. cit., pág. 81.

**INCORPORACIÓN DE
ACADÉMICOS DE NÚMERO**

ACTO DE INCORPORACIÓN DEL SR. ACADÉMICO DE NÚMERO DR. CARLOS JULIO LASCANO

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa

Luego de más de 20 años de pertenecer a esta Academia, es la primera vez que me corresponde presentar a un nuevo miembro de número. Ello, que muestra el paso del tiempo, es reflejo de un mutuo compromiso afectivo que va más allá de las exigencias y formalidades académicas de este acto.

En la materia que profesamos, el derecho penal, han sido miembros titulares hombres como Sebastián Soler, Ricardo Núñez, José León Schwartz, Ernesto Gavier, José Severo Caballero, Daniel Carrera, Justo Laje Anaya -que declinó su cargo- y quien les habla. Hoy, en esa línea, se incorpora Carlos Julio Lascano, quien se iniciara en la actividad de la docencia del derecho penal con la adscripción en mi cátedra, en los años 70.

Ya desde entonces su vocación y su dedicación fueron significativas. Realizó toda la carrera docente de nuestra casa de Trejo, hasta ocupar actualmente el cargo de profesor titular por concurso de la Cátedra de Derecho Penal, Parte General. Ha ocupado con solvencia todos los cargos docentes, como los de adscripto, de docente auxiliar y jefe de trabajos prácticos, de profesor adjunto y titular, a más de director del Departamento de Derecho Penal de la U.N.C.

Pero su aporte a nuestra Universidad ha sido también significativo a nivel de post grado, organizando la carrera de especialización en derecho penal en nuestra facultad, con un sentido orgánico y formativo, en tarea conjunta con el lamentablemente fallecido profesor García Vitor, y muchos docentes de otras provincias hoy lo acompañan, con un sentido de identificación con los altos valores de la enseñanza del derecho.

Ha sido generoso en la dirección científica de tesis y trabajos, y su relación con docentes extranjeros y centros europeos de importancia, le ha permitido la doble función de traer a Córdoba a muchos de esos expositores, superando un concepto de arisco localismo que nos caracterizaba, como, a su vez, que éstos sirvan de apoyo en la labor científica de los docentes de nuestra Universidad. Desde los tiempos de Conrado Finzi trabajando en Friburgo, a instancias de Ricardo Núñez, no veíamos docentes cordobeses formándose en medios europeos. Muestra de ese intercambio intenso con la vieja Europa, son también los títulos de doctor *honoris causa* que promovió, otorgados a Klaus Roxin, que comparto, y a Günther Jakobs, que no comparto.

Siempre es bueno, en la presentación de una persona, aludir a aquellos aspectos que uno personalmente considera más significativos. De lo contrario, se convierte en un rosario de enumeraciones ajenas a una mirada valorativa.

En ese sentido, la tarea del profesor Lascano ha sido marcada por su espíritu de sacrificio en el marco de una vocación docente. Así se explica su trascendente aporte en la Universidad de La Rioja. En un medio académicamente olvidado, con una constancia y un esfuerzo conmovedores, durante años fue desarrollando su labor en esa hermana provincia. Fruto de su esfuerzo es la integración de planteles docentes de nuestra materia y en criminología, el Instituto de Derecho Penal y la Carrera de Especialización en Derecho Penal. Hay que dejar parte de la vida y de la familia, para viajar, todas las semanas, en el viaje nocturno del ómnibus a La Rioja

No ha sido ajeno a la actividad en el extranjero, sobre todo en España y Alemania. Allí sus fluidas relaciones con profesores de la talla de Roxin y Schünemann, en Alemania, y de cantidad de docentes españoles, como Mir Puig, Cancio Meliá, entre otros, son verdaderos aportes a la tarea universitaria local.

También lo convocó la actividad pública, esa suerte de compromiso social que sentimos a veces los hombres de esta tierra y que nos hace incursionar en funciones políticas. Así, fue ministro de Justicia de esta provincia en los finales de la década de los 80, dando a su ejercicio una clara orientación hacia el logro de eficiencia y modernización de nuestros sistemas legales, procesales y administrativos.

Su labor científica es vasta y de importancia. Desde la primera de envergadura, sobre amnistía, que fue su trabajo de tesis, ha publicado diversos artículos científicos.

Pero, creo que para ponderar el aporte científico de Lascano, resulta de decisiva importancia estudiar su *Derecho Penal, Parte General*, publicado en Córdoba, para servir de texto a los estudiantes de nuestra facultad, aunque la obra excede en gran medida su modesto objetivo. Es de resaltar, como común en Lascano, el carácter de ser una obra colectiva. Cuando se da ese carácter a una obra que su inspirador sobradamente puede ejecutar por sí, se advierte la fibra docente y generosa que lo infunde.

En ese sentido, Carlos Lascano, formado en la escuela cordobesa de derecho penal, que parte, sobre todo desde Ricardo Núñez, de un esquema analítico del derecho que se corresponde, por razones dogmáticas, con una concepción causal de la acción, amplió sus horizontes, sin caer en una concepción finalista, admitiendo un tipo complejo (objetivo y subjetivo) en base a la concepción del injusto personal. De allí, en el tipo se enrola decididamente en la concepción de la imputación objetiva, de raíz roxiniana, y sobre tales bases desenvuelve su materia.

A la par, integró, junto a muchos otros, una corriente inspirada por el ex académico profesor Fernando Martínez Paz, y a la que se vinculó también el académico Daniel Carrera, en una concepción multidimensional del derecho, en base a derecho, persona, sociedad y cultura, que genera una concepción bidimensional entre derecho positivo y principios ético-jurídicos. De allí se advierte su parcial adhesión a la protección de intereses ético-sociales a la par de los bienes jurídicos, en posición próxima a Welzel.

Su crítica al denominado causalismo fue originariamente dura, en la misma línea que alguna vez sostuvieron Carrera y Sancinetti, pero la declinación del finalismo y orientaciones más pragmáticas han atemperado el disenso. Subsiste, entre nosotros, la razón dogmática decisiva de la referencia del error de hecho y en consecuencia del dolo a la criminalidad del acto, excluyente de un dolo avalorado (art. 34, inc. 1 C.P.), a diferencia de un texto como el del § 59 (hoy el § 16) del Código alemán.

De todos modos, he dicho demasiadas veces que el *output* de las distintas teorías es cada vez más uniforme. He traído a colación estas cuestiones científicas, no en el ánimo de discutir las, sino de mostrar cómo la tarea de Lascano abrió, también en nuestra Universidad, el debate amplio en orden a la teoría analítica del delito.

Su dominio de los principios fundamentales de la materia se refleja también en la cantidad de trabajos publicados en el país y en el extranjero, monografías, conferencias, debates, trabajos inéditos, etc., tanto de la parte

general del derecho penal como de la parte especial, sin sustraerse, conforme la tendencia actual, al examen de problemas centrales de la política criminal. Nuestro nuevo académico es, sin dudas, uno de los penalistas de primera línea de nuestros ámbitos académicos.

Doctor Lascano: por su carrera científica, por su apostolado docente, y por sus condiciones personales, que limitadamente hemos expuesto, es que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales lo incorpora a su seno como académico de número.

Palabras del Sr. académico de número Dr. Carlos Julio Lascano

Introducción

Señor secretario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Julio Altamira Gigena; señor presidente honorario, Dr. Pedro J. Frías; autoridades presentes; señoras y señores académicos; estimados colegas; queridos familiares y amigos; señoras y señores:

Estoy viviendo un día memorable, de alegría y satisfacción intensas; por ello quiero expresar, de todo corazón, mi agradecimiento a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y a sus dignos integrantes, por el reconocimiento científico que significa para mí incorporarme como académico de número de esta ilustre corporación, constituida el 22 de agosto de 1941, en virtud del decreto del Poder Ejecutivo de la Nación -firmado por el presidente de la República Dr. Ramón S. Castillo y el ministro de Justicia e Instrucción Pública, Dr. Guillermo Rothen en el cual se hace referencia a los antecedentes proporcionados por la creación de la Academia Nacional de Ciencias en 1878, la de Derecho de Buenos Aires en 1931, la Nacional de Bellas Artes en 1936 y la Nacional de Historia en 1938.

Agradezco profundamente las cálidas palabras de salutación del Dr. Jorge de la Rúa -claro exponente de una óptica liberal del derecho penal- que por cierto obedecen a la amistad que recíprocamente profesamos desde hace años.

Me propongo dar respuesta a tres interrogantes que me plantea la generosidad académica por la distinción que hoy me convoca a esta casa, cuya justificación es algo que escapa a mi competencia.

1. La primera pregunta es: ¿por qué estoy aquí? Quizás la respuesta más apropiada, para evitar incurrir en omisiones involuntarias, sería acudir a la conocida frase de Violeta Parra, “*Gracias a la vida que me ha dado tanto*”, y no dar nombres.

Sin embargo, prefiero correr aquel riesgo y asumir el acto de justicia de recordar y agradecer a quienes tuvieron influencia decisiva en mi vida.

Esa vida -que proviene de Dios “*f fuente de toda razón y justicia*”- me fue transmitida por mis padres Marta Elena Padilla y Carlos Julio Lascano, quienes inculcaron fuertes valores cristianos a sus ocho hijos.

Además de ellos, fueron gravitantes en los primeros pasos de mi formación intelectual mis abuelos maternos: Rosa Paula Antoni, quien con cariño e infinita paciencia me ayudó con aquellos *palotes* de mi primer grado inferior de la Escuela Federico Helguera en San Miguel de Tucumán; y el Dr. Francisco Padilla, destacado profesional de la abogacía y la escribanía de esa provincia norteña; rector del Colegio Nacional de Tucumán; profesor de varias asignaturas en la Facultad de Derecho de esa Universidad Nacional, algunos de cuyos libros -como *Ética y cultura forense*- eran utilizados por los estudiantes en nuestra Facultad cordobesa y en otras casas de estudio del país. Él fue quien me inculcó la temprana afición por la lectura, en aquellos invidables veraneos en su casa de *La Loma*, en los faldeos del cordón del Aconquija, durante mi infancia y adolescencia. Pero también -junto a mi padre- sembró las semillas que fructificaron en mi definida vocación por el derecho.

En la querida Casa de Trejo muchos fueron los buenos profesores que contribuyeron a mi formación jurídica, algunos de los cuales pertenecieron y pertenecen a esta Academia: los Dres. José Antonio Buteler, Benjamín Cornejo, Alfredo Rossetti, Héctor Cámara, Carlos A. Tagle, Francisco Quintana Ferreyra, José Ignacio Cafferata, Alfredo Poviña, Roberto Ignacio Peña, Jorge Clariá Olmedo, Pedro J. Frías, Luis Moisset de Spanés, Ernesto Garzón Valdés.

Mi temprana inclinación hacia el derecho penal y la docencia universitaria, tuvo mucho que ver con las enseñanzas y los ejemplos de mi padre, de su admirado amigo y maestro Ricardo C. Núñez -paladín de un derecho penal concebido como sistema de garantías- de quien, pese a que había renunciado a su cátedra de Parte Especial varios años antes de mi ingreso a la Facultad, siempre me he autoproclamado su “*nieto intelectual*”; y -fundamentalmente- de mi maestro, Jorge de la Rúa -el más joven y aventajado de los discípulos de Núñez- de quien fui alumno de

grado, adscripto e integrante de su Cátedra de Derecho Penal I hasta su exilio forzado.

Dos personas -por su entrega total a la abogacía y la solidez de sus conocimientos, experiencia y principios- incidieron positivamente en mi elección y desarrollo del libre ejercicio profesional: el Dr. José Severo Caballero, en cuyo estudio jurídico realicé una fecunda pasantía durante los dos últimos años de mi carrera universitaria, y el Dr. Horacio Oliva Vélez, fundador del estudio jurídico al que me incorporé ni bien egresé con el título de abogado y que aún tengo el orgullo de integrar con otros socios que se fueron agregando.

Hubo otros profesores que marcaron su impronta en mi formación y perfeccionamiento docente -de grado y postgrado- y como investigador de las ciencias penales: uno de ellos fue el Dr. Fernando Martínez Paz, de quien aprendí su "*modelo jurídico multidimensional*", participando en varias ediciones del programa de perfeccionamiento de investigadores en la enseñanza del derecho, en los seminarios que él dirigía en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional, los que contaron con la valiosa colaboración de los Dres. Daniel Carrera e Hilda Marchiori, ambos estrechamente vinculados al Dr. Ricardo Núñez y a mi padre; debo mi primer contacto institucional con esta Academia al profesor Martínez Paz, pues bajo su dirección, a partir del 30 de junio de 1998, tuve el honor de integrar el Instituto de Educación, junto a los Dres. Zlata de Clement, Sergio Guestrin, Guillermo Barrera Buteler, Manuel Cornet y Luis Bonetto.

El otro fue mi dilecto amigo Enrique García Vitor, profesor titular de la Universidad Nacional del Litoral, fallecido en enero de 2006 cuando todavía tenía mucho para brindar en la importante labor de dinamización del derecho penal en la Argentina -sobre todo en la otra Argentina, la del "*interior*"- que había emprendido con una mística contagiosa pero difícil de seguir para sus colaboradores y discípulos -por los frecuentes viajes que imponía por distintas ciudades de nuestro país- algunos de los cuales me están acompañando. De la mano de Enrique, me relacioné con los más destacados exponentes de la dogmática penal alemana, española e iberoamericana, en estancias de investigación en universidades extranjeras y en sus visitas a Córdoba como profesores invitados de las dos cohortes de la especialización en derecho penal, de la cual fuimos co-directores.

Finalmente, quiero expresar mi gratitud a Silvia, mi esposa y amiga, por su permanente e incondicional amor, aun en los momentos más difíci-

les; y a mis hijos Ramiro, María Pía, Javier, María Agustina y Octavio, como a mis cuatro nietos, cuyo afecto compartido le da sentido a mi vida.

2. El segundo interrogante que contestaré se refiere a la razón por la cual he elegido ocupar el sitial que ostenta el nombre del Dr. Cornelio Moyano Gacitúa. Confieso que la opción no fue difícil para quien -como en mi caso- está dedicado al derecho penal, pues tanto aquel ilustre profesor, cuanto los académicos que me han precedido en el referido sillón -creado el 7/7/42- los Dres. Sebastián Soler (18/4/44) y José Severo Caballero (14/12/84), fueron brillantes cultores de las ciencias penales en nuestro país.

Cornelio Moyano Gacitúa ¹, nacido en nuestra ciudad en 1858, estudió en el Colegio de Monserrat y en 1882 se doctoró en leyes en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional. Poco tiempo después fue designado juez de paz letrado en la justicia de Córdoba, y más tarde, juez federal de Córdoba hasta 1902, cuando al crearse la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba integró ese tribunal junto a los doctores Simeón Aliaga y Pablo Julio Rodríguez. En el ámbito universitario, fue designado catedrático de derecho penal, función que cubrió durante dieciocho años, hasta 1905 cuando fue designado ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejerciendo la alta magistratura hasta 1911, año en que lo sorprende la muerte. Integró la comisión que redactó el Proyecto de Código Penal de 1906.

Su pensamiento en el campo de las ciencias penales se ha plasmado en dos obras. En la primera de ellas, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino* (1899), sostiene que el derecho penal es parte

¹ Me he valido del siguiente material bibliográfico: Sebastián SOLER, "La personalidad del Dr. Cornelio Moyano Gacitúa", conferencia pronunciada en el salón de grados de la Universidad Nacional de Córdoba el 29 de julio de 1961, publicada en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. VIII, 1961-1962, págs. 26 a 38; Luis MARCÓ DEL PONT, *Criminólogos latinoamericanos*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, pág. 64 y ss.; Carlos Octavio BAQUERO LAZCANO, "Cornelio Moyano Gacitúa. Su pensamiento en materia penal. Los graves presagios formulados en 1905 respecto de la influencia de la inmigración en la delincuencia argentina", Cuadernos de Historia, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, págs. 251 a 269.

integrante de la misma ciencia criminal; si bien acepta algunos de los postulados de la Escuela Positiva y considera que su influencia fue benéfica para el avance de la ciencia penal y del derecho penal, como asimismo para la comprensión del delito, del delincuente y de la aplicación de la pena, no se puede considerar a Moyano Gacitúa enrolado en las filas del positivismo criminológico italiano. En efecto: a pesar de sus elogios a las obras de Lombroso y Garófalo, las que expone con fidelidad, Moyano Gacitúa, quien se mantiene apegado a la tesis del libre albedrío, rechaza ciertas conclusiones de la escuela positiva: “... *el tipo criminal de la escuela lombrosiana, una verdadera creación alejada de la realidad y combatida por la misma ciencia experimental*”².

Su segunda obra, la más relevante, es *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*³, cuya aparición en 1905 fue aplaudida por César Lombroso con estas palabras: “*Su trabajo es el más importante de Sociología y Antropología Criminal aparecido en estos dos últimos años y en ambos mundos; y me considero feliz de haberlo recibido*”.

Sebastián Soler⁴ afirma que este libro de Moyano Gacitúa “*es una verdadera sociología criminal argentina lograda mediante la preferente aplicación del método estadístico*”.

Hilda Marchiori⁵ sostiene que “*es importante hacer notar que José Ingenieros a través del Instituto de Criminología de la Penitenciaría de Buenos Aires fue el pionero de la aplicación de una Criminología Clínica desde 1907*”.

Ambos conceptos parecen compatibles con la opinión de Eugenio Raúl Zaffaroni⁶, para quien “*... quizá todo el mundo nombra a Ingenieros como el padre de la Criminología argentina, pero Moyano*

² Cornelio MOYANO GACITÚA, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1899, pág. 199.

³ Cornelio MOYANO GACITÚA, *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Córdoba, Casa Editora F. Domenici, 1905.

⁴ Sebastián SOLER, *La personalidad del Dr. Cornelio Moyano Gacitúa*, pág. 37.

⁵ Hilda MARCHIORI, *Delito y personalidad. Criminología 1*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1984, pág. 8, nota 1.

⁶ En una reciente comunicación epistolar enviada al suscriptor.

*Gacitúa puede –sino ser su par- ser con razón más fundador de ella, porque la Criminología de Ingenieros era bastante **patologizante**, a diferencia de la de Moyano”.*

Ante el diagnóstico de la cuestión penal argentina, Moyano Gacitúa postula “*soluciones más educativas que represivas, más preventivas que penales; sólo por excepción ha de estar dirigida a duras represiones y requerirá más bien de humanidad, de discreción y de prudencia penal, y sobre todo, gran sabiduría preventiva*” ⁷.

Mi antecesor en el sitial que he escogido fue el Dr. José Severo Caballero, desde el año 1984, pero cuando fue incorporado a esta Academia en diciembre de 1976 ocupó el sillón Manuel Lucero y fue presentado por el Dr. Sebastián Soler ⁸, quien por ese entonces detentaba el sillón Cornelio Moyano Gacitúa, en estos términos “*Llega el Dr. Caballero a esta Academia después de haber cumplido una obra ejemplar a través del desempeño impecable de las más altas funciones a las que un jurista pueda ser llamado, la magistratura y la cátedra, y de haber labrado en horas de trabajo intenso y escrupuloso una larga serie de obras en las que la investigación está siempre guiada por el amor a la verdad*”.

José Severo Caballero nació en Córdoba el 12 de mayo de 1917. El 27 de abril de 1946 egresó de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba con el título de abogado, comenzando el ejercicio libre de su profesión. Obtuvo su doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la misma Casa de Trejo en mayo de 1963. En su carrera judicial en la provincia de Córdoba, el Dr. Caballero ha sido Fiscal de la Cámara Segunda del Crimen (20/10/55 al 14/9/58) y vocal del Tribunal Superior de Justicia (3/12/63 al 18/7/66), habiendo desempeñado la presidencia de ese alto cuerpo en el año 1966, hasta que un golpe de Estado lo llevó a retomar el ejercicio de la profesión.

Comenzó entonces su período de mayor producción científica durante el cual accedió por concurso al cargo de profesor titular de Derecho

⁷ Cornelio MOYANO GACITÚA, *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teoría*, pág. 4.

⁸ *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XVI, 1977, pág. 89.

Penal, Parte General, de nuestra Universidad Nacional, en 1971, año en el que también fue designado director del Instituto de Derecho Penal, cargo al que renunció en 1983 -al ser restauradas las instituciones democráticas- para asumir como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que presidió entre 1985 y 1989, cuando se alejó del máximo tribunal de la República ante una reforma legal en su composición que posibilitó el control del cuerpo por el Poder Ejecutivo.

Radicado definitivamente en Buenos Aires, Caballero continuó ejerciendo la profesión y elaborando valiosas contribuciones a revistas especializadas. Ha dicho Jorge de Rúa: “*Así, trabajando, lo encontró la muerte, en 2005*”. Es que su laboriosidad y su contracción al trabajo y al estudio eran rasgos característicos de su rica personalidad, como lo ha puesto de relieve Luis María Cipollone⁹: “*Era de aquellos que al alba ya iniciaban su tarea, su dedicación al análisis de las cuestiones vinculadas con la ciencia jurídica, y su jornada de trabajo se extendía hasta entrada la noche. Si había un deber que cumplir, allí estaba*”.

En su dilatada trayectoria académica, Caballero produjo varias monografías de calidad, entre las que se destacan: *El embargo y sus efectos en la defraudación del art. 173, 9º del C. Penal* (1963); *El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el derecho penal argentino* (1967); *Responsabilidad penal de los directores y administradores y la llamada responsabilidad penal de las sociedades anónimas y otras personas colectivas* (1973); y *El significado de la comprensión de la criminalidad del acto en el derecho penal argentino* (1975). En todos ellos el autor tiene como punto de partida una idea unitaria y sistemática del derecho en general.

Algunas de sus últimos trabajos se relacionan con el tema de la corrupción funcional: “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, publicado en la revista *La Ley* el viernes 20 de diciembre de 1996¹⁰, cuyo ejemplar -que me obsequió su autor con una dedicatoria de su puño y letra- conservo en mi poder; y “La Convención Interamericana contra la

⁹ Luis María CIPOLLONE, *Biografías. Juristas. Dr. José Severo Caballero*, “Abogados”, abril 2005, págs. 54 y 55.

¹⁰ L.L., 1997-A-796.

corrupción y la legislación penal argentina”, publicada en la misma revista en 1997 ¹¹.

Nuevamente acudo a la autorizada opinión de Sebastián Soler, quien expresó que *“el rasgo común de la obra del Dr. Caballero es el de una reflexiva y serena ecuanimidad, guiada siempre por una firme adhesión a los principios supremos del derecho, y por la conciencia de la importancia humana de los materiales con los que el derecho penal opera. Sus trabajos versan casi siempre sobre temas de derecho positivo, y aunque las tesis son siempre apoyadas sobre un firme acopio de materiales, nunca se verá en ellos muestra alguna de complacencia en la propia erudición. El autor sabe muy bien que la misión del jurista en el mundo no es la de participar en una feria de vanidades”* ¹².

Concluyo esta justa evocación del Dr. José Severo Caballero, parafraseando las palabras de Jorge de la Rúa, en el homenaje que hace algunos meses le tributó la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad Nacional: *“Alguna vez dijimos que en estos países nuestros somos hombres de varias trincheras. Las etapas de la vida nos llevan desde el estudio, la investigación y la docencia universitaria, a las funciones públicas, como en el caso de Caballero la magistratura. Por fin, recorreremos también el camino del ejercicio profesional. Caballero fue soldado en todas esas trincheras; integró el ejército republicano, y fue uno de los más valientes defensores de la democracia”*.

3. La tercera y última cuestión a responder, tiene que ver con los motivos de la elección del tema objeto del trabajo científico que expondré a continuación: “El tipo objetivo del enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”.

Podría dividirlos del siguiente modo:

3.1. *Razones afectivas*: el controvertido tipo delictivo del art. 268 (2) C.P., incorporado en 1964 por la ley 16.648, reconoce como importan-

¹¹ L.L., 1997-E-1153.

¹² *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo XVI, 1977, pág. 90.

te antecedente el art. 346 del Proyecto de Código Penal de 1960, elaborado por Sebastián Soler, primer ocupante del sillón Moyano Gacitúa; el texto del referido delito correspondía al art. 268 (4) del Proyecto de Poder Ejecutivo enviado al Congreso, el que a su vez fue tomado de la iniciativa del Dr. Ricardo Núñez; uno de los primeros trabajos monográficos¹³ sobre la figura en cuestión fue elaborado por mi padre y publicado en 1970 en el Cuaderno N° XIX del viejo Instituto de Derecho Penal, por entonces dirigido por el Dr. Núñez, quien lo cita en reiteradas oportunidades en el tomo VII de su *Derecho penal argentino*, que vio la luz en 1974; mi primera conferencia en aquel viejo Instituto, cuando su director era el Dr. José Severo Caballero, fue pronunciada en el año 1979, y se intituló “Enriquecimiento por desempeño deshonesto de cargo o empleo públicos (art. 268 (2) C.P.)”; dicho tipo penal ha generado opiniones encontradas acerca de su constitucionalidad, y Caballero fue quien aportó a la discusión aquellos dos interesantes trabajos aparecidos en 1997 en la revista *La Ley*.

3.2. *Razones científicas*: las mencionadas objeciones a la validez constitucional del tipo delictivo del art. 268 (2) C.P., en especial, la referida a la violación de la exigencia del *mandato de determinación* derivado del principio de legalidad en la represión penal, han puesto nuevamente sobre el tapete la necesidad de esclarecer cuál es el bien jurídico penalmente protegido por aquella figura y cuál la conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado para aquel bien jurídico, imputable al tipo objetivo. Intentaré hacerlo a continuación.

¹³ *El Capítulo IX bis, Título XI, Libro II del Código penal, incorporado por la ley 16.648*, Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, págs. 9 a 48.

EL TIPO OBJETIVO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS ¹

por CARLOS JULIO LASCANO (H)

SUMARIO: I. Introducción. II. El programa político-criminal de la Constitución argentina respecto a la lucha contra la corrupción pública, y, en especial, al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados gubernamentales. III. El bien jurídico protegido. IV. La estructura del tipo objetivo.

I. Introducción

La cuestión que abordaremos pone en evidencia, por un lado, la tensión entre la honestidad -que debería ser una de las virtudes cardinales de los representantes del pueblo en un régimen democrático de gobierno- y la corrupción de los funcionarios públicos como degradación de la actividad política bien entendida como vocación de servicio en búsqueda del bien común; por otra parte, la constatación en los últimos años de la recurrente utilización simbólica del derecho penal para amenazar con enérgicas sanciones a quienes incurren en aquella perniciosa práctica, que casi nunca se materializan en la realidad.

La corrupción pública -con los nefastos efectos que genera- es un fenómeno que apareció en todas las épocas y en todo modelo de Estado con una *dimensión patológica* ² que involucra a la totalidad del tejido

¹ Texto elaborado con base en la disertación pronunciada el 28 de abril de 2009 al ser incorporado como académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Perfecto Andrés IBÁÑEZ, “Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España”, en “Corrupción de funcionarios públicos - Pena y Estado”,

social, pues difícilmente pueda darse una corrupción de la administración pública de la que sea aséptico el sector privado, ya que ambos ámbitos se encuentran indisolublemente ligados y sometidos a influencias recíprocas.

Sin menoscabar la importancia que asume el fenómeno de la corrupción del empresariado, procuraremos centrar nuestra atención en la vinculación existente entre ciertas modalidades en que aquélla se manifiesta en el ejercicio funcional de los agentes de los tres poderes estatales y el sistema penal entendido como *extrema ratio*, basado en normas e instituciones encuadradas en el Estado constitucional de derecho.

De un modo particular, analizaremos el delito conocido como “*enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos*”, previsto en el art. 268 (2) del Código Penal argentino, limitando nuestro análisis a la situación normativa posterior a la reforma constitucional de 1994.

Reflexionaremos sobre algunos interrogantes, a saber:

a) ¿Cuáles son los criterios político-criminales que pueden extraerse de la Constitución argentina con respecto a la lucha contra la corrupción pública, y, en especial, al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados gubernamentales?

b) En particular, ¿qué relevancia pueden tener aquellos principios constitucionales de política-criminal en la delimitación del “*bien jurídico protegido*” mediante la tipificación del delito del art. 268 (2) del Código Penal?

c) Por último, si los postulados político-criminales de nuestra Ley Fundamental admiten -junto a la antijuridicidad general- una ilicitud específicamente penal plasmada en el referido dispositivo del Código Penal; en su caso, cuál es la conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado para aquel “*bien jurídico protegido*”, que sea imputable al tipo objetivo del delito regulado por el art. 268 (2) del Código Penal.

II. El programa político-criminal de la Constitución argentina respecto a la lucha contra la corrupción pública, y, en especial, al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados gubernamentales

La vinculación de la política criminal con los valores constitucionales a través de los principios penales ha sido puesta de relieve en nuestro país por Guillermo J. Yacobucci³, al señalar la existencia de una “*impronta dual: positiva y negativa. Positiva, en tanto mandato general de preservación de la paz, la tranquilidad y la seguridad pública; y particular, en cuanto imperativo de protección de ciertos bienes, fines y funciones. Negativa, en cuanto impide ir más allá de las necesidades de un recto orden de la convivencia, preservando solo aquello que resulta imprescindible para el mantenimiento de la existencia social pacífica y segura y dejando librado a los otros órdenes normativos y a la consistencia misma de las relaciones sociales informales el desenvolvimiento de los proyectos individuales*”.

A partir de esas correctas reflexiones, podemos afirmar con Luigi Ferrajoli⁴ que el *modelo garantista de derecho penal* está configurado por un conjunto de principios que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena.

Tal modelo deóntico -que tiene como función específica deslegitimar el ejercicio abusivo de la coerción penal- se desprende de las valoraciones político-criminales emergentes del Estado constitucional de derecho vigente en nuestro país.

La teoría del delito representa un sistema de imputación que permite la aplicación del derecho al caso concreto, procurando asegurar racionalidad, previsibilidad e igualdad. Sin embargo, según lo ha expresado co-

³ Guillermo J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, págs. 381 y 382.

⁴ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 91 y ss.

rectamente Daniel Erbetta⁵, la elección de tal aparato conceptual puede construirse desde el poder (en cuyo caso terminará por legitimar todas sus manifestaciones) o desde las garantías (y entonces su función será limitar el ejercicio del poder). Al seguir la última opción, tendremos que orientarnos hacia “*el vértice del sistema normativo argentino (la Constitución Nacional y los tratados de igual jerarquía) y su fuente histórica, política e ideológica*”, que sigue el *modelo liberal de derecho penal*.

En cambio, como lo explica Günter Stratenwerth⁶, resulta discutible si pueden derivarse de la Constitución *deberes* de tipificación penal de ciertas conductas, y, en su caso, en qué medida. Dicho autor sostiene que deberes constitucionales de protección sólo pueden referirse a unos pocos derechos fundamentales, únicamente abarcables por el derecho penal nuclear. Pero incluso en este reducido ámbito -dejando de lado *casos-límite* como la prohibición del homicidio o lesión corporal dolosos- la Constitución no dice de modo inequívoco que la protección legal requerida tenga que ser dispensada precisamente con los instrumentos del derecho penal. Según analizaremos más adelante, la única excepción estaría dada por los denominados “*delitos constitucionales*”.

Los criterios político-criminales de la Constitución argentina y los pactos internacionales con respecto a la lucha contra la corrupción pública y, en especial, al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados estatales, son los siguientes:

1. La *reforma constitucional de 1994* introdujo en nuestra Carta Magna el art. 36, cuyo párrafo quinto expresa: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

⁵ Daniel ERBETTA, *Proceso formativo de la teoría del delito*, Rosario, UNR Editora, 2003, págs. 92 y 93.

⁶ Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, N° 17, págs. 70 y 71.

1.1. Uno de los primeros autores que se ocuparon de este texto y su relación con el art. 268 (2) del Código Penal, fue Humberto S. Vidal; el título de su breve pero sustancioso trabajo aparecido en la página 12-A del diario La Voz del Interior, de Córdoba, del jueves 5 de septiembre de 1996, ya implicaba una categórica definición: “*El enriquecimiento ilícito es un delito de jerarquía constitucional*”.

Dicha tesis fue seguida pocos meses después por José Severo Caballero, quien, en su artículo de la revista La Ley, del viernes 20 de diciembre de 1996 ⁷, afirmaba: “*1. Que la reforma constitucional que introdujo el art. 36 ha colocado al intérprete en la necesidad de advertir la más amplia significación conceptual que han adquirido los artículos del título 11 del Código Penal denominados “Delitos contra la Administración Pública”, desde el momento en que el enriquecimiento ilícito de los funcionarios debe respetar la expresa definición de **grave delito doloso** contra el Estado que conlleva enriquecimiento y que no figuraba en la Constitución anterior que tuvo en cuenta la reforma de la ley 16.648. 2. El deber constitucional de facultar a la Administración Pública a exigir en cualquier momento al funcionario o empleado público que justifique la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de una persona interpuesta le ha dado una especial naturaleza política-social al deber cuya violación reprime el art. 268 (2) del Cód. Penal*”.

A partir de aquellas opiniones, un sector doctrinario mayoritario sostiene que en nuestro Estado constitucional de derecho la corrupción de los funcionarios públicos que incurren en tal conducta antisocial está consagrada como **delito constitucional**.

En tal sentido, Aída Tarditti ⁸ expone con precisión: “*Cuando la Constitución se introduce -y lo ha hecho excepcionalmente- en el ámbito de la descripción de una conducta que importa una infrac-*

⁷ José Severo CABALLERO, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, publicado en L.L., 1997-A-796, pág. 3.

⁸ Aída TARDITTI, “Endurecimiento de la respuesta penal en la lucha contra la corrupción”, en Pensamiento penal y criminológico, Revista de Derecho Penal integrado, año I, N° 1, Córdoba, Mediterránea, 2000, pág. 97.

*ción que conlleva una consecuencia propia del derecho penal, se dice que se trata de un **delito constitucional***.⁹ Agrega que esta categoría tiene las siguientes implicancias: “*Es la Constitución y no el Congreso de la Nación, quien decide la **protección penal** de un bien jurídico. Aun cuando todos los bienes jurídicos -en un derecho penal libre- tienen siempre un apoyo en los derechos enumerados y no enumerados de la Constitución, su selección, a los fines de su protección penal, es en principio una atribución que ejerce el Congreso en virtud de la competencia de dictar leyes penales (art. 75 inc. 12, C.N.). En cambio, en los **delitos constitucionales**, la propia Constitución asegura la protección penal, de modo que opera al menos como un mandato que no puede desoír el Congreso*”.

A continuación, Tarditti⁹ expresa: “*Es la Constitución y no el Congreso quien decide que al menos una forma concreta de corrupción (el enriquecimiento doloso de funcionarios en delitos contra el Estado) tiene que ser incriminada. De ordinario, esa atribución le compete al Congreso, pero no ocurre así en los **delitos constitucionales**¹⁰, en los cuales la Constitución se ha adentrado al menos en una descripción parcial que requerirá de complementación, pero que no podrá tampoco ser desoída por el Congreso*”. Ello se compatibiliza con la opinión de Germán J. Bidart Campos¹¹, para quien la conducta encuadrable en un “grave delito doloso” contra el Estado, “*requiere que la ley la tipifique, porque la constitución no lo hace por sí misma, si bien marca como pauta para la incriminación legal que tal delito ha de aparejar enriquecimiento*”.

⁹ Ob. y lug. citis.

¹⁰ Aída TARDITTI, En sentido similar, véase Fabián Luis RIQUERT, “Instrumentos de derecho internacional público iberoamericano para la prevención contra la corrupción”, en AA.VV., *Delincuencia económica y corrupción*, directores: David Baigún y Nicolás García Rivas, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág. 142: “*Estamos ante la presencia de un claro supuesto de derecho constitucional penal, dado que es la propia Constitución la que señala que esta conducta debe elevarse a la categoría de delito, porque considera que atenta contra el orden democrático*”.

¹¹ Germán BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, t. III, p. 36, N° 56.

1.2. En una respetable posición opuesta se ubican prestigiosos autores como Marcelo A. Sancinetti ¹², Miguel A. Inchausti ¹³, Edgardo Alberto Donna ¹⁴ y Javier Esteban de la Fuente ¹⁵; éste resume las posiciones de los antes nombrados diciendo que el art. 36 C.N. “*tiene un sentido y contenido mucho más amplio, refiriéndose a cualquier delito doloso contra la administración que implique enriquecimiento como el peculado, cohecho, exacciones o negociaciones incompatibles, de modo que no existe ningún argumento para entender que dicho principio constitucional exige y sustenta la creación de un tipo penal como el examinado*”.

1.3. Creemos que -a pesar de la seriedad de tales argumentos- la reforma constitucional de 1994, al equiparar expresamente las graves conductas delictivas dolosas contra el Estado que impliquen enriquecimiento a los atentados contra el sistema democrático -en un país como el nuestro que ya contaba desde treinta años atrás con un delito como el tipificado en el art. 268 (2), que había dado lugar a discusiones sobre la posible afectación de las garantías individuales propias de un derecho penal liberal- tenía el inequívoco objetivo de zanjar de una vez por todas la cuestión, mediante un decidido respaldo a la constitucionalidad del referi-

¹² Marcelo A. SANCINETTI, “Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de ‘enriquecimiento ilícito de funcionario público’”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, pág. 959, N° 8, donde expresa que la reforma constitucional se limita a disponer que “*quien cometa cohecho, peculado, aceptación de dádivas, etc., que impliquen enriquecimiento, debe sufrir la inhabilitación que establezca la ley. Derivar de allí la validez de una forma determinada de perseguir los enriquecimientos ilícitos es poner los caballos detrás del carro*”.

¹³ Miguel A. INCHASTI, *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 69: con el apartado 5° del art. 36 C.N. “*de ninguna manera se está creando una nueva figura en la reforma de Santa Fe. La Constitución sólo enfatiza una directiva con destino a quienes legislan, orientada a señalar la gravedad de todo delito que conlleve enriquecimiento...*”.

¹⁴ Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 382 y ss.

¹⁵ Javier Esteban DE LA FUENTE, “El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad”, en Revista de Derecho Penal, 2004-1, “Delitos contra la administración pública-I”, director: Edgardo Alberto Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 111 y 112.

do tipo legal, que -aunque con ciertas imperfecciones- conminaba con penas el enriquecimiento patrimonial no justificado, como un instrumento idóneo para controlar y limitar el ejercicio del poder estatal por parte de sus funcionarios, evitando que la impunidad de la corrupción genere la desconfianza de los ciudadanos en la efectiva vigencia del principio de igualdad ante la ley, uno de los pilares del régimen republicano.

2. La ley 24.759 ¹⁶ incorporó a nuestro derecho la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, aprobada por la Tercera Sesión Plenaria de la OEA celebrada en Caracas, Venezuela (29/3/96), con el propósito de regular la cooperación internacional para asegurar la eficacia de las medidas para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio (art. II.2).

Dicha convención enfoca el impacto negativo de la corrupción en la legitimidad de las instituciones públicas (y la consecuente afectación a la sociedad, el orden moral y la justicia) y en el desarrollo integral de los pueblos. Por ello combatirla “*fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social*”.

Su artículo IX, bajo el epígrafe “Enriquecimiento ilícito” dispone: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención”.

2.1. En esta última situación se encuentra nuestro país, pues según lo expresa Caballero ¹⁷, la Convención recomienda establecer fórmulas como

¹⁶ B.O., 17/1/97.

¹⁷ José Severo CABALLERO, “La Convención Interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina”, L.L., 1997-E-1157.

la del art. 268 (2) del Código Penal argentino, pues pone a cargo del funcionario -al ser requerido por el poder público- la justificación razonable del incremento patrimonial.

Javier Augusto De Luca y Julio E. López Casariego¹⁸, al comentar la referida Convención, expresan que *“debe tenerse mucha prudencia con la interpretación y aplicación del art. 268 (2) porque la Argentina ha firmado un tratado internacional, que como tal, tiene jerarquía superior al Código Penal, que es una ley del Congreso, y en dicha Convención el Estado se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”*.

La Convención Interamericana en su art. XII establece que para su aplicación *“no será necesario que los actos de corrupción descriptos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”*, con lo cual queda abierta la posibilidad de acudir a tipos de peligro abstracto¹⁹.

2.2. La validez constitucional del tipo del art. 268 (2) del Código Penal sustentada en el art. IX de la Convención de Caracas no es admitida por Javier Esteban de la Fuente²⁰, para quien haber suscripto dicho pacto no autoriza la inclusión de tipos penales que contradicen las garantías básicas del Estado democrático de derecho, porque *“el propio artículo IX de la Convención aclara que el castigo del enriquecimiento ilícito debe hacerse con sujeción a su Constitución y a los principios*

¹⁸ Javier Augusto De LUCA y Julio E. LÓPEZ CASARIEGO, “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, L.L., 2000-A-257. En igual sentido: Guillermo A. TODARELLO, “El derecho penal argentino frente al fenómeno de la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito”, Revista El Derecho Penal, N° 11, noviembre de 2005, pág. 21; Fabián Luis RIQUERT, ob. cit., pág. 142: *“...la CICC posee carácter supralegal (art. 75 inc. 22 C.N.), y estipula que los estados deben legislar la conducta siempre y cuando no viole la Constitución y los principios del derecho interno. Es decir que tanto la propia Constitución como el tratado internacional -por principio de supremacía-, obligan al Congreso a legislar el delito de enriquecimiento ilícito (supuesto que no se da porque ya estaba legislado)”*.

¹⁹ José Severo CABALLERO, *La Convención Interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina*, pág. 1157; De LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, ob. cit., pág. 257.

²⁰ Javier Esteban DE LA FUENTE, ob. cit., págs. 112 a 114.

fundamentales de su ordenamiento jurídico". Sin embargo, como afirman De Luca y López Casariego ²¹, "*refutadas las tachas de inconstitucionalidad, ese mandato se encuentra satisfecho*".

No podemos ahora referirnos a los conocidos precedentes jurisprudenciales favorables a la validez constitucional del tipo delictivo bajo análisis ²². Sólo nos permitimos destacar dos fallos: la sentencia N° 11 dictada el 12/6/06 por la Sala Segunda de la Cámara 1ª en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Entre Ríos, con asiento en Paraná, con excelente voto de Jorge Amílcar Luciano García, en la causa "Rossi, Domingo Daniel s/enriquecimiento ilícito de funcionario público" ²³; y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Na-

²¹ Javier Augusto DE LUCA y Julio E. LÓPEZ CASARIEGO, "Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales", en Revista de Derecho Penal, 2004-2, "Delitos contra la administración pública-II", director: Edgardo Alberto Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 150.

²² Cámara de Acusación de Córdoba, en "Angeloz, Carlos y otros", resolución 152 del 15/10/96, con nota de Javier Augusto DE LUCA y Julio E. LÓPEZ CASARIEGO, en L.L., Suplemento Jurisprudencia, 25/2/2000; Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal, con votos de Tozzini y Rivarola, en "Pico J.M.", 15/1/98; CNCP, Sala IV, "Alsogaray, M.J.", 9/6/05, confirmando la sentencia de la CNFed. en lo Penal; Cám. Crim. de Concordia, "Yedro, Mario Alberto", 16/12/05, confirmado por la C.S.J.N., en R. 39, L. XLIII.

²³ Con fecha 1/12/09 (R. 330, L. XLIII) la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario en base a los siguientes argumentos del dictamen del Procurador, compartidos por la mayoría: "El cuestionamiento constitucional del artículo 268 (2) del Código Penal no puede prosperar. Al respecto, cabe señalar que el magistrado que se pronunció en primer lugar, si bien reconoció que en el ámbito académico existen discrepancias acerca del bien jurídico tutelado por la figura penal en cuestión, destacó que los tribunales las han zanjado concibiendo al interés público por la honestidad, transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, como el objeto de protección en el caso, que resulta lesionado por el enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la relación funcional, lo cual constituye la acción típica". ... "Asimismo, reprodujo el fallo del tribunal oral en cuanto se consideró que la cláusula del requerimiento y de la ausencia de justificación sólo puede entenderse como una regla a favor del acusado, y no como una obligación de probar su inocencia, al punto que puede mantenerse en silencio sin que ello implique una presunción legal de culpabilidad; que la constatación de un enriquecimiento incompatible con los ingresos funcionales y el subsiguiente requerimiento al funcionario no resultan elementos constitutivos del delito, sino que deben ser entendidos como condiciones objetivas de punibilidad; que la falta de justificación resulta de la comprobación por parte del Ministerio Público Fiscal, con base en

ción del 22/12/08, en autos “Alsogaray, María Julia”, que por unanimidad declaró improcedente el recurso extraordinario, en base al meduloso dictamen del procurador general de la Nación, Dr. Esteban Righi, en el cual reafirmó los argumentos del tribunal de casación, algunos de ellos basados en el art. 36 C.N. y en las convenciones internacionales contra la corrupción de Caracas y Nueva York, tal como lo había hecho también el tribunal entrerriano.

Es que el bloque constitucional consagrado en 1994 expresa de modo categórico la voluntad del Estado argentino de autolimitarse y controlar a quienes ejercen el poder, al sancionar penalmente a quienes se enriquecen delinquiendo dolosamente desde el poder, porque atentan contra el sistema democrático.

Los derechos fundamentales que resultarían puestos en crisis por el deber de transparentar la variación de su patrimonio, impuesto a los funcionarios públicos o a quienes dejaron de serlo hasta dos años antes, no pueden prevalecer para brindar impunidad a la corrupción pública, porque las garantías constitucionales sólo pueden existir en tanto y cuanto sirvan para proteger al “*ciudadano de a pie*” frente a la omnipotencia y los abusos del Estado y sus agentes, pero nunca para cohonestar el enriquecimiento ilícito de quienes utilizan el poder en beneficio particular.

3. El párrafo sexto del art. 36 de la Constitución reformada en 1994 establece: “*El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función*”. Con ello impone al Parlamento la obligación de regular legalmente las prohibiciones y los deberes de los funcionarios y empleados del Estado, especialmente de aquéllos que administren fondos públicos, para reducir la corrupción funcional desarrollada en dicho sector.

Las modificaciones introducidas al Código Penal argentino en 1999 por la *ley de ética de la función pública 25.188*²⁴ siguen las directivas

datos objetivos, del apreciable incremento patrimonial durante el ejercicio de la función pública sin razón ni explicación alguna; que el tipo penal en cuestión armoniza con el artículo 36 de la Constitución Nacional, en cuanto postula la erradicación de la corrupción en la administración pública; y que mediante la Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188 (año 1999) se ratificó dicha figura delictiva. A esas consideraciones, agregó que la redacción de ese tipo penal ha sido reproducida en el artículo 311 del texto del ‘Proyecto integral de reformas al Código Penal de la Nación y a las leyes penales complementarias’”.

²⁴ B.O., 1/11/99.

político-criminales emanadas de la tipificación como delito constitucional de los actos de corrupción funcional dolosa que impliquen enriquecimiento, como asimismo de la mencionada Convención Interamericana.

En lo que atañe a nuestro tema, la mencionada ley ratifica y amplía el tipo penal ya existente del enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, art. 268 (2) C.P., en el cual se extiende la obligación del agente estatal de justificar la procedencia del incremento patrimonial, hasta dos años después de haber cesado en su desempeño; se introduce en dicho tipo una regla de interpretación auténtica según la cual “*se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban*”; incrementa las penas conminadas en abstracto para el enriquecimiento ilícito funcional, art. 268 (2). Igualmente, modifica el último párrafo de este artículo, equiparando la pena de este delito en el supuesto de la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento del funcionario o empleado público. Lo importante es que la ley 25.188, sancionada en pleno fragor de las discusiones sobre la constitucionalidad del art. 268 (2) C.P., se limitó a introducirle algunas modificaciones que no alteraron su estructura, con lo cual, el Congreso de la Nación tácitamente entendió que dicho tipo penal no entraba en colisión con el bloque constitucional emergente de la reforma de 1994.

4. La ley 25.632, promulgada el 29/8/02²⁵, aprobó la *Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, suscripta en Palermo (Italia) en diciembre de 2000. En lo referido a nuestro tema, los arts. 8º y 9º de dicha convención establecen directivas sobre penalización de la corrupción y adopción de medidas eficaces para promover la integridad de los funcionarios públicos y para prevenir, detectar y castigar su corrupción.

5. La ley 26.097, promulgada de hecho el 6/6/06²⁶, aprobó la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, suscripta en

²⁵ B.O., 30/8/02.

²⁶ B.O., 9/6/06.

Nueva York en 2003, que establece en su art.20: “*Enriquecimiento ilícito*. Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Como se advierte, nuestro país -casi cuarenta años antes- ya había tipificado en el art. 268 (2) C.P. el delito de enriquecimiento ilícito funcional, con una redacción similar a la que ahora sugiere la Convención de las Naciones Unidas.

Por la limitación del tiempo asignado a esta exposición, no podremos detenernos en la interesante y debatida discusión sobre si el tipo delictivo del art. 268 (2) C.P. es o no compatible con importantes principios de nuestro Estado constitucional de derecho -como los de culpabilidad, legalidad, inocencia, prohibición de autoincriminación, *non bis in idem*- y, al mismo tiempo, si aquel dispositivo legal consagra un sistema de imputación racional y previsible para el eficaz pero acotado ejercicio del poder punitivo estatal sobre los comportamientos corruptos de los agentes estatales, sin menoscabo de los derechos fundamentales de las personas. A pesar que la polémica sobre la constitucionalidad del delito está subordinada a la posición que se asume respecto de dos cuestiones íntimamente ligadas entre sí, cuales son el bien jurídico protegido y la estructura del tipo objetivo, al analizar este último punto sólo aludiremos brevemente al principio de “*máxima taxatividad legal e interpretativa*”, derivado del principio de legalidad en la represión penal.

6. El anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación, elevado el 31 de agosto de 2006 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por la Comisión creada por Resolución de dicho Ministerio N° 303 del 14 de diciembre de 2004 y sus anexas números 497/05, 136/05 y 736/06²⁷, regula el delito de “enriqueci-

²⁷ *Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación*, presentación de Luigi Ferrajoli, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, Ediar, 2007.

miento ilícito” en los párrafos 2º, 3º y 4º del art. 311, conminando las penas de prisión de dos a ocho años, multa del cincuenta por ciento al cien por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación especial por igual tiempo de la condena. La descripción de la conducta amenazada con tales sanciones es similar a la del texto del art. 268 (2) C.P. vigente, con una única modificación: mientras en éste el sujeto activo está mencionado en forma indeterminada como “*el que al ser debidamente requerido*”, en el anteproyecto se especifica “*el funcionario público que, al ser debidamente requerido*”. La exposición de motivos explica que el agregado de la expresión “*funcionario público*” -tanto al epígrafe del Capítulo VIII como al texto del artículo referido específicamente al enriquecimiento ilícito de funcionarios- obedece a la idea de dejar en claro “*que el deber de justificación recae exclusivamente sobre funcionarios públicos y no sobre las personas en general*”.

III. El bien jurídico protegido

En este controvertido tema tienen razón Javier De Luca y Julio López Casariego²⁸ cuando expresan que sin bien el art. 268 (2) C.P. está ubicado en el Capítulo IX bis (“Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”), dentro del Título XI del mencionado Código (“Delitos contra la administración pública”), el texto de aquella *disposición* “*en ningún momento señala que el enriquecimiento deba tener un origen ilícito o deba responder a alguna conducta determinada del autor para ser considerado tal. Ante tal situación, si se quiere respetar el producto del legislador, que es el que representa la voluntad popular, deberá buscarse al texto un sentido acorde al bien jurídico del título al enunciado del capítulo y, por supuesto, a la Constitución Nacional que informa y limita su tarea*”.

Concordamos también con los referidos autores²⁹ en que nada indica en el tipo legal y el sistema que integra, que solamente se haya querido

²⁸ JAVIER DE LUCA y JULIO LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*, págs. 124 y 125.

²⁹ JAVIER DE LUCA y JULIO LÓPEZ CASARIEGO, ob. cit., pág. 125.

sancionar penalmente a quienes se hayan enriquecido por delitos en general o por delitos contra la administración pública; como así tampoco que resulte involucrado, como en tantos otros delitos de ese mismo título, el patrimonio de la administración pública ni el de los particulares engañados o intimidados por los funcionarios; menos aún, que se vea afectado el funcionamiento económico de la administración en sí misma, ni la regularidad de la actividad de los funcionarios o de la prestación de los servicios que son de su competencia.

En consecuencia, en principio no habría dificultad en ponernos de acuerdo acerca de cuáles intereses no se encuentran penalmente protegidos a través de la figura delictiva en estudio. Más problemático es definir con claridad cuál es ese “*bien jurídico penal*”, lo que ha dado lugar a una multiplicidad de opiniones, algunas de las cuales fueron vertidas antes de la reforma constitucional de 1994:

Carlos Lascano³⁰ -mi padre- sostuvo en 1970 que el bien jurídico tutelado no es otro que el interés que tiene la administración pública en la intangibilidad de la corrección funcional y el recto desenvolvimiento de sus órganos. Ricardo Núñez³¹ entendió que el tipo penal se dirige a resguardar la administración pública frente a hechos, motivados por el espíritu de lucro, que corrompen la actuación funcional pública. A su vez, Carlos Creus³² dijo que se trataba de prevenir aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaliéndose de la condición de funcionario público por parte del agente.

A partir de la vigencia del art. 36 de la constitución reformada, José Severo Caballero³³ afirma que el bien jurídico protegido es “*el interés*

³⁰ Carlos LASCANO, *El Capítulo IX bis, Título XI, Libro II del Código Penal, incorporado por la ley 16.648*, Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, pág. 30.

³¹ Ricardo NÚÑEZ, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, 1974, t. VII, pág. 140. Similar apreciación formula en *Manual de derecho penal - Parte especial*, 3ª ed. actualizada por Víctor F. Reinaldi, Córdoba, Lerner Editora, 2008, pág. 468: “*resguarda la administración frente al lucro y la codicia corruptores de sus funcionarios y empleados*”.

³² Carlos CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. 2, pág. 323. Idem: Carlos CREUS - Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, 2, 7ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 341.

³³ José Severo CABALLERO, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (Después de la reforma constitucional de 1994)”, diario La Ley, 20/12/96, pág. 2.

social de toda la comunidad que sus funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal, sino social”.

Oscar A. Estrella y Roberto Godoy Lemos³⁴ consideran que la figura del art. 268 (2) C.P. tiene la finalidad de “*tutelar la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos*”.

Justo Laje Anaya fue quien inicialmente sostuvo que el bien jurídico protegido radica en “*la imagen pública de transparencia y corrección que corresponde a la austeridad republicana*”³⁵.

Siguiendo esa línea, Javier De Luca y Julio López Casariego³⁶ expresan que lo que se protege es “*la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan*”³⁷. En consecuencia, aunque un funcionario se haya enriquecido lícitamente, por ejemplo, ganó la lotería o recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán -fundada o infundadamente- que está originado, ..., en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la administración pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento (económico y a través de los tributos) en los ciudadanos”.

Tal posición -aunque la considera “*una de las más convincentes*”- es correctamente objetada -aunque sin explicar cuál es su propia

³⁴ Oscar A. ESTRELLA y Roberto Godoy LEMOS, *Código Penal, Parte especial, De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, t. 3, pág. 458; esta posición es compartida por Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, Corrientes, Mario A. Viera Editor, 2003, t. 3, pág. 340; idem, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 349.

³⁵ Justo LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. III, pág. 151.

³⁶ Javier De LUCA y Julio LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*, págs. 125 y 126.

³⁷ Conf. CNCP, Sala IV, “Alsogaray, M.J.”, 9/6/05.

opinión sobre el bien jurídico protegido- por Edgardo Alberto Donna³⁸, quien sostiene que contiene afirmaciones que no están basadas “*en ningún antecedente legislativo, ni en título del propio Código, ni en la estructura de la norma, amén de que avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de derecho*”.

En igual sentido se pronuncia Javier Esteban de la Fuente³⁹, para quien “*el bien jurídico protegido no es sólo la imagen de transparencia de la administración, sino que la norma intenta claramente evitar que los funcionarios utilicen ilegalmente sus cargos para enriquecerse ilegítimamente*”. Esto último merece la réplica de Javier De Luca y Julio López Casariego⁴⁰, quienes niegan que se reprima el enriquecimiento ilícito a partir de la no justificación del incremento patrimonial. Por el contrario, aseveran: “*Lo ilícito es no justificar el incremento. El enriquecimiento (apreciable y objetivamente inexplicable), es calificado por la ley o se torna ilícito cuando el funcionario no lo justifica, con independencia del carácter de su origen*”.

Por nuestra parte, en sintonía con Aída Tarditti⁴¹, sostenemos que el bien jurídico protegido por el art. 36 C.N. es el **sistema democrático**, en la misma orientación teleológica que las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción, aprobadas por el Congreso en los últimos años.

Ernesto Garzón Valdés en *El velo de la ilusión - Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*⁴², ha dicho: “*Existe, desde luego, otra forma de socavar la legitimidad del sistema democrático*

³⁸ Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 394.

³⁹ *El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad*, págs. 84 y 85.

⁴⁰ *Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*, pág. 127.

⁴¹ Ob. cit., pág. 97: “*Para la Constitución, la corrupción de los funcionarios que incurrir en graves delitos dolosos que conlleven enriquecimiento atenta contra el sistema democrático, bien jurídico protegido penalmente por la propia Carta Magna, en la misma teleología que la Convención Interamericana contra la corrupción*”.

⁴² Ernesto GARZÓN VALDÉS, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, pág. 343.

que proviene no ya de los excluidos sino de los que forman parte del aparato estatal: la corrupción. Ella consiste, según una definición que he propuesto en otro trabajo ⁴³, ***‘en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional*** ⁴⁴ ***del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado***”.

Agrega el profesor Garzón Valdés ⁴⁵ que “... *la corrupción se vuelve posible y prospera cuando los decisores abandonan su punto de vista interno de adhesión y lealtad al sistema normativo en el que actúan. El problema de la lealtad democrática, de la eliminación de la posibilidad de gorriones, es posiblemente una de las cuestiones centrales de la democracia actual. No es casual que una buena parte de la discusión entre liberales y comunitaristas gire alrededor del tema de la lealtad democrática*”.

Adherimos a tales argumentos pues la corrupción pública produce un quiebre de la relación entre representantes y representados, toda vez que cuando los primeros cobran un soborno para no hacer lo que están obligados a hacer en virtud de un deber institucional, dejan de representar a sus mandantes porque actúan en función de sus propios intereses y cometen delitos desde el poder.

⁴³ En la nota 390, para un análisis conceptual de la corrupción, remite a Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Acerca del concepto de corrupción”, en Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez (comps.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 39-69. Con esta definición coincide en lo esencial Jorge F. MALEM SEÑA, “El fenómeno de la corrupción”, publicado en la misma obra colectiva, pág. 71 y ss. Véase del mismo autor, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 32 y ss., quien agrega que los actos de corrupción “*tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción*” (pág. 34).

⁴⁴ El propio GARZÓN VALDÉS, *Acerca del concepto de corrupción*, pág. 47, aclara que no es necesario que dicho “*beneficio extraposicional*” constituya una ganancia de carácter económico, pues puede consistir en una ventaja política, profesional, sexual, etc.

⁴⁵ Ernesto GARZÓN VALDÉS, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, cit., pág. 344.

IV. La estructura del tipo objetivo

La redacción actual del art. 268 (2) del Código Penal argentino, según la ley 25.188 (B.O. 1/11/99) dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de la persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

Suele decirse que la indeterminación de la estructura del tipo objetivo del art. 268 (2) C.P., que resultaría violatoria del principio de legalidad (art. 18 C.N.), ha provocado interpretaciones disímiles sobre el contenido de la conducta prohibida por la norma, con la finalidad de legitimar la constitucionalidad del precepto legal: para algunos aquélla consiste en enriquecerse ilícitamente en perjuicio de la administración pública, prevaleciendo del cargo (delito de comisión); para otros, en no justificar el origen del incremento patrimonial (delito de omisión); finalmente, hay quien han dicho que se combinan ambas formas de comportamiento.

1. El primer criterio fue defendido inicialmente por Carlos Fontán Balestra ⁴⁶ para quien “*lo que la ley castiga es el hecho de **enriquecerse** ilícitamente, aunque el no justificar ese enriquecimiento sea una condición de punibilidad*”.

En nuestros días Javier Esteban de la Fuente ⁴⁷, luego de realizar una convincente refutación a la posición que analizaremos a continuación, afirma que “*el núcleo de lo injusto típico debe buscarse en la ilicitud*

⁴⁶ Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, t. VII, pág. 323.

⁴⁷ *El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad*, pág. 93.

del enriquecimiento, lo que nos aleja de la omisión y nos conduce al campo de los delitos de acción"; agrega que el art. 268 (2) C.P. "no se limita a exigir el cumplimiento de un deber formal por parte de los funcionarios públicos, sino que castiga los casos de enriquecimiento ilícito, es decir, reprime a quien utiliza indebidamente el cargo para incrementar ilegalmente su patrimonio" ⁴⁸.

La tesis del delito de comisión, seguida por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en "Alsogaray, María Julia", es compartida por el dictamen del procurador general de la Nación del 3 de octubre de 2007, que la Corte Suprema hizo suyo al declarar improcedente el recurso extraordinario federal.

2. La consideración del enriquecimiento ilícito como *delito de omisión* se ha impuesto en la jurisprudencia y la doctrina nacionales. Así lo entienden Carlos Lascano ⁴⁹, Sebastián Soler ⁵⁰, Ricardo C. Núñez en su *Manual* ⁵¹, Carlos Creus ⁵², Justo Laje Anaya ⁵³, Humberto S. Vidal ⁵⁴, José Severo Caballero ⁵⁵, Edgardo Alberto Donna ⁵⁶, Jorge Buom-

⁴⁸ Ob. cit., págs. 94 y 95.

⁴⁹ Carlos LASCANO, ob. cit., págs. 30 y 31: "... lo inculcado es **no justificar**, al ser debidamente requerido, **un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo**..."; "... el hecho resulta una omisión al deber de justificar el enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de la persona interpuesta, cuando se ha sido requerido a hacerlo".

⁵⁰ Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, t. V, pág. 206: "el tipo consiste en **no justificar la procedencia de un cambio patrimonial que significa enriquecimiento**".

⁵¹ Ricardo C. NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed. actualizada por Víctor F. Reinaldi, Córdoba, Marcos Lerner, 1999, pág. 456. Idem, 3ª ed. actualizada por Reinaldi, Córdoba, Lerner Editora, 2008, pág. 469.

⁵² Carlos CREUS, *Derecho penal - Parte especial*, 5ª ed., t. 2, pág. 323.

⁵³ Justo LAJE ANAYA, *Comentarios*, t. III, pág. 160; idem, Justo LAJE ANAYA y Enrique GAVIER, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1996, t. III, pág. 178.

⁵⁴ Humberto S. VIDAL, ob. y lug. cits.

⁵⁵ José Severo CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (Después de la reforma constitucional de 1994)*, pág. 2.

⁵⁶ Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la administración pública*, pág. 396.

padre ⁵⁷, y De Luca y López Casariego ⁵⁸ quienes sintetizan la posición mayoritaria diciendo que “*la construcción que mejor explica el delito es la de la omisión, que no se corresponde a un tipo activo*”. Esta opinión de De Luca y López Casariego pareciera contraponerse a la de Humberto S. Vidal ⁵⁹ quien afirma que se trata de un “*delito de omisión impropia*”, pues el sujeto activo, “*en cuanto funcionario, y mediante su poder de garante, debe afianzar que su patrimonio es legítimo; consecuentemente, tiene el deber de suministrar explicaciones en relación al apreciable enriquecimiento de su patrimonio. En este caso, la conducta precedente, el aumento apreciable de su patrimonio, constituye la fuente de su obligación*”.

Otros autores consideran que el criterio prevaleciente, favorable al tipo de omisión simple, asimila la figura del art. 268 (2) C.P. a los llamados “*delitos de mera infracción del deber*”, pues el tipo consiste exclusivamente en la no justificación formal del incremento patrimonial.

Sobre este punto de vista, Javier Esteban de la Fuente ⁶⁰ desarrolla razonables cuestionamientos contra la doctrina mayoritaria: “*si realmente el enriquecimiento ilícito fuera un delito de omisión y mera infracción al deber, el tipo debería excluirse cuando el funcionario demuestre el origen de sus bienes, aunque éste sea ilegal (ej. prueba que se enriqueció como consecuencia de un conjunto de cohechos o peculados)*” ⁶¹; ello por cuanto si lo que se exige al agente estatal no es únicamente acreditar el origen de sus bienes, sino su “*licitud*”; “*la violación o no del deber formal aludido pasa a segundo plano, y lo realmente importante es la legalidad o ilegalidad del enriquecimien-*

⁵⁷ Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, Corrientes, 2003, t. 3, pág. 341; idem, 3ª ed., Buenos Aires, 2009, pág. 351.

⁵⁸ DE LUCA Y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*, págs. 133 y 134.

⁵⁹ Humberto S. VIDAL, ob. y lug. cit.

⁶⁰ Javier Esteban DE LA FUENTE, ob. cit., págs. 89 a 95.

⁶¹ Javier Esteban DE LA FUENTE, ob. cit., págs. 89 y 90, donde se apoya en la opinión de DONNA, *Derecho penal...* cit., pág. 403, y SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., págs. 104, 32 y 48.

to”⁶², es decir, “*la comisión de los ilícitos que dieron lugar al enriquecimiento ilegal*”⁶³.

Agrega De la Fuente⁶⁴ que la posición que objeta no puede resolver “*aquellos casos donde, a pesar del silencio o de la falta de justificación por parte del autor, se demuestra finalmente que el incremento patrimonial era lícito. Supongamos que al ser requerido, el autor -por diferentes motivos- guarda silencio, pero luego un tercero acredita fehacientemente que el origen de los bienes era legal*”.

El autor mencionado señala como otro inconveniente de la tesis del tipo de omisión “*el castigo expreso de la persona interpuesta para simular el enriquecimiento. Si realmente lo único que interesara fuese la infracción al deber formal derivado del cargo, esta previsión carecería de sentido y de verdadero fundamento*”⁶⁵.

3. No ha faltado quien -como ha ocurrido con Núñez⁶⁶- sostuvo en un primer momento que se trataba de un “*delito complejo*” ya que exige

⁶² DE LA FUENTE, ob. cit., pág. 90.

⁶³ DE LA FUENTE, ob. cit., pág. 91.

⁶⁴ DE LA FUENTE, ob. cit., pág. 92, donde expresa: “*Ejemplo típico sería el de la amante que, a pesar del silencio del funcionario, se presente en el juicio demostrando que los bienes han sido donados por ella y, por lo tanto, no tienen procedencia ilícita*”. Desde este punto de vista, señala Donna, “*... Si un funcionario público hereda una fortuna de un pariente, en el extranjero, y es llamado a justificar el aumento patrimonial y no lo hace, su conducta encuadraría lisa y llanamente en el artículo 268 (2). Si se quiere buscar otro ejemplo semejante: un funcionario público tiene una amante, quien lo mantiene y le da un dinero extra. Como este buen hombre no quiere que su esposa sepa tal situación, decide ocultar el origen de los fondos que entran en su cuenta bancaria. Llamado por el juez a que justifique decide no declarar [...] No hay otra alternativa, salvo que se cambie el tipo legal, que condenar a este funcionario público, pero no por el enriquecimiento ilícito, sino sólo por callar un romance*” (DONNA, *Derecho penal...* cit., pág. 388).

⁶⁵ DE LA FUENTE, ob. cit., pág. 93.

⁶⁶ Ricardo NÚÑEZ *Derecho penal argentino. Parte especial*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, 1974, t. VII, pág. 144. Sin embargo, como vimos, el maestro cordobés, en su *Manual* cambió su posición al considerar que se trata de un delito “*de omisión*”, el cual “*existe si una autoridad competente para investigar en el caso concreto la comisión de un delito o la conducta del sospechado como funcionario o empleado, le requiere a éste que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba, o la inexistencia del enriquecimiento o que su origen, legítimo o ilegítimo, está desvinculado del ejercicio del cargo o empleo o de su calidad de funcionario o empleado. La última*

“un enriquecimiento patrimonial apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que lo haga. El primero es un acto positivo. La segunda representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento o, simplemente, una imposibilidad de hacerlo. Sin enriquecimiento apreciable no puede haber requerimiento y, por consiguiente, deber de justificar. Pero, existiendo enriquecimiento sólo el requerimiento impone ese deber”.

Por nuestra parte, pensamos que la estructura del tipo objetivo es la propia de un **tipo compuesto** o de **pluralidad de actos**, pues para su consumación se requiere más de un comportamiento, uno positivo y otro negativo, de manera similar a lo que ocurre con el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos (art. 302.1 C.P.). Entre el antecedente -la conducta comisiva del funcionario público consistente en haber incrementado significativamente su patrimonio durante su desempeño en el cargo o hasta dos años después de su cese, respecto de sus ingresos legítimos- y el consecuente -la omisión de justificar que la causa de tal enriquecimiento ha sido extraña al ejercicio funcional (no exigiéndose que acredite el “origen lícito del incremento”⁶⁷)- debe haber mediado un elemento normativo del propio tipo penal: que el agente haya sido debidamente requerido a justificar el enriquecimiento, exigencia que algunos autores⁶⁸ consideran una condición de punibilidad.

instancia probatoria es, siempre, el pertinente proceso penal”. Tal modificación del pensamiento de Núñez ya había sido advertida por DONNA, *Delitos contra la administración pública*, pág. 395 y su nota 129.

⁶⁷ En tal sentido véase Carlos CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, 5ª ed., actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. 2, pág. 323: “Cuando la ley habla de no justificar, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa expresa o implícita (no contestar el requerimiento), ya de lo insuficiente de la prueba de esa procedencia. Lo que la ley de ningún modo exige es que se pruebe el **origen ilícito del incremento** (Ure-Orgeira); lo único que se requiere es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función”.

⁶⁸ LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, pág. 158; LAJE ANAYA Y GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino, Parte Especial*, t. III, pág. 177.

Tal requerimiento específico debe ser realizado por autoridad competente, y -en la opinión de prestigiosos autores- “*es tal la administrativa o judicial facultada a investigar la comisión de delitos en su desempeño como funcionario o empleado*”⁶⁹. “*Un sector de la doctrina se muestra en contra de este criterio: Lascano, ob. cit., pág. 44 nota 83, para quien los órganos jurisdiccionales no son competentes para formular el requerimiento y llenar así el vacío de la falta de reglamentación de la ley y Creus, t. 2, pág. 324, por razones constitucionales: arts. 18 y 19 C.N., en tanto hay quienes sólo le reconocen facultades a la autoridad jurisdiccional (Vázquez Iruzubieta, t. IV, pág. 517)*”⁷⁰.

En nuestra opinión, atento que por aplicación del art. 18 C.N. la investigación de un supuesto delito debe ser posterior al hecho que lo configuraría, el requerimiento en cuestión no puede ser formulado dentro del proceso penal, pues ello implicaría iniciar el ejercicio de la acción penal antes que exista el presunto delito.

Resultan de gran interés los razonamientos de Jorge Amílcar Luciano García en el fallo dictado por la Cámara en lo Criminal de Paraná en la causa “Rossi”, al sostener que se trata de un “*delito complejo -en el que confluyen mandatos y prohibiciones- y donde el tipo doloso es de aquellos tipos de “valoración global” que estudió Roxin en su trabajo “Tipos abiertos y elementos del deber jurídico” (trad. de Bacigalupo, con el título “Teoría del tipo penal”, ed. Depalma; idem, Roxin, en “Derecho Penal”, I, 285 y sig.), ya que la tipicidad contiene el juicio de injusto, tiene “adelantada” la antijuridicidad. Quien se enriquece de modo incompatible con sus ingresos y habiendo quebrantado su deber de transparencia -declaración pormenorizada- ya realizó el ilícito*”.

Sostiene que, en primer término, existe un “*deber positivo*” de transparentar su patrimonio, que obliga al funcionario -al ingresar al cargo- a declarar sus bienes (activo y pasivo) y a informar su evolución patrimonial.

⁶⁹ LAJE ANAYA y GAVIER, ob. y lug. cits., adhiriendo a NÚÑEZ, *Tratado*, t. VII, pág. 145 y *Manual*, pág. 441; FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, t. VII, pág. 324 y *Manual*, pág. 889; y Cám. Nacional Federal, L.L., t. 131, pág. 681.

⁷⁰ LAJE ANAYA Y GAVIER, ob. y lug. cits.

nial, mientras dure dicho rol institucional. Pero la conducta punible se complementa con una prohibición -“*deber negativo*”- la de enriquecerse ilícitamente de un modo grave: “*No se trata de impedir acrecentar el patrimonio, sino sólo que ello obedezca a una evolución normal del haber funcional o de la profesión no inhibida por el cargo, y que ello se refleje -se transparente- para el control público*”.

El ilustrado voto de Jorge García tiene algunos puntos en común con el ya comentado trabajo de Humberto Vidal, en cuanto éste afirma que -para explicar el deber del funcionario emergente del art. 268 (2) C.P.- se basa en la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs, respecto de los roles que asumen los distintos sujetos en la dinámica social, al igual que de la defraudación de las expectativas sociales.

En efecto: García expresa que el punto medular de la cuestión es la “*competencia institucional*” o los “*deberes especiales*” de quienes acceden a la función pública y la pertenencia a dicho *status* de los deberes positivos, más allá de los clásicos deberes negativos, que surge del “*del párrafo inteligente de Soler en el mensaje del proyecto de 1960 -art. 326 inc. d-*” . Entiende que Soler no se quiso referir a que se tratase “*sólo de un tipo de simple omisión, sino que su alusión a la comisión por omisión en realidad mentaba lo que hoy Jakobs denomina competencia por institución*”, realizando un prolijo análisis de la exposición del ex profesor de Bonn en el Seminario de la Universidad Pompeu Fabra.

La profunda fundamentación filosófica de tal categoría de obligaciones efectuada por Jorge García daría tema para un Seminario, pero nos limitaremos a parafrasear al maestro Ernesto Garzón Valdés, quien en su obra *Calamidades*⁷¹ enseña que “*los cargos oficiales imponen a quienes los detentan una serie de deberes. Este tipo de deberes específicos suelen ser llamados institucionales*”.

Claus Roxin⁷² sostuvo que “*todo el mundo siempre está obligado por razones tributarias, a develar su patrimonio al Estado*”, sin que se produzca una injerencia intolerable en la esfera de la personalidad. Si

⁷¹ Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 203.

⁷² Claus ROXIN, “¿Tiene futuro el derecho penal?”, en *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pág. 343.

ello es así, pensamos que tampoco pueden resultar vulnerados los principios fundamentales receptados en la Constitución Nacional y los pactos internacionales con jerarquía constitucional cuando el sistema normativo argentino impone a un funcionario público el deber positivo de transparentar su patrimonio -cuya composición ha experimentado un incremento significativo durante su desempeño en el cargo o hasta dos años después de su cese, respecto de sus ingresos legítimos- y castiga la omisión de justificar que la causa de tal enriquecimiento ha sido ajena al ejercicio funcional.

Allá por 1950 Ayn Rand ⁷³ escribió algo que -lamentablemente- parece dirigido a los argentinos de nuestros tiempos: *“Cuando advierta que para producir necesita autorización de quienes no producen nada; cuando compruebe que el dinero fluye hacia quienes trafican no bienes, sino favores; cuando perciba que muchos se hacen ricos por el soborno y por influencias más que por el trabajo, y que las leyes no lo protegen contra ellos, sino, por el contrario son ellos los que están protegidos contra usted; cuando repare que la corrupción es recompensada y la honradez se convierte en un autosacrificio, entonces podrá afirmar, sin temor a equivocarse, que su sociedad está condenada”*.

⁷³ Ayn RAND, *La rebelión de Atlas*, http://es.wikipedia.org/wiki/Ayn_Rand.

ACTO DE INCORPORACIÓN DEL SR. ACADÉMICO
DE NÚMERO DR. JOSÉ I. CAFFERATA NORES

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, me ha encomendado la presentación del nuevo académico de número, doctor José Ignacio Cafferata Nores.

Esta presentación tiene gratas evocaciones. Hemos compartido, con el Dr. Cafferata, gran parte de nuestros cursos vitales, particularmente a partir del restablecimiento democrático en 1983, aunque antes ya nos había mostrado su solidaridad ante situaciones extremas que el país vivió. Pero desde 1983 hemos caminado juntos en las cátedras de nuestra facultad cordobesa, en el gobierno provincial, en las convenciones constituyentes, en los poderes públicos nacionales, participando y aportando en temas que pueden considerarse importantes, como la autonomía del ministerio público, la conveniencia del principio de oportunidad, la ampliación de la *probation*, la delegación de poderes jurisdiccionales penales a la Ciudad de Buenos Aires como entidad autónoma, entre tantos otros.

Habiendo de este modo prevenido a Uds. del involucramiento afectivo, que lo es sin mengua de la imparcialidad, debo señalar que los méritos del doctor Cafferata aparecen como demasiado vastos para una presentación como académico de número. Es que hace muchos años, décadas incluso, en el espíritu de esta corporación su nombre estaba *in pectore*, pero todos conocíamos sus respetables razones familiares que impedían concretarlo. Precisamente por esa vastedad, resulta necesario hacer una síntesis y fijar las grandes líneas de sus aportes a Córdoba, a su Universidad y a la ciencia del derecho.

El doctor Cafferata se inició en la Universidad de Córdoba, donde obtuvo su grado hacia 1970, y su título doctoral en 1975, y recorrió los

primeros tramos docentes y de investigación. Fue, en tal sentido, becario con tareas de aprendizaje, en el viejo Instituto de Derecho Procesal, al que concurría, diaria e infaliblemente, Alfredo Vélez Mariconde. De allí comienza su camino en el derecho procesal penal, y de esa manera, es parte de la Escuela de Derecho Procesal Penal cordobesa, que generara y orientara ese maestro.

Y valga aquí una precisión. Cuando hablamos de “escuelas” en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba aludimos, fundamentalmente, a la generación de un grupo creciente de docentes y egresados que se vinculan y profundizan sus estudios en una materia, llegando al punto de obtener reconocimiento como una base de desarrollo científico a nivel nacional e, incluso, internacional.

Generalmente, ese grupo se forma a partir de alguna figura sobresaliente en la disciplina, con una producción científica integral. Es en ese sentido que hablamos de una escuela de derecho procesal penal cordobesa, generada, fundamentalmente, por Alfredo Vélez Mariconde, y luego integrada, o ampliada, por Jorge Clariá Olmedo. Lo mismo que ha ocurrido con nuestros académicos fallecidos Ricardo Núñez y Héctor Cámara. Cuando ese grupo creciente de especializados comienza a producir regularmente en la materia de que se trata, y su obra difundirse de modo claramente relacionado con su unidad universitaria de origen, allí hablamos de escuela, aunque luego cada miembro pueda variar los caminos de la ciencia procesal.

En la jerarquización de la escuela cordobesa influyó especialmente la alternativa que levantó Córdoba como propugnadora de una legislación procesal moderna, promediando los años 30 del siglo pasado, superadora del viejo y anacrónico Código de Obarrio y sus equivalentes provinciales. Esa posición tuvo una repercusión nacional, a partir del Código Procesal Penal cordobés de 1939. Para ello sus autores (Vélez y Soler) se valieron del modelo italiano, llamado mixto entre lo inquisitivo y lo acusatorio, en cuanto estructuraba una instrucción inquisitiva y un plenario relativamente acusatorio. La instancia única, propia del juicio oral, se complementaba con el recurso de casación.

El aporte de Córdoba no fue sólo superar una legislación anacrónica, aunque eso sólo ya fuera trascendente. El derecho procesal penal comenzó a tener coherencia en su relación con los principios constitucionales (defensa, juicio previo, etc.), y con modernos sistemas de libertad probatoria y de valoración de la prueba. Piénsese que a la época, y hasta

hace poco, la legislación nacional detenía al imputado, lo indagaba, y después de indagado... le informaba de lo que se le acusaba.

El éxito del nuevo sistema se debió también a que Córdoba pudo proporcionar una pléyade de jueces sabedores de derecho, que integraron los primeros tribunales orales, poniendo en marcha el nuevo código. Así, Angel H. Cabral, el propio Vélez Mariconde, Antonio de la Rúa, Juan Vexenat, Arturo Maldonado, entre otros.

Lo que no logró en sus comienzos el modelo cordobés fue penetrar en el Puerto, pues allí el escriturismo estaba asentado rígidamente. En cambio, se expandió en diversas provincias, comenzando por Mendoza.

En ese marco comienza Cafferata, hacia los años 70, a discurrir sobre el derecho procesal. En una primera etapa, recorriendo los transitados senderos del procesalismo cordobés, en el que se trabajaba en diversos temas procesales sin cuestionarse los sistemas o modelos legislativos.

Pero es a partir del proceso democrático, cuando comienza a desenvolverse en Argentina un cambio relativo de horizontes. Julio Maier, en Buenos Aires -aunque discípulo de Vélez- y Cafferata, en Córdoba, cuestionan el modelo mixto, considerando que en su parte inquisitiva violaba la esencia del juez independiente. Ello así, porque el juez instructor investigaba, buscaba la prueba de cargo, en suma tomaba una actitud parcial e inquisitiva, y luego debía resolver como juez imparcial. En rigor el juez instructor del Código de 1939, no resolvía el fondo, como el Código nacional, sino sobre la elevación a juicio. Pero se consideraba que esa instrucción ya dejaba acotados y heridos los derechos del imputado.

Ambos cordobeses integraron la comisión que el gobierno de Alfonsín propuso para la reforma de la legislación procesal penal nacional. La comisión propugnó un sistema definidamente acusatorio, con una investigación preliminar a cargo del ministerio público, y un plenario ante el tribunal de juicio en completo plano de igualdad de las partes.

Pero un sistema tal necesariamente debe completarse con la existencia de un Ministerio Público autónomo y jerárquicamente independiente. En el orden nacional el Ministerio Público dependía del Poder Ejecutivo, que le daba instrucciones. En la provincia, integraba la planta de funcionarios dependientes de un tribunal judicial. La jerarquización del Ministerio Público se logró en Córdoba en 1987, gestión en la cual tuvo activa participación Cafferata; y en el orden nacional en 1994, en la que logramos hacerlo incluir como poder autónomo en la Constitución Nacio-

nal. Naturalmente, resta aún una plena disponibilidad de la acción penal, el dilema es lograr un diseño para la selección de un funcionario que goce de total autonomía de los poderes del Estado, con el inmenso poder de acusar o no acusar, y que resulte de plena confiabilidad.

El nuevo sistema no pudo imponerse en el orden nacional, y con la llegada de un nuevo signo de gobierno se tomó el proyecto de Ricardo Levene (h), que seguía los lineamientos del viejo Código cordobés. Vale decir que la influencia de la escuela de Córdoba logró cambiar la anacrónica legislación nacional, pero paradójicamente sobre la base de un modelo que la propia escuela estaba superando, bajo el influjo directo de Cafferata.

En cambio en Córdoba, con el decisivo protagonismo de nuestro presentado, el extraordinario esfuerzo tuvo éxito, y se pudo elaborar y sancionar el nuevo Código Procesal Penal, que atiende a los nuevos lineamientos acusatorios, implementado con un periodo de transición en el que aportó sus valiosos esfuerzos Aída Tarditti y se ha consolidado con el notable comentario que publicaron, y por su difusión a muchas provincias.

Cafferata también innovó en el marco del desarrollo de los derechos humanos, procurando, especialmente a partir de la Constitución de 1994, que se reconociera su vigencia en nuestro país. En tal sentido, su posición frente a la libertad en el proceso, la participación de la víctima, el derecho al recurso, el jurado popular, etc., son temas que desarrolló con solvencia. Siendo un hombre que se mueve con soltura entre los recovecos y muelles del Puerto, toma su posición seleccionando los aportes que suelen surgir de aquella vorágine de novedades, sin caer en los excesos de un ultragarantismo en boga.

En una clara vocación de servicio, ha sido durante décadas un docente dedicado y un generoso impulsor de jóvenes generaciones. Esa dedicación docente y esa generosidad científica han determinado una vasta y calificada producción de autores cordobeses, que hoy lo acompañan en este recinto como muestra de su afecto y su reconocimiento.

Su clara vocación de servicio, lo llevó también al ámbito de la política. La política con mayúsculas, como ministro de gobierno, como parlamentario provincial, como ministro de Acción Social y como diputado nacional. Sus logros, a más de la profunda reforma judicial y del nuevo Código Procesal, apuntan a políticas sociales concertadas, como ministro de Acción Social, que excluían radicalmente el clientelismo político. Como diputado nacional, su proyecto de bases para la unificación penal, coparticipación, y sus aportes al nuevo título de delitos sexuales son descollantes.

Esta claro que cuando se eligen académicos se escoge a personas sabias que, además, son buenas personas. Es en este aspecto, también, en el que Cafferata sobresale significativamente. Como dije al comienzo, hemos compartido muchas vicisitudes, y de allí que pueda decir, como su mayor elogio, que ante el éxito -a veces extraordinario-, la discusión académica, el fervor político, incluso la vil persecución personal, siempre Cafferata es la misma persona. Como digno hijo de su padre, también académico, nadie puede tener dudas de la forma en que va a actuar, y de los principios que va a respetar. Y esto, en los tiempos actuales, tanto en la Córdoba de las jaculatorias como en el orden nacional, no son atributos que puedan predicarse con certeza de muchas personas.

Sea, pues, Dr. Cafferata, bienvenido a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba para ocupar el lugar que por sus méritos y calidades le corresponde.

PRISIÓN PREVENTIVA: ESTADO ACTUAL DE SU RECURRENTE PROBLEMÁTICA ¹

por JOSÉ I. CAFFERATA NORES

Sumario: I. Introducción. II. Las razones del “abolicionismo”. III. La concepción procesalista como punto de partida del “reduccionismo”. IV. La consecuente limitación temporal. V. “Peligro procesal” y pronóstico punitivo. VI. El “quid” de la cuestión: predicciones de comportamiento procesalmente peligroso. VII. Presupuesto probatorio. VIII. Recursos. IX. Cumplimiento. X. Indemnización. XI. La exigencia de cierta uniformidad. XII. La concepción sustantivista y su pervivencia. XIII. El “expansionismo”. XIV. A modo de conclusión.

I. Introducción ²

Estas líneas tienen como objetivo intentar brindar un breve panorama del estado actual de la tan antigua como vigente (casi “omnipresente”) discusión sobre el encarcelamiento del imputado en el curso de un proceso penal entablado en su contra, *antes* de que se dicte una sentencia de condena; o sea, la cuestión de la restricción de su libertad mientras

¹ Texto elaborado en base a la disertación pronunciada el 12 de mayo de 2009 al ser incorporado como académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Me ha parecido necesario aclarar, como primera nota al pie de página, que el desarrollo del artículo debe entenderse inserto especialmente en el contexto de lo que se dice en los apartados III al VI, especialmente en cuanto se sostiene que la privación de libertad durante el proceso es un excepcional “pésimo imprescindible” (y las hipótesis de esta “imprescindibilidad”) que uno de sus problemas centrales, es el de su limitación temporal, *condicionante esencial* de su imposición.

tiene a su favor la presunción constitucional de inocencia ³ (art. 18 C.N. implícitamente; art. 11, 1 Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 8º, 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 75 inc. 22 C.N.).

Si bien todas las posiciones que *ahora* pueden identificarse poco tienen de nuevo respecto de las que han acompañado históricamente las cíclicas controversias sobre el punto, nos ha parecido de utilidad procurar un *superficial esbozo* sobre aquéllas (sin que ello implique que tomemos posición en todos los casos), ensayando una clasificación que puede ser acusada hasta de arbitraria, pero que entendemos puede facilitar la comprensión del tema abordado.

Con esta advertencia podríamos decir en grandes trazos que hoy, a las tradicionales -y opuestas- posiciones “*sustantivistas*” y “*procesalistas*” sobre la naturaleza y fines del encarcelamiento procesal, se suman otras que si bien no difieren esencialmente con ellas, las *matizan* en mayor o menor medida. Así es que se escucha hablar, por un

³ Usaremos indistintamente y como sinónimos las allocuciones “presunción de inocencia” o “principio de inocencia”. Pero nuestro argumento sobre la *ineludible* influencia de ella en esta materia -que, por cierto, *mantenemos*- no es ciego a la existencia en estos tiempos de un progresivo (mejor dicho, “regresivo”) cuestionamiento de la presunción de inocencia, quizás oscilante en el área de la especulación teórica, pero férreamente persistente en el campo legislativo y judicial, cuyas prácticas -que además alimentan a la opinión pública y se retroalimentan con ella- muestran un generalizado desprecio hacia aquella presunción constitucional. Este desprecio suele intentar justificarse -por lo general (porque a veces es más atrevido) en conversaciones informales- con el argumento de que, por definición, la presunción es algo que sólo por imperio de la ley debe considerarse como verdadero, aunque no lo sea -y de hecho puede no serlo, pues es posible probar lo contrario-, posibilidad que relativiza lo que su literalidad proclama. Dicho de otro modo -avanza el argumento-, la presunción (como su significado gramatical lo indica) es una verdad impuesta por la ley, es decir, algo que debe *tenerse* como verdadero, aunque no lo sea, algo que puede ser sólo una ficción legal (lo que quedará demostrado -y así ocurre todos los días- si se *prueba lo contrario*). Aquel desprecio “hace alharaca” con este costado “ficcional” de la presunción de inocencia, para intentar así soslayar la conceptualmente *inexpugnable* prohibición constitucional de *punir sin juicio previo* (art. 18 C.N.), que no es una presunción rebatible sino una *decisión política* indiscutible de máximo nivel jurídico, prohibición que se impuso esencialmente para evitar el peligro del castigo erróneo o arbitrario (tanto en lo jurídico -constitucional, penal y procesal- como en lo fáctico) antes de la sentencia de condena dictada en un proceso regular y legal.

lado, de posiciones “*expansionistas*”; y en el otro extremo, de posiciones “*reduccionistas*” y hasta “*abolicionistas*”.

En verdad, lo más aprovechable de la discusión actual pasa por el bagaje argumental de estas dos últimas, al que le prestaremos atención, partiendo de las posiciones clásicas y dejando también un espacio para identificar ciertas manifestaciones del “expansionismo”. Y si bien es cierto que ninguna de todas las expresiones precedentemente mencionadas tiene un desarrollo conceptual estable -lo que determina que los límites entre unas y otras sean a veces difíciles de precisar con nitidez- su incidencia en las prácticas judiciales justifica, nos parece, ocuparnos de todas ellas.

Simplificando a modo de introducción el contenido de las aludidas concepciones, podríamos decir que por “sustantivistas” se entienden las posiciones que adjudican al encarcelamiento procesal, de modo expreso o implícito, la función de una pena (o medida de seguridad) anticipada a la condena. El “expansionismo” va más allá y procura justificar al encarcelamiento procesal invocando razones “metasustanciales” (v.gr. la preservación del orden público; herramienta del llamado “derecho penal del enemigo”). Por “procesalistas” se conocen las opiniones que lo justifican solo como un medio extraordinario de evitar que el imputado, abusando de su libertad, intente obstaculizar los tradicionales fines del proceso, fugando o entorpeciendo la investigación. Un “procesalismo” más estricto (diríase que “progresista”) exhiben los “reduccionistas”, que procuran restringir al máximo no sólo la duración del encierro sino también los supuestos en que deben considerarse presentes aquellos peligros de fuga o entorpecimiento. El “abolicionismo”, por último, no admite el encarcelamiento procesal, por ninguna razón ni plazo (por exiguo que éste pudiera ser), si bien casi todos sus adherentes terminan en posiciones más bien “minimalistas”.

Para mayor claridad destacamos que la referencia que hagamos en este trabajo a “encarcelamiento procesal” comprende cualquier forma de privación de libertad impuesta antes de la sentencia, como v.gr., aprehensión en flagrancia; detención; prisión preventiva, aun cuando las referencias a la doctrina y a la jurisprudencia nos lleven a utilizar más este último término.

Y a esta altura de la exposición resulta conveniente destacar que la fuerza con que se expresa todo este permanente y oscilante movimiento conceptual, se encuentra íntimamente relacionado con la exagerada duración de los procesos penales: si la sentencia definitiva llegara en pocos meses, la *intensidad* del debate sería mucho menor.

II. Las razones del “abolicionismo”

La controversia que se insinúa con más fuerza en estos momentos, versa sobre si la prisión preventiva, por entenderse absolutamente incompatible con la presunción de inocencia, es *esencialmente inconstitucional*, en cuyo caso debería ser “*abolida*”.

O sí, en cambio, su posible inconstitucionalidad ⁴ *deriva de diferentes abusos* en su reglamentación procesal o en su práctica jurisprudencial, *por un lado* relacionados -expresa o implícitamente- con su “desnaturalización punitiva” llevada cabo por diferentes caminos y con distintos alcances (y “expansiones”) vulnerantes todos del principio de inocencia por su prescindencia del único justificativo -el “peligro procesal”- que se invoca para autorizarla frente a aquel principio; o relacionados, *por otro lado*, con una excesiva permisividad para la aplicación concreta del encarcelamiento procesal, o con una “extensiva” y errónea identificación de las situaciones fácticas que se admitan como generadoras de dichos riesgos, o con su injustificada extensión temporal ⁵. En este ámbito se movería el “*reduccionismo*”.

⁴ El XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007) concluyó en que “El encarcelamiento preventivo no resulta inconstitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) cuando se respetan los requisitos de fundamentación y motivación suficiente y, además, se atiende a su carácter cautelar, excepcional y reducido en su duración, estrictamente sujeto a plazos razonables”.

⁵ Relacionado también con el aspecto constitucional, M. Susana Frascaroli agrega una interesante pregunta: “¿Es inconstitucional que algunos códigos procesales, por ejemplo el de Córdoba, Mendoza o el Chaco, faculden al Ministerio Público Fiscal a dictar la prisión preventiva del imputado?”. Responde advirtiendo que sobre este punto poco se ha debatido hasta el momento. No obstante proporciona algunos datos interesantes para ese debate. Así señala “a) Por un lado encontramos a un sector de la doctrina que opina que cualquier norma procesal que faculte al M.P. Fiscal a dictar la detención o la prisión preventiva del imputado es inconstitucional, pues ella se contrapone con el art. 18 de la C.N., el cual establece que sólo se puede arrestar en virtud de orden escrita de autoridad competente. Y como consideran que durante la investigación penal preparatoria la “autoridad competente” es el juez y no el fiscal de instrucción, la prisión preventiva dispuesta por este último es inaceptable. b) Sin embargo, hay otro sector que considera que la “autoridad competente” a la que alude el artículo 18 de la C.N. sólo puede ser la “autoridad judicial competente”, y que dicha calidad judicial la reúnen tanto los órganos jurisdiccionales como los integrantes del M.P. Fiscal, siempre que éstos, cono ocurre en

Pero antes de avanzar parece útil procurar una nueva vuelta de tuerca, para una mejor identificación de los argumentos esgrimidos. Para un abolicionismo propiamente dicho, “integral” o “puro”, la objeción constitucional relativa a la violación del principio de inocencia debería fulminar inevitablemente *cualquier* privación de la libertad antes de la condena, por más fugaz que esta sea. En cambio si la crítica enfoca *sólo* a la prisión preventiva *propiamente dicha*, o sea aquella definida como un “estado” de privación de libertad durante el proceso, habremos entrado en el campo del “reduccionismo” o en el “minimalismo”.

a. Es que, sustancialmente, la posición “abolicionista” se funda en el principio constitucional de inocencia ⁶. Sus sostenedores invocan primordialmente a muy autorizada doctrina ⁷, que -tras descalificar la prisión preventiva con serios argumentos- sin embargo acepta “*la detención (del imputado) por el tiempo estrictamente necesario- horas o al máximo días, pero no años- para interrogarlo...*”. Esta frase esteriliza el aludido argumento de autoridad (el preferido del abolicionismo autóctono), pues su lectura evidencia que no postula que *cualquier* restricción a la libertad de una persona por necesidades del proceso en curso contra ella, previa a una sentencia de condena, sea inconstitucional por ser con-

Córdoba, formen parte del Poder Judicial”. Hace honor a la verdad cuando concluye que en Córdoba “el proyecto original del C.P.P. elaborado por el Poder Ejecutivo, expresamente establecía que el fiscal no podía ordenar la prisión preventiva del imputado, sino que debía requerirla en forma motivada al juez de instrucción. Sin embargo, luego del debate legislativo, el código fue sancionado suprimiéndose esta disposición y habilitando directamente al fiscal de instrucción a disponer el encarcelamiento procesal” (relato presentado en la Subcomisión: “Prisión preventiva y condiciones de detención”, de la Comisión Procesal Penal, del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal).

⁶ Confr. por todos Mariano ALBOR, “Un proceso penal para la libertad”, en *Ponencias al VI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, México, 1991, pág. 181 y ss. Entre nosotros, el autor más decididamente “abolicionista” es Gustavo I. VITALE, según se expresa en su valioso libro *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007. Sin embargo, una atenta lectura de su texto nos hace entrever (quizás injustificadamente) lo que sería su “estrategia encubierta”: instalar con fuerza la discusión sobre el abolicionismo, para extraer de esa discusión nuevos “insumos argumentales” para la profundización del “reduccionismo”.

⁷ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 557.

traría al principio de inocencia: sólo critica su *imposición innecesaria* o su *duración excesiva* (sería, más bien una posición “minimalista”) para el logro de un propósito -interrogarlo- propósito cuya profundización quizás daría lugar a otra discusión.

Es que, como anticipamos, para un abolicionista “puro” coherente, cualquier privación de libertad previa a la sentencia debería ser inconstitucional, tanto si dura años, como si sólo dura unas horas o días (incluso hasta la aprehensión en flagrancia lo sería) pues el derecho a la libertad habrá sido afectado sin condena previa, por más que lo haya sido fugazmente. De allí que la discusión podría versar -como mucho- sobre *la menor o mayor dimensión* de la violación del principio de inocencia, pero siempre estaría presente la tacha de inconstitucionalidad.

Sin embargo, debe aceptarse que el abolicionismo no logra esterilizar el argumento de que el art. 18 de la C.N., al establecer el poder de “arresto”, proporciona justificación constitucional al encarcelamiento anterior a la condena⁸, argumento que hoy se refuerza con las disposiciones de las convenciones internacionales incorporadas a nuestra Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75, inc. 22 C.N.), que si bien indudablemente tienden a condicionarlo y limitarlo, están -implícitamente- tolerándolo institucionalmente (art. 9º Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 7º Convención Americana sobre Derechos Humanos), lo que no ocurre frente a otros supuestos (v.gr., se prohíben las penas degradantes, art. 5.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En este mismo sentido podemos ubicar a la opinión de nuestra C.S.J.N. en su actual composición, cuando exhorta “*a los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcela-*

⁸ V.gr. C.S.J.N. en 1905; 102, 219. Puede citarse al efecto la reflexión de Alfredo VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1982, t II, pág. 484 sobre que “*la misma Constitución (art. 61) autoriza la aprehensión de un legislador siempre que sea ‘sorprendido en la ejecución del algún crimen que merezca pena... aflictiva’ de suerte que si esto se dispone con respecto a personas privilegiadas, no parece lógico interpretar el art. 18 de modo que la simple aprehensión resulte excluida con relación a quienes no lo son*”.

ción a los estándares mínimos internacionales”⁹; tal recomendación no sería siquiera imaginable si la Corte entendiera que el encarcelamiento procesal es siempre inconstitucional¹⁰.

Los abolicionistas puros ni siquiera encontrarán apoyo en doctrinarios conocidos por su enfática posición de defensa del principio de inocencia, quienes se ven obligados a aceptar que esta regla “*no significa que no pueda aplicarse ninguna medida de coerción sobre el imputado para garantizar la realización de los fines del proceso*”¹¹.

b. Para los “reduccionistas”, entonces, la alerta de inconstitucionalidad se desplaza hacia otros ángulos (anticipados en el N° I). Esto es lo que intentaremos mostrar a continuación, prefiriendo focalizar prioritariamente nuestras reflexiones sobre posiciones jurisprudenciales (y la doctrina que más frecuentemente las inspira), pues son éstas las que inciden también concretamente en la realidad, sobre todo cuando la interpretación jurídica que reflejan resulta acompañada por una decisión coherentemente acorde con ella¹².

⁹ C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio s/ Habeas corpus”, 3/5/05. Uno de los jueces firmantes de “Verbitsky”, Eugenio Raúl ZAFFARONI, en su Introducción al libro *Encarcelamiento de presuntos inocentes* (Buenos Aires, Hammurabi, 2007) de Gustavo I. VITALE, admite que “*la Constitución no deslegitima cierta privación de libertad previa a la condena*”, postulando luego que entiende “*bienvenidos todos los esfuerzos que permitan una reducción de la prisión preventiva a su mínima expresión*”.

¹⁰ La C.S.J.N. no retacea, últimamente, declaraciones de inconstitucionalidad. Confr. por ejemplo “Quiroga”, 23/12/2004, que así descalifica al procedimiento previsto por el art. 348, segundo párrafo, del C.P.P. Nacional.

¹¹ Por ejemplo, Alberto BOVINO, “Aporías”, en su destacable ponencia general al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, noviembre de 2007. En igual sentido Gustavo I. VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes...* cit., señala que “*el arresto sólo permite restringir la libertad a un sometido a proceso penal durante un tiempo brevísimo (no más de unos pocos días) y en forma distinta al encierro carcelario, para asegurar la realización de algún acto indispensable para la continuación del proceso, pero en ningún caso justifica o legitima la prisión durante todo o gran parte de él*”.

¹² Quizás en este aspecto sea interesante destacar el hecho de que a veces aparecen algunas resoluciones judiciales sobre el tema, que si bien “se escriben por izquierda” -discurriendo progresivamente en términos teóricos insertos en sus “considerandos” sobre el derecho a la libertad y defendiendo a todo trance el principio de inocencia-

III. La concepción procesalista como punto de partida del “reduccionismo”

El “reduccionismo” (en el que nos sentimos representados) parte de la concepción “procesalista”¹³, la que sostiene que el principio de inocencia que asiste a todo imputado, *impide* la afectación de cualquiera de sus derechos, incluso -y en especial- el de su libertad ambulatoria, *a título de pena o medida de seguridad anticipada*¹⁴ por el delito que se le atribuye, antes del dictado de una sentencia condenatoria que las imponga. Pero matiza a aquella concepción sometiéndola a fuertes exigencias.

a. Se sostiene que la privación de libertad durante el proceso se presenta como un “*mal* (un “pésimo”¹⁵, diríamos) *necesario* (imprescindible¹⁶ o insustituible serían mejores adjetivos)” que sólo encuentra *excepcional* legitimación (“la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”, manda el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3) como medida *cautelar* de los

terminan “resolviendo por derecha” el caso sometido a decisión, aún sin acudir a desvíos sustancialistas explícitos, pero disponiendo o manteniendo igualmente la prisión preventiva mediante la *sobrevaloración* de los posibles indicios de fuga o entorpecimiento, o acordándoles tal carácter a circunstancias que en realidad son “*neutras*” a estos efectos, o invocando algún otro artilugio argumental.

¹³ Antes hemos dicho que nos afianzamos en esta concepción “procesalista” del encarcelamiento preventivo, porque creemos que es el mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica crecientemente autoritaria, que lo concibe como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o, como mucho, en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito. Confr. José I. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000, págs. 197-204).

¹⁴ “*El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva, independientemente de los fines atribuidos a tal medida*” enfatiza Alberto BOVINO, Aporías, ponencia general al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, noviembre de 2007.

¹⁵ Según el Diccionario, “pésimo” significa “*sumamente malo, que no puede ser peor*”.

¹⁶ Según el Diccionario, “imprescindible” significa “*aquello de que no se puede prescindir*”.

principales fines del proceso, cuando sea *imprescindible* (máxima necesidad) -y por tanto no sustituible por ninguna otra de similar eficacia pero menos aflictiva-, para *neutralizar* el grave peligro (por lo serio y por lo probable) de que el imputado *abuse* de su libertad para intentar obstaculizar actos de investigación, impedir con su fuga la sustanciación completa del proceso (no hay entre nosotros juicio en rebeldía¹⁷), o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer en la sentencia de condena¹⁸.

Esta conclusión que sólo era una interpretación (correcta) de la Constitución Nacional *antes* de la incorporación a ella -y a su mismo nivel- de

¹⁷ Hay quien ingeniosamente señala que siendo la prohibición del juicio en rebeldía una garantía para el imputado, con este justificativo se estaría autorizando su prisión preventiva para “garantizarlo mejor”: para evitar esta “paradoja”, se comienza a insinuar la posibilidad de admitir el juicio en rebeldía, “remedio” que -a primera vista- no nos parece “mejor que la enfermedad”. Bien visto el asunto se advierte que, en el fondo, la invocación a la necesidad de asegurar la presencia del imputado al juicio, lo que procura es garantizar la posibilidad de una efectiva sujeción de éste a la pena que eventualmente se le pueda imponer, pena que la legislación vigente solo autoriza si aquél se encuentra “de cuerpo presente” en el juicio previo a su imposición.

¹⁸ Se ha cuestionado que el peligro de fuga es hoy una cuestión fácilmente controlable, por los medios técnicos de seguimiento e identificación existentes, por lo que encarcelar al imputado para evitar su fuga, sería un exceso, “pues la rebeldía prolongada, en esta sociedad, es cada vez más dificultosa” (Eugenio Raúl Zaffaroni, en su Introducción al libro de Gustavo I. VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, cit.) pues si se fugara sería seguramente recapturado. Esta posición deja planteado el problema sobre qué hacer con el imputado después de su “recaptura”. Si para tal supuesto se entiende que la prisión preventiva sería de legítima imposición, como ella no puede considerarse una sanción por la fuga, sólo podrá decirse que la fuga consumada originariamente hace presumible que se fugue nuevamente si es liberado. La cuestión sale así del terreno de la legitimidad del encarcelamiento procesal por riesgo de fuga y se desplaza hacia el campo de la entidad de la prueba sobre la fuga posible, o sea de la seriedad del antecedente en que se funda el pronóstico de fuga. También hay quien sostiene que el riesgo de rebeldía es consecuencia de la amenaza que significa para el imputado la posibilidad de prisión preventiva, de modo que si ésta no se encontrara autorizada por la ley procesal, aquél riesgo no existiría (Gustavo I. VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, cit., pág. 107). Pero esta opinión está presuponiendo que el imputado siempre se presentará al juicio pues le resultará indiferente cualquier pena (aun la más severa) que allí se le pueda imponer, lo que no parece acorde con la realidad judicial en la *generalización* que predica, como así tampoco lo sería una generalización en sentido contrario. Es que no puede afirmarse, en abstracto, ni que todos los imputados preferirán ponerse en rebeldía para evitar el riesgo de una pena grave, ni que todos los imputados se someterán al juicio afrontando el riesgo de sufrir una pena grave.

la normativa supranacional sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, C.N.), hoy es un texto constitucional expreso: el encarcelamiento durante el proceso sólo tiende a asegurar “*la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”, reza el art. 9.3, PIDCP.

b. Es por virtud de los aludidos criterios de *excepcionalidad* y *extrema necesidad*, que la privación de libertad no debe ser ordenada durante el proceso (o debe cesar) cuando sus fines principales puedan garantizarse mediante la imposición individual o combinada de medidas de coerción menos intensas: son las llamadas medidas *sustitutivas* o medidas *alternativas*¹⁹ (que en los supuestos de imputaciones de cierta envergadura, hasta hace muy poco eran -y hoy lo siguen siendo en buena medida- más un “elegante ademán” de las leyes, que una práctica judicial generalizada o sobresaliente).

Hoy se postulan como tales el *arresto domiciliario*, en el domicilio propio o el de otra persona o institución (medida que hasta ahora ha merecido débil desarrollo legislativo y jurisprudencial, aun en la reciente ley 26.472); el sometimiento del imputado al *cuidado o vigilancia* de una persona o institución, incluso educadora o terapéutica; la *vigilancia* mediante *sistemas electrónicos* o computarizados (las conocidas “pulsaras”²⁰) que permitan su localización y verificar el cumplimiento de las limitaciones judicialmente impuestas a su libre locomoción; la obligación de *presentarse periódicamente* ante alguna autoridad (judicial, policial o alguna otra) para verificar su sujeción continua al proceso; la *prohibición de salir* de un ámbito territorial determinado (país, zona, región, provincia, ciudad, población, etcétera) para facilitar su pronta ubicación

¹⁹ El art. 148 del *Anteproyecto de CPP para la Nación* elaborado por la “Comisión Asesora para la reforma de la Legislación Procesal Penal (decreto 115/ 2007 del PEN), que funcionó en el ámbito del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación, hace una ampliación con un manifiesto propósito “reduccionista” de las que hoy en día admiten la generalidad de los C.P.P. argentinos.

²⁰ Que requieren un prudente análisis judicial sobre la procedencia de la atenuación y una estricta vigilancia y un serio monitoreo de la autoridad de control que impida la fuga o entorpecimientos investigativos, o la violación de cualquier otra obligación impuesta al imputado al concederle esta forma aligerada de coerción personal.

cuando el trámite del proceso lo exija (y siempre que la mera fijación de un domicilio no sea suficiente a tal fin); y la *prohibición de concurrir* a determinadas reuniones o lugares (lo que implica la de comunicarse o frecuentarse con ciertas personas), para evitar obstáculos a la investigación que puede ocasionar su presencia en ciertos espacios físicos (v.gr. actitudes amenazantes a testigos; presiones o venganzas sobre sus acusadores, etc.).

Cabe hacer aquí una referencia especial a la más antigua de las medidas sustitutivas, pues está siendo la herramienta a la que acude (con renovados fundamentos) crecientemente el “reduccionismo” judicial más reciente: la prestación *de una fianza*, que por lo general se exige que sea de naturaleza pecuniaria. Esta es la *caución real* (“fianza carcelera” o de “cárcel segura” se la llamaba en el derecho antiguo) consistente en exigir, como contrapartida de la libertad, la constitución de un depósito en dinero o de otras limitaciones a derechos patrimoniales (embargo; hipoteca) en garantía del sometimiento del imputado al proceso y a la eventual condena (pues en caso contrario perderá su importe). Se ha dicho al respecto que ella no podrá *ser ni exorbitante* de modo que torne ilusorio el derecho de un imputado sin dinero a acceder a la libertad, *ni irrisoria* frente a un imputado con suficiente poder adquisitivo, de modo que permita presumir que a éste no le será indiferente perderla, y que, por lo tanto, aunque más no sea por ello, evitará llevar a cabo acciones que puedan dificultar o impedir la consecución de los fines del proceso²¹.

c. En atención a los mismos criterios se debe poner énfasis en la interpretación y aplicación *restrictiva* de las normas que regulan el encarcela-

²¹ Cámara de Acusación de Córdoba, “Bustamante”, Auto N° 134, 7/8/2007. Como novedad en materia de caución puede destacarse la “... ‘caución institucional’ que se relaciona con la caución personal desde el momento en que es un tercero -en este caso una persona jurídica a la que el encausado le debe sujeción- quien se compromete en lugar del imputado...” a quien deberá controlar, “hacer cumplir las condiciones que se le impongan y asegurar su presencia en el juicio como así también en cada oportunidad en que sea requerido por la autoridad judicial” (CNCrim. y Corr. Cap. Fed., Sala I, 30/5/08). Se ha dicho antes (sin pensar en este supuesto) en materia de fianza personal, que el *principal* deber del fiador es procurar que el imputado cumpla con sus obligaciones (José I. CAFFERATA NORES y otros, *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pág. 211, con cita de MANZINI, *Derecho procesal penal*, t. III, pág. 682).

miento durante el proceso, como así también en el, a veces, olvidado nivel constitucional expreso del carácter *irretroactivo* de éstas, pues aquél sólo se autoriza por las causas y en los casos fijados *de antemano* por leyes preexistentes (art. 7.2 CADH; art. 9.1 PIDCP; art. 75 inc. 22 C.N.).

d. Como los riesgos procesales pueden legitimar la prisión preventiva sólo cuando son de probable acaecimiento, toda situación de *duda* respecto de la concurrencia de los presupuestos de aplicación de la coerción debe llevar a su *no imposición* ²².

e. A través de lo hasta aquí expuesto hemos podido comenzar a delinear (como lo señalamos al comienzo), cuál es el punto de partida de las posiciones “reduccionistas”.

IV. La consecuente limitación temporal

La concepción procesalista, a lo largo del tiempo, fue planteando (si bien progresivamente) la cuestión de la *duración* del encarcelamiento procesal como un punto central a la hora de discutir acerca de su legitimidad constitucional: es que la autorización del encarcelamiento procesal y su limitación temporal son *dos caras de la misma moneda*: la primera implica la segunda, no se concibe sin ella; la autorización se corresponde (¿se espeja?) con la limitación.

Si como hemos dicho precedentemente por imperio del principio de inocencia el encarcelamiento preventivo *no podrá ordenarse* sino cuando sea estrictamente indispensable para asegurar que el proceso se pueda desenvolver sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no se vea privada de considerar ninguna prueba (ni sufra el falseamiento de alguna) por obra del imputado, y que se cumpla efectivamente la pena que ella imponga, por la misma razón (el principio de inocencia) *tampoco podrá prolongarse* más allá del tiempo *estrictamente*

²² Marcelo A. SOLIMINE, “Principios generales de las medidas de coerción. Enunciación universal y aplicación en los códigos nacional y bonaerense”, L.L. 1998-E-1214.

indispensable para que el proceso se desarrolle y concluya con una sentencia definitiva, con efectivo resguardo de aquellos objetivos, mediante una *actividad diligente y fecunda* de los órganos judiciales especialmente estimulada por la situación de privación de libertad (de un inocente), y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término bajo la invocación de cualquier clase de *inconvenientes prácticos* (todos los imaginables deben estar comprendidos en un término límite), ni mucho menos invocando argumentos que enmascaren, escondan o pretendan justificar la falta de responsabilidad, la comodidad o la displicencia de los funcionarios responsables.

Por estas razones no sólo *la imposición* de la privación de libertad cuando no sea imprescindible como medio de cautela de los fines del proceso, sino también su *prolongación* más allá del tiempo imprescindible para tramitar *diligentemente* y concluir ese proceso con el efectivo resguardo de aquéllos, *desnaturalizarán* totalmente aquella medida de coerción, transformándola en una verdadera pena anticipada, al quitarle la única razón que se esgrime para legitimarla frente al principio de inocencia: su máxima necesidad (“imprescindibilidad” por “insustituibilidad”) como tutela procesal²³.

a. Hoy la duración razonable de la prisión preventiva (limitación que ya se encuentra en el “*act de habeas corpus*” del derecho anglosajón de 1679) es una garantía de nivel constitucional (art. 7.5 de la CADH; art. 75 nc. 22 C.N.)²⁴. Sin embargo, debe destacarse que la adquisición

²³ Confr. José I. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000, págs. 197-204.

²⁴ La concepción procesalista de la prisión preventiva fue acompañada con la idea -al comienzo, difusa- de fijarle un límite concreto a su duración, la que fue evolucionando según diversos criterios, la mayoría de ellos de carácter “proporcional”. Pero a partir de la incorporación a nuestro derecho positivo de pactos internacionales, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su posterior constitucionalización en 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.) la limitación temporal de la prisión preventiva se independizó de su equivalencia con otros términos que imponía la legislación procesal (el de la pena máxima prevista para el delito atribuido, o el de la pena concreta de posible aplicación, o la duración máxima del proceso), y acudió a la simple razonabilidad del tiempo transcurrido para dictar una sentencia definitiva: derecho a ser “juizado en un término razonable o ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (como reza el art. 7º, Nº

expresa de semejante jerarquía normativa no ha sido generalmente acompañada en los hechos (que es donde, en verdad, debe medirse el impacto de la garantía) por la jurisprudencia (aún la supranacional), ni por la legislación procesal. La primera sujeta el concepto de “irrazonabilidad” a tantos factores, que termina en definitiva dejando librado su reconocimiento al *puro arbitrio judicial*. Y las leyes procesales que tratan de limitar este arbitrio fijando lapsos máximos a su duración, no alcanzan el fin más “reduccionista” que por esta (preferible) vía persiguen, pues la duración que establecen de aquellos términos (sumada a las prórrogas que autorizan adicionar) sólo excluyen prolongaciones *manifiestamente desmedidas* del encarcelamiento procesal.

Por cierto que el *agotamiento* del término máximo legalmente autorizado deberá estar justificado por necesidades también “máximas”; interpretar que el límite temporal a la extensión del encarcelamiento procesal conlleva una autorización para agotarlo en todos los casos, aun en los que ello no sea imprescindible, sería como hacer jugar una garantía en contra de aquél a quien está destinado a proteger.

b. Debe señalarse, además, que no será posible extender la prisión preventiva más allá de los plazos máximos de duración previstos so pretexto de que el imputado “en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia”²⁵.

Es que siendo el peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga el argumento para imponer y mantener en el tiempo el encarcelamiento procesal, a cuya duración se le impone un término máximo, no puede volver a *reinvocarse* como argumento para prolongar la duración del encierro que aquel plazo quiere limitar. Si el peligro de burla a la acción de la justicia impide la libertad durante el plazo y la sigue impidiendo después de vencido el plazo, ¿para qué sirve el plazo? Debe señalarse además que la desaparición del riesgo de fuga o entorpecimiento ocurrida

5, de la Convención Americana). Sobre este tema, Natalia SERGI, “Límites temporales a la prisión preventiva”, en revista Nueva Doctrina Penal, 2001/A.

²⁵ Como equivocadamente lo hizo la C.S.J.N., en “Bramajo”, 12/9/96. El C.P.P. Cba. excluye expresamente esta posibilidad en el art. 283 inc. 4).

antes del agotamiento del término máximo permitido, deberá siempre determinar el inmediato cese de la prisión preventiva, al dejarla privada *de todo fundamento* y no sólo de su razonabilidad temporal, exigida por el estado jurídico de inocencia que el derecho le reconoce a quien está privado de su libertad sin haber sido condenado²⁶.

c. Inspirado en criterios “reduccionistas” es sumamente valiosa la imposición por obra de un órgano jurisdiccional de control de la investigación penal, de un *plazo tope* para que la autoridad judicial investigadora lleve a cabo las medidas de prueba cuya protección ésta pretende lograr mediante el encarcelamiento preventivo. Se ha dicho en este sentido que, en determinadas circunstancias, resulta imperativo para evitar desviaciones inconstitucionales en el empleo de esta medida cautelar, imponer al órgano investigador un término límite para que cumpla con la tarea de cumplimentar las pesquisas probatorias cuya cautela ha autorizado el encierro preventivo, de forma tal de asegurar que la prisión preventiva no se prolongue más tiempo del estrictamente necesario según una valoración racional (arts. 7.3, 7.5 CADH)²⁷.

d. Y constituye un novedoso aporte (quizás “copernicano”) del “reduccionismo” el establecer que el término de duración del encarcelamiento procesal sea fijado *ab initio* en el *momento de autorizarlo*, por un plazo exiguo (que podrá luego ser o no renovado con especial justificación en las circunstancias del caso concreto) y con posibilidad de intervención de la defensa del imputado previa a su dictado²⁸, lo que impone la realización una audiencia oral a tales fines²⁹.

²⁶La Corte I.D.H. ha señalado que “la prisión preventiva... no puede durar más allá... de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos” (Corte I.D.H., “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, 2/9/04).

²⁷Cámara de Acusación de Córdoba, “Romero” (A.I. N° 259 del 29/11/07).

²⁸Como lo hace el art. 152 del *Anteproyecto de CPP para la Nación* elaborado por la “Comisión Asesora para la reforma de la Legislación Procesal Penal (decreto 115/ 2007 del PEN), que funcionó en el ámbito del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación.

En este novedoso mecanismo los órganos judiciales deberán justificar, *ex ante*, la razonabilidad el lapso de privación de libertad “futura” que necesitan para asegurar los aludidos fines del proceso; hoy, en cambio, deben justificar *ex post la* “irrazonabilidad” del lapso de privación de libertad ya acaecida en el pasado. La diferencia no es menor: simplificándola será posible decir que en el primer caso, la irrazonabilidad **no ocurrirá** porque se previene; en el segundo caso, la irrazonabilidad **ya habrá ocurrido** cuando el encarcelamiento procesal se hace cesar.

Parece oportuno destacar aquí que antes hemos dicho -en el mismo rumbo- que “... *será necesario disponer que, según se vayan consumiendo tramos parciales del plazo máximo de la prisión preventiva, un tribunal de alzada controle (entre otros aspectos) si el ritmo y fecundidad de la actividad procesal desarrollada importan un aprovechamiento razonable de cada uno de aquellos tramos, según las particularidades del caso concreto. Y si así no hubiera ocurrido y se advirtieran injustificadas o injustificables soluciones de continuidad, pueda formular sugerencias, advertencias e, inclusive, adoptar (o requerir de quien corresponda) medidas de superintendencia para acelerar el trámite o sancionar la mora*” (José I. CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, cit., págs. 197-204).

²⁹Santiago Martínez propone que el encarcelamiento preventivo sólo pueda “imponerse legítimamente luego de que se haya realizado una **audiencia oral**, en la que haya existido inmediatez con el juzgador y que las partes hayan podido argumentar y contradecir los fundamentos de su adversario. Esto... también obliga al Ministerio Público Fiscal a probar de qué manera fehaciente se afectarán en el caso en concreto los fines del proceso penal con la libertad del imputado, pues contará con la defensa que contradecirá sus argumentos. De esta manera, se limitará el dictado indiscriminado de prisiones preventivas ya que el juez deberá resolver sólo en miras a las cuestiones debatidas. Por otro lado, el fiscal estará obligado a estimar por cuánto tiempo requerirá el encarcelamiento. Esto repercutirá indefectiblemente en la duración de la investigación penal preparatoria y evitará prisiones preventivas excesivas o indeterminadas” (“Prisión preventiva y audiencias preliminares. La ventaja de la oralidad en su dictado y control”, ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, noviembre de 2007). Puede verse también Maximiliano HAIRABEDIÁN y Milagros GORGAS, *Diez cuestiones de actualidad penal*, Córdoba, Mediterránea, 2008, pág. 99 y ss. En el derecho positivo vigente la cuestión ha tenido recepción (v.gr., la ley 13.449/06 de la Pcia. de Bs. As.).

V. “Peligro procesal” y pronóstico punitivo

Parece claro hasta aquí que el “reduccionismo” al que venimos aludiendo justifica la prisión preventiva sólo como una *medida extrema* destinada a neutralizar la llamada “peligrosidad procesal”, alocución seguramente imperfecta y que hoy aparece muchas veces teñida de un estigma sustantivista, pero que, en su génesis³⁰, fue útil como recurso gramatical para diferenciarla de la “peligrosidad criminal” que se invocaba frecuentemente como fundamento (inconstitucional) del encarcelamiento durante el proceso.

a. Se ha sostenido que por “*peligrosidad procesal, debe entenderse el riesgo que la libertad del imputado puede entrañar para los fines del proceso seguido en su contra. Esto es, su posible afectación de los objetivos de descubrimiento de la verdad real -interponiendo obstáculos para su logro- y de actuación de la ley penal sustantiva -impidiendo el normal desarrollo del juicio o el cumplimiento de la pena eventualmente impuesta, al sustraerse de la autoridad-. Se trata de la razón fundamental por la que puede ordenarse la prisión preventiva del sometido a un proceso por un delito respecto del cual, por expreso mandato constitucional, debe ser tenido por inocente hasta que se demuestre lo contrario*”³¹.

Es un avance “reduccionista” el control de oficio de la “peligrosidad procesal” por parte del tribunal de alzada que entiende en la apelación de una prisión preventiva, aunque no haya sido motivo de agravio expreso por el imputado recurrente³².

³⁰ Aunque hoy parezca una perogrullada, quiero recordar que la distinción entre “peligrosidad procesal” y “peligrosidad criminal” en algún momento (no muy lejano) permitió un fuerte avance de las posiciones “procesalistas” por sobre las sustantivistas”.

³¹ T.S.J.Cba., Sala Penal, “González”, Sent. N° 24, del 30/3/05.

³² A pesar de no haber sido motivo de agravio por el apelante, debe igualmente analizarse la peligrosidad procesal como requisito necesario y esencial de la prisión preventiva apelada (Cámara de Acusación de Córdoba, “Castillo”, 5/3/08).

b. Si bien es cierto que muchas leyes procesales consideran **que la gravedad de la pena que posiblemente se imponga**, puede ser un motivo valedero para considerar que el imputado preferirá fugar o entorpecer actos de investigación, antes que arriesgarse a soportar esa pena (por lo que en su articulado disponen, frente a esta hipótesis punitiva, la *imposición* del encarcelamiento procesal, o *niegan* la excarcelación), no es menos cierto que el “reduccionismo” advierte sobre que este razonable argumento **no puede convertirse en una presunción iuris et de iure de peligro procesal**³³: la simple posibilidad abstracta de la aplicación de una pena privativa de libertad grave (por su monto o por su modo de ejecución³⁴), no puede impedir por sí sola la libertad durante el proceso³⁵.

³³ Según el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, la ley consagra una presunción del legislador según la cual el peligro para los fines del proceso existe toda vez que la amenaza penal exceda de cierto límite. Pero por ser *iuris tantum*, dicha presunción admite prueba en contrario. Ello supone que puedan concurrir circunstancias específicas que enerven la sospecha en el caso concreto, como ocurre cuando se presentan *condiciones distintas del común denominador de las personas* imputadas por un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal. No resultan suficientes para neutralizar la presunción, que el imputado carezca de antecedentes penales, que tenga domicilio fijo, que disponga de trabajo, que muestre un fuerte arraigo en el seno de su comunidad, que no tenga pasaporte, ni medios económicos, que haya observado una comparecencia espontánea y actitud colaboradora con el proceso, o que pesen sobre él responsabilidades familiares no excepcionales -como lo es el ser padre de hijos de corta edad (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, “Nievas”, 4/8/2008, con cita de numerosos precedentes). También se ha dicho en este sentido que la vehemencia que cabe atribuir a un indicio relativo al peligro de fuga es directamente proporcional a la gravedad del delito imputado, sin perjuicio de que, obviamente, si tales indicios directamente *no existen*, o si únicamente existen *contraindicios* al respecto, ni la más grave imputación debería impedir la concesión de la libertad durante el proceso penal (Cámara de Acusación Cba., “Grazioli”, 6/2/07).

³⁴ En cuanto al modo de cumplimiento efectivo de la pena pronosticada en su fase de ejecución, la Cámara de Acusación de Córdoba (“Castillo”, 5/3/2008), ha dicho que “... el hecho de que el imputado tenga una reciente *condena anterior constituye justamente un indicio vehementemente de peligro concreto de fuga*, pues dicho antecedente, por imperio de la normativa vigente al respecto, tornará sin dudas más gravosa la ejecución de la pena que se imponga en caso de que se emita una sentencia de condena, la cual no sólo será de cumplimiento efectivo sino de mucho más estricto cumplimiento, atento a que, por lo pronto, el condenado no podrá gozar del beneficio de la libertad condicional (art. 14 C.P.), a más de otras restricciones derivadas de las normas de la ley 24.660, como por ejemplo la del art. 17.2 de esa ley, que impide el beneficio de las salidas transitorias

En este sentido se ha dicho que *“la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra (el imputado), sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado”*³⁶.

Más precisamente y sobre el C.P.P. nacional se ha sostenido que si se *“dispuso la prisión preventiva del imputado por estricta aplicación del art. 316 del C.P.P.N. con el único razonamiento de que la penalidad de los hechos por los que se dictó su procesamiento impiden que el nombrado transite el proceso en libertad”*, se *“ha efectuado una interpretación iuris et de iure de la disposición procesal y por ende inconstitucional”*³⁷; es que *“(…) no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales(…)”*³⁸.

Y sobre el C.P.P. Cba. se ha señalado que *“el imputado puede permanecer en libertad durante el proceso aunque... por el mínimo de la pena previsto en abstracto para el delito que se le imputa o por la gravedad del pronóstico punitivo que corresponda efectuar, no resulte prima facie procedente la condena de ejecución condicional (lo que según el tenor literal del art. 281 C.P.P. Cba. autoriza dictar la prisión preventiva, aclaramos por nuestra parte). Esta conclusión es for-*

si se tiene una condena pendiente. Entonces, frente a la gravedad *no tanto (o no sólo) del pronóstico punitivo, sino más bien del cumplimiento de la pena en su fase de ejecución*, es razonable inferir, en este caso, que existe el riesgo concreto de que el imputado prefiera eludir la acción de la justicia en lugar de comparecer debidamente a juicio...”.

³⁵ Confr. José I. CAFFERATA NORES - María Susana FRASCAROLI, “La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido, ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?”, J.A., 19/5/04, Fascículo N° 7.

³⁶ C.S.J.N., Fallos 320:2105.

³⁷ CNCrim. y Corr., Sala I, “Barbará”, 10/11/03, voto del juez Bruzzone.

³⁸ CNCrim. y Corr., Sala I, “Barbará”, 10/11/03, voto del juez Donna. Asimismo, Natalia SERGI, “Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia”, en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, AA.VV., Florencia G. Plazas y Luciano Hazan (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

*zosa si se quiere interpretar al art. 281 del C.P.P. de conformidad con lo establecido en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”*³⁹.

c. De todo lo expuesto se desprende que la presunción de elusión del accionar de la justicia que emana del grado de la amenaza penal abstracta que se cierne sobre el imputado o del pronóstico punitivo concreto que resulte para el caso en que fuera condenado por el delito que se le atribuye⁴⁰, es *iuris tantum* (otra herramienta gramatical que fue originalmente utilizada para atenuar el criterio restrictivo para disponer libertades en

³⁹ Cámara de Acusación de Córdoba, “Bustamante”, Auto N° 134 del 7/8/2007. Este tribunal ha agregado que “en la fundamentación de la prisión preventiva es necesario efectuar un análisis conjunto de los dos incisos del art. 281 del C.P.P., siendo dirimente en particular en análisis del inciso segundo. En casos como el presente debe determinarse, pues, en concreto, y más allá de la efectividad de la pena (inc. 1), si la libertad del imputado pone en peligro los fines del proceso (inc. 2), por peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. En este aspecto, puede advertirse que la elevada pena en abstracto (5 a 15 años de reclusión o prisión) fijada para el delito de robo calificado (art. 166, inc. 2, primer supuesto, C.P.) torna imposible la condena de ejecución condicional, pero ello sólo puede tomarse como un indicio abstracto de peligrosidad procesal. Pues dicha circunstancia, sin más, es insuficiente para llegar a tal conclusión, tal como lo tiene dicho este tribunal en los antecedentes citados (el monto de la escala penal no constituye *per se* un indicio vehemente de peligro de fuga). En virtud de ello, es necesario que existan otros indicios de los que pueda inferirse en concreto la peligrosidad procesal, a fin de determinar si se configura el mérito procesal requerido para el dictado de la prisión preventiva (Cámara de Acusación de Córdoba “Dávila”, del 3/3/08). Precizando más esta posición, el mismo tribunal ha sostenido que “en aquellos supuestos en los que la pena conminada en abstracto para el delito imputado es muy elevada, tal indicio, atento su especial fuerza probatoria, podrá fundar prácticamente por sí solo una inferencia a favor de la existencia de peligro de fuga en tanto al menos algún otro indicio específico del caso concreto lo complementa, por débil que resulte tal indicio adicional si se lo considera aisladamente” (Cámara de Acusación de Córdoba, “Irusta”, 1/7/08). En el caso, la imputación era de homicidio y el indicio del caso concreto, fue que el imputado no contaba con residencia ni un trabajo fijos.

⁴⁰ Ya REUS, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, advertía sobre la dificultad de “fijar el grado de penalidad en que pueda temerse la evasión del presunto culpable” (pág. 29). En realidad, es posible admitir que esta circunstancia generalmente compelerá a la fuga: pero de lo que se trata es de establecer si esa “compulsión” será tan enérgica que sólo podrá ser neutralizada con el encierro procesal, o si podrá ser neutralizada con alguna otra medida sustitutiva del encierro.

causas por delitos graves⁴¹) o sea que *es posible la prueba de lo contrario*. Por cierto que la carga de hacerlo no podrá serle *impuesta* al acusado como condición de su libertad (ni tampoco fijarse un procedimiento engorroso para su producción): siempre será *el órgano judicial quien deberá* fundamentar por qué esa presunción legal de elusión del accionar de la justicia es aplicable al caso⁴², lo que lo obliga a *descartar*, motivadamente, la existencia de la “prueba de lo contrario”.

d. En este sentido y para tener por justificada en un caso la “peligrosidad procesal”, se ha exigido que la denegatoria de libertad especifique *“cuáles son los actos ciertos, claros y concretos que... permitieron sospechar que el imputado habrá de eludir la acción de la justicia, más allá de la sola mención a la penalidad del delito atribuido”*⁴³, pues *“en el caso en que los jueces decidan privar provisionalmente de la libertad al imputado deberán indicar (en rigor, motivar, fundar) las razones objetivas que les permitan afirmar que aquél obstaculizará los fines del proceso”*⁴⁴. De tal suerte, *“si los magistrados que*

⁴¹ Esta herramienta es hoy conceptualmente criticada, con razón. Sólo podemos decir en su defensa que en más de una ocasión -pasada- sirvió para evitar encarcelamientos procesales innecesarios. Puede verse al respecto la ajustada elaboración de la Cámara de Acusación de Córdoba (“Irusta, Marcos Antonio”, 1/7/08).

⁴² Esta exigencia debe considerarse aplicable también a las leyes procesales, que en su virtud no podrán consagrar delitos inexcusables, ni consagrar presunciones *iure et de iure* en tal sentido (T.S.J. Cba., “Aguirre”, Sentencia N° 56, del 11/12/97). En el mismo sentido, CNCP, Sala IV, “Beraja”, 26/5/2005; CNCP, Sala I, “Chiaradia”, 22/4/05).

⁴³ CNCP, Sala III, “Machieraldo”, 22/12/2004. Pensamos que puede considerarse objetivamente incluida la aplicación de una pena de *extrema gravedad* (pena “descomunal”, vulgarizamos en un trabajo anterior) en la probable futura condena, siempre en el marco de las condiciones que expresamos en el N° VI. a. (i) y (ii). Pareciera expedirse en similar sintonía la Cámara de Acusación de Córdoba cuando dice que “en aquellos supuestos en los que la pena conminada en abstracto para el delito imputado es muy elevada, tal indicio, atento su especial fuerza probatoria, podrá fundar prácticamente por sí solo una inferencia a favor de la existencia de peligro de fuga en tanto al menos algún otro indicio específico del caso concreto lo complementa, por débil que resulte tal indicio adicional si se lo considera aisladamente” (“Irusta, Marcos Antonio”, 1/7/08).

⁴⁴ CNCP, Sala III, “Castells”, 11/8/2005, voto de la juez Ledesma. En Córdoba se ha dicho, para justificar el peligro procesal de fuga, que “... el hecho de que el imputado tenga una reciente condena anterior constituye justamente un indicio vehemente de peli-

*entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada”*⁴⁵.

e. Podría destacarse, además, como dato positivo de la influencia del “reduccionismo” en la actualidad, este paulatino *distanciamiento argumental* del principio de proporcionalidad (o sea, que la imposición del encarcelamiento procesal o su duración en el caso concreto, deben estar relacionadas -y nunca ser superiores- a la entidad de la pena de posible aplicación) como *justificación* o *límite* de la prisión preventiva⁴⁶, y su *creciente sustitución* por la exigencia de *demostración judicial* circunstanciada de riesgos concretos para el normal desarrollo del proceso. Este fenómeno puede reducir en mucho el peligro de la desnaturalización punitiva de aquella medida de coerción personal del imputado.

VI. Predicciones de comportamiento procesalmente peligroso

Pero esta justificación de la prisión preventiva para neutralizar la “peligrosidad procesal” debe acompañarse con el estándar exigido por la

gro concreto de fuga, pues dicho antecedente, por imperio de la normativa vigente al respecto, tornará sin dudas más gravosa la *ejecución de la pena* que se imponga en caso de que se emita una sentencia de condena, la cual no sólo será de cumplimiento efectivo sino de mucho más estricto cumplimiento, atento a que, por lo pronto, el condenado no podrá gozar del beneficio de la libertad condicional (C.P., art. 14), a más de otras restricciones derivadas de las normas de la ley 24.660, como por ejemplo la del art. 17.2 de esa ley, que impide el beneficio de las salidas transitorias si se tiene una condena pendiente. Entonces, frente a la gravedad no tanto (o no sólo) del pronóstico punitivo, sino más bien del cumplimiento de la pena en su fase de ejecución, es razonable inferir, en este caso, que existe el riesgo concreto de que el imputado prefiera eludir la acción de la justicia en lugar de comparecer debidamente a juicio...” (Cámara de Acusación de Córdoba, “Bustos”, 12/2/07, Sec. 2). En el caso pareciera que de la entidad de la amenaza penal concreta y no de la escala penal abstractamente conminada para el delito, es legítimo inferir el riesgo de fuga.

⁴⁵ Comisión I.D.H., Informe 2/97, párr. N° 30.

⁴⁶ Debe reconocerse, no obstante, que el argumento de proporcionalidad tiene, en ciertos supuestos, un efecto garantizador (v.gr. cuando descalifica el encarcelamiento

C.S.J.N. con elocuencia en el ya aludido precedente “Verbitsky”⁴⁷, al hacer propios los dichos de Concepción Arenal cuando señala: *“Imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia.... Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se aplica sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es”*.

La cita nos deja una pregunta: ¿cómo sabremos *hasta dónde* es necesaria la prisión preventiva para evitar los aludidos peligros procesales? Este interrogante presupone que *esté acreditada* la existencia de tales peligros, para recién luego pasar a *ponderar su gravedad*. La pregunta previa entonces será ¿cómo haremos para dar por acreditados estos peligros que sólo podrán concretarse como daños recién en el futuro?

a. Lo real es que, fuera de los casos de *tentativa de fuga flagrante* (imputado que es sorprendido tomando un avión hacia el exterior) o de evasión *consumada* (imputado que se fugó y es recapturado) el riesgo de fuga podrá afirmarse *sólo* haciendo *“una predicción de comportamiento”*⁴⁸, que generalmente (salvo quizás la hipótesis de rebeldías en otros procesos) no tendrá asidero en conductas anteriores del imputado (como las ejemplificadas más arriba) que, por ser de la misma naturaleza, permitan presumir su posible repetición⁴⁹.

procesal si el delito imputado no tiene pena privativa de libertad; o cuando impide su prolongación más allá del tiempo que el imputado soportaría si fuera condenado).

⁴⁷ C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 3/5/2005.

⁴⁸ Daniel PASTOR, “Las funciones de la prisión preventiva”, en Revista de Derecho Procesal Penal I, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. I, pág. 135.

⁴⁹ El art. 150 del Anteproyecto de C.P.P. para la Nación elaborado por la Comisión Asesora para la reforma de la Legislación Procesal Penal (decreto 115/2007 del PEN), que funcionó en el ámbito del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación, establece que “para decidir acerca del peligro de fuga se podrán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; las circunstancias y naturaleza del hecho y la pena que se espera

Es en estos supuestos donde deberán extremarse los recaudos para que tal predicción se asiente, *fundadamente*⁵⁰, (i) tanto en circunstancias *individualizadas y probadas* de la causa que -según las reglas de la experiencia- a la generalidad de las personas de condiciones similares a las del imputado, puestas frente a aquellas circunstancias, las llevarían a decidir afrontar los indiscutibles perjuicios de fugarse, (ii) como en la imprescindible *demonstración* judicial de que *no existen* particularidades en el caso concreto que permitan *excluir* al imputado de esa generalidad, descartando a la vez minuciosa y fundadamente las que pudieran insinuarse de las constancias del proceso, aunque no se hayan alegado por la defensa. Aquí se pondrán a prueba la “calidad” de la mayoría de los argumentos “reduccionistas”.

b. Lo mismo puede decirse del peligro de entorpecimiento probatorio que, fuera de los supuestos de actos previos *acreditadamente* cometidos con tal finalidad en el mismo proceso (v.gr. imputado que es sorprendido amenazando a un testigo), quedará especialmente librado a la naturaleza esencialmente probabilística de una predicción de comportamiento futuro⁵¹, que deberá ajustarse -quizás con mayor estrictez- a las exigencias precedentemente señaladas respecto del peligro de fuga.

como resultado del procedimiento; el comportamiento del imputado durante el procedimiento, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la persecución penal, y en particular, si incurrió en rebeldía, o si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado una falsa”. El nuevo C.P.P. de Santa Fe (ley 12.734) agrega como pauta a considerar a estos efectos “la importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptara voluntariamente frente a él” (art. 220 inc. 2).

⁵⁰ La autoridad judicial deberá explicar razonadamente por qué de “esa” circunstancia infiere “este” peligro procesal. Y los sucesivos controles recursivos que se admiten contra la prisión preventiva configuran la mayor garantía posible de la racionalidad y corrección fáctica de aquel razonamiento predictivo, el que por su propia naturaleza, si bien deberá fundarse en circunstancias certeramente acreditadas, sólo podrá proyectarse al futuro en grado de probabilidad.

⁵¹ El art. 151 del Anteproyecto de C.P.P. para la Nación elaborado por la “Comisión Asesora para la reforma de la Legislación Procesal Penal” (decreto 115/ 2007 del PEN), que funcionó en el ámbito del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación, establece que “para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se podrá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave

Parece útil al respecto aclarar que si bien no hay referencia alguna en la normativa supranacional a este peligro como justificativo de la prisión preventiva, la jurisprudencia supranacional la ha aceptado, sin mayores disquisiciones, quizás porque la entiende como un modo de asegurar la comparecencia y aseguramiento del acusado “*en cualquier otro momento de las diligencias procesales*” (art. 9.3 PIDCP), que siendo de contenido probatorio, pudieran verse frustradas si aquél permaneciera en libertad.

Se ha dicho en aquel ámbito que no “*es legítimo invocar las ‘necesidades de la investigación’ de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva*”⁵² ni tampoco “*restringir la libertad del detenido más allá del límite estrictamente necesario para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de la investigación*”⁵³. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando haya *riesgo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados por el acusado, siempre que las autoridades judiciales demuestren que existen motivos fundados para temer esas amenazas; pero terminados los interrogatorios, la privación de libertad deberá cesar*⁵⁴.

Para el “reduccionismo” tampoco podrá invocarse sólo la **complejidad** del caso, ni acudir exclusivamente al hecho de que la investigación se **encuentra en ciernes o incompleta**, ni menos aún alegar “la alta capacidad” del imputado para hacerlo, pues esto implicaría legitimar la prisión preventiva por un simple “**riesgo hipotético**”.

sospecha de que el imputado: destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o inducirá a otros a realizar tales comportamientos”.

⁵² Comisión I.D.H., Informe N° 2/97, del 11/3/97. La Sala Penal del T.S.J. Cba. ha dicho que exigir para el dictado de la prisión preventiva que se señale “qué tipo de prueba y cómo el imputado puede obstaculizarla” “no sólo carece de respaldo normativo (en el C.P.P. Cba.), sino que soslaya (en el caso concreto) que se trata de una medida inicial del órgano investigador, con relación a hechos de inusual magnitud por la pluralidad de intervinientes y la entidad de los daños producidos. Por ello requerir al M.P. que en esa oportunidad puntualice con precisión qué pruebas faltaba producir, importa forzarlo a dar una respuesta que no podría proporcionar con sustento” (Sent. N° 140, 2007, en “Alvarez”).

⁵³ Corte I.D.H., “Suárez Rosero”, 12/11/97.

⁵⁴ Comisión I.D.H., Informe N° 2/97.

Precisando temporalmente la extensión de este peligro procesal se ha señalado que puede presentarse no sólo en la etapa inicial de la investigación penal, sino también en todo el proceso de conocimiento “*que tiene lugar a lo largo de todo el procedimiento penal y que, por tanto, incluye también al juicio como etapa procesal*”⁵⁵.

c. Por cierto que el mero hecho de que los peligros procesales aludidos terminen siendo “predecibles” según las exigencias precedentemente detalladas, ello **no implicará de por sí** la justificación del encarcelamiento preventivo, al que sólo se podrá recurrir cuando sea **evidente** que aquellos peligros no podrán ser neutralizados con medidas coercitivas de **menor intensidad** aflictiva: aquí deberán jugar un papel central (“más central que en ningún otro momento”, podría quizás decirse) los argumentos esgrimidos por los “reduccionistas”, de los que nos hemos ocupado más arriba.

VII. Presupuesto probatorio

Aunque en rigor deberíamos haberlo hecho al principio, preferimos⁵⁶ dejar para este momento la exigencia del presupuesto probatorio⁵⁷ de cualquier expresión o forma de encarcelamiento procesal (y en especial, de la prisión preventiva), para alejar cualquier posibilidad de que su mera existencia (la del presupuesto probatorio) pudiese entenderse como una **causa autónoma** de riesgo procesal, justificativa por sí misma de la coerción.

La imposición al imputado de cualquier medida privativa de libertad durante el proceso **presupone** la existencia de **pruebas de cargo** de la

⁵⁵ Cámara de Acusación de Córdoba, “Bustamante”, Auto N° 134, del 7/8/07.

⁵⁶ Por las razones propias de la finalidad de este trabajo, señaladas en el apartado N° I.

⁵⁷ No siempre parece haberse entendido así para *todos los casos*: El art. 18 C.N. *no exige* que la orden de arresto “*sólo pueda librarse en casos de sospechas o indicios vehementes de culpabilidad; es decir la Constitución no impone la necesidad de que la restricción a la libertad esté necesariamente precedida por actos de investigación*” señala Alfredo VELEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1982, t. II, pág. 484.

comisión de un delito, porque sólo la existencia y consistencia de ellas mostrará como posible la condena, cuyo justo dictado es precisamente lo que la medida de coerción procura asegurar. Se trata así de evitar la utilización *arbitraria* de las atribuciones coercitivas de los órganos judiciales, que no se justifican sino como un modo de cautelar el cumplimiento de una pena que *sólo las pruebas* pueden hacer avizorar como de probable imposición.

Por eso es que se ha dicho que la detención *será arbitraria si fuese dictada en ausencia de pruebas que sustenten suficientemente la existencia del hecho y la participación del imputado* ⁵⁸.

Paralelamente se ha especificado que *“la prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal, son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida, proyectarse en forma autónoma con relación a cada una de ellos”* ⁵⁹.

De este modo se deja claro que las pruebas de culpabilidad sólo pueden ser el presupuesto (inexorable) de la coerción, pero *nunca* una justificación (por sí solas o en refuerzo de otras) de su imposición. Correctamente se advierte sobre el peligro de que *“el mérito sustantivo opere realmente como un presupuesto, y, al mismo tiempo, no sea utilizado arbitrariamente como fundamento del encarcelamiento”* ⁶⁰. Sin embargo, el “reduccionismo” debería acentuar su argumentación al respecto, pues se visualiza una corriente jurisprudencial contraria ⁶¹.

⁵⁸ T.S.J. Cba., Sala Penal, “Aguirre Domínguez”, Sent. N° 76, del 11/12/97.

⁵⁹ T.S.J. Cba., Sala Penal, “Conesa”, Sent. N° 97, del 20/11/02.

⁶⁰ Alberto BOVINO, *Aporías* cit..

⁶¹ Pueden leerse varios fallos en los que la fortaleza de la prueba es esgrimida como un argumento más para fundar las presunciones de fuga o entorpecimiento (v.gr., voto de la mayoría en la CNCP, Sala III, “Chabán, Omar Emir”, del 24/11/05).

VIII. Recursos

Las decisiones que privan de su libertad al imputado durante el proceso son recurribles; respecto de la prisión preventiva, las convenciones internacionales incorporadas (v.gr., art. 7º, N° 5 Convención Americana sobre Derechos Humanos) a nivel constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) así lo establecen. Los códigos procesales que autorizan el recurso ordinario de *apelación* contra estas resoluciones. Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha admitido la procedencia del *recurso de casación* contra la prisión preventiva⁶² *dictada o confirmada* por el tribunal de apelación. Y la C.S.J.N. ha aceptado -con variantes restricciones- la posibilidad del *recurso extraordinario* contra resoluciones en esta materia (aun sin ser sentencias definitivas), especialmente cuando se ataca de inconstitucional la legislación procesal en que se funda el encarcelamiento preventivo, invocando la “raigambre constitucional” del derecho a la libertad durante el proceso, el “agravio irreparable” de su existencia y duración⁶³. No hace mucho el más alto tribunal de la Nación ha circunscripto su capacidad revisora de las decisiones contrarias a la libertad durante el proceso, a que éstas sean emanadas del “tribunal superior de la causa”, que en el orden nacional o federal -sostiene- es la Cámara Nacional de Casación Penal⁶⁴, y en el orden provincial -agregamos- son las supremas cortes o los superiores tribunales de cada provincia.

Y debemos destacar como un avance cierto del “reduccionismo” el aceptar el recurso de casación sobre decisiones que impliquen privaciones de libertad a título de “detención”⁶⁵. El aceptar la casación contra

⁶² V.gr. “Aguirre Domínguez”, Sent. N° 76, del 11/12/97.

⁶³ La decisión que deniega la excarcelación, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva por afectar un derecho que requiere inmediata tutela en la medida en que se halle involucrada en el caso alguna cuestión federal (Fallos 314:791; 316:1934; 317:1036 y 320:2326).

⁶⁴ C.S.J.N., “Durán”, del 20/12/05, pub. en Semanario Jurídico N° 1544/2006; “Di Nunzio”, del 3/5/05.

⁶⁵ V.gr. T.S.J. Cba., Sala Penal de feria, “Toledo”, Sent. N° 1, del 6/1/06.

decisiones que niegan o hacen cesar el encarcelamiento procesal, parece una manifestación de “expansionismo”⁶⁶.

IX. Cumplimiento

Por imperio de disposiciones del sistema constitucional (arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.), la prisión preventiva debe ejecutarse con pleno respeto por la dignidad humana; este tema ha sido objeto de consideración concreta y severas exhortaciones por la C.S.J.N. en el precedente “Verbitsky”⁶⁷. Ello exige su control judicial *in situ*, por lo que debe establecerse con claridad el límite entre las atribuciones del juez responsable de la ejecución de la prisión preventiva y las del juez del “habeas corpus correctivo”⁶⁸. Si las penas no pueden ser crueles, inhumanas o degradantes (art. 5.2,

⁶⁶La cuestión sobre la procedencia del recurso de casación del fiscal contra una decisión que acuerda la excarcelación, ha sido objeto de cuestionamientos. Por ejemplo en la causa “Chabán, Omar Emir” fallada el 24/11/05 por la Sala III de la CNCP, puede verse la argumentación en minoría de la Dra. Angela Ledesma, bajo el argumento de que “un minucioso análisis de los supuestos en los que” la C.S.J.N. “ha interpretado que las cuestiones de excarcelación son equiparables a sentencia definitiva, demuestran que el eje rector es que *deben ser a favor del imputado*. El fundamento radica en que su denegatoria restringe un derecho de naturaleza constitucional -gozar de libertad ambulatoria- mientras no exista sentencia condenatoria firme, al estar implicado un derecho que requiere tutela inmediata”. Util es la doctrina que cita: “Pero si en cambio estamos ante una excarcelación concedida, mi impresión es que no es correcto asignarle a la atribución estatal de arrestar (que nadie duda que existe), el rango de ‘derecho’, ‘título’ o ‘privilegio’ constitucional, respecto del cual habría recaído la ‘resolución contraria’ que exige la ley N° 48, art. 14 inc. 3 (Alejandro CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2000, págs. 483/484) que habilite el recurso fiscal. En cambio la Sala Penal del T.S.J. Cba. registra un precedente en el que lo consideró “excepcionalmente” procedente por razones de “gravedad institucional” (Sent. N° 140 del año 2007, en “Alvarez”).

⁶⁷ C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio s/ Habeas corpus”, 3/5/05. El Congreso Argentino de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007) concluyó “que en general, las condiciones en que se cumplen actualmente la detención y la prisión preventiva en la República resultan atentatorias contra la dignidad del hombre...”.

⁶⁸El art. 43 de la Constitución Nacional dispone que en el “... caso de quien sufra una *agravación ilegítima en la forma o condiciones de la detención*, la acción de habeas

CADH) mucho menos podrán serlo las medidas de coerción procesal que sólo procuran cautelar la imposición de aquellas.

Es un acierto indiscutible del “reduccionismo” la exigencia de que la privación de libertad durante el proceso *se cumpla no sólo en lugares distintos sino también de modo diferente al encierro carcelario*⁶⁹.

X. Indemnización

De todo lo expuesto hasta aquí debería naturalmente deducirse que corresponde *indemnizar* la prisión preventiva sufrida por quien, luego de haberla soportado, resulta absuelto o sobreseído, pues ello será demostrativo de que se trató de una restricción cautelar inútil ya que no hubo pena cuyo cumplimiento fuera necesario asegurar. Pero debe reconocerse que el reconocimiento que de este derecho han hecho los tribunales ha sido sumamente restrictivo -a pesar de que éste tiene en la actualidad expreso

corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...”. Lo mismo autoriza el art. 47 de la Constitución de Córdoba respecto de quien sufra una agravación ilegítima de la forma o condiciones en que se cumple la privación de libertad “*sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso*”. La corrección del agravamiento ilegítimo de las condiciones de una privación de libertad legítima, a título de prisión preventiva, entonces, es de *competencia originaria* de los magistrados judiciales a cuya disposición se encuentran el detenido en el proceso penal respectivo. La competencia del juez de habeas corpus será *excepcional* y se limitará a aquellos supuestos en los que la facultad de verificar el exceso y corregirlo *no pueda ser eficazmente ejercitada* por el juez de la causa, lo que ocurrirá cuando éste no pueda desplegarla *tempestivamente* (porque la eficacia del control y la eventual corrección exige *el inmediato avocamiento* del juez, que *la lesión se acredite* de modo sumario y que sea corregida “*de inmediato*”- art. 43 C.N., lo que el juez de la causa sólo podrá hacer si tiene el mismo asiento que el establecimiento carcelario y en días y horas hábiles de oficina. Confr. al respecto el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Acuerdo 742, Serie “A” del 1/12/04).

⁶⁹ Gustavo I. VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes* cit., pág. 155, quien acertadamente señala que el lugar de cumplimiento del encarcelamiento procesal debe tener “*una diferenciación cualitativa con la pena carcelaria*”. Por cierto que a la pura reflexión deberán agregársele medidas de gobierno concretas en tal sentido, que si bien no parecen fáciles de concretar frente al elevado porcentaje de “presos preventivos” que ocupan las cárceles argentinas, no por ello deberán dejar de llevarse a cabo.

nivel constitucional (art. 9º, 5º del PIDCP; art. 75 inc. 22 C.N.)- con argumentos que podrían llegar a considerarse *lapsus linguae* que desmascaran su verdadera opinión.

Prueba de lo expuesto es que las máximas instancias judiciales han limitado la indemnización a casos en que haya mediado irregular prestación del servicio de justicia o error judicial, el que existirá: “... *solamente cuando el auto que impuso la prisión preventiva resulta palmariamente contradictorio con los hechos comprobados de la causa o insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación*” o sea que concurren los “*recaudos antes expuestos demostrativos de una absoluta y manifiesta inocencia liminar, condición que obviamente no puede ser predicada por quienes resulten liberados por duda o falta de pruebas, habida cuenta que un beneficio acordado en virtud de una presunción de inocencia, si bien es suficiente para justificar el derecho a la libertad, no lo es para generar en cabeza del Estado una responsabilidad que lo obligue a indemnizar...*”⁷⁰.

Aquí debería trabajar con énfasis el “reduccionismo”⁷¹ pues siempre que haya un sobreseimiento o una absolucón, corresponderá indemnizar

⁷⁰ C.S.J.N., “Balda”, Fallos 318:1990; T.S.J. Cba., “Caldarella”, Sent. N° 85, 4/10/00. Para justificar la negativa a indemnizar se ha dicho que “existe un deber jurídico que pesa sobre todo ciudadano de tener que soportar la privación de libertad ordenada por la administración de justicia, cuando dicha medida ha sido dictada conforme a los cánones de la ley procesal que regula la figura” (Cámara 6ª Civil y Comercial de Córdoba, “Saieg”, 1/8/2007, en Semanario Jurídico N° 1634, del 15/11/07). Bien se ha controvertido este argumento: “¿sí a aquél a quien el Estado le quita la propiedad (v.gr. vía expropiación) por una causa de interés común debe indemnizarlo, por qué no corresponde la misma respuesta a quien se le quita la libertad por una causa de interés común, cual es juzgarlo? Es evidente la situación de desigualdad... lo que se agrava si se tiene presente que se recompensa a través del cómputo -paradójicamente- sólo a quienes resultan condenados a pena efectiva”, de la que se descuenta la prisión preventiva sufrida (art. 24 CP)” (Héctor SUPERTI, *Derecho procesal penal. Temas conflictivos*, Rosario, 2000, pág. 189).

⁷¹ Así parece hacerlo la “Comisión para la Reforma y Actualización integral del Código Penal”, creada por la Resolución M.J. y D.H. N° 303/2004 y modificada por la N° 136/2005, en el art. 10 del Anteproyecto presentado el 31/8/06, al proponer el siguiente texto “La detención o prisión preventiva sufrida por una persona que resulte absuelta o sobreseída le dará derecho a ser compensada por el Estado. El importe de la compensa-

la prisión preventiva que hubiera sufrido el imputado, ya que de lo contrario importaría admitirla como “pena de la sospecha” (o, si se prefiere, una suerte de “impuesto” a la sospecha⁷²). Se podría avanzar en este sentido, concediendo la indemnización por lo menos en los casos de *apartamiento* de las exigencias jurídicas mínimas que debe satisfacer el dictado de la prisión preventiva, como sería que *no exista el caudal probatorio* exigido para disponerla o mantenerla⁷³, o su imposición no hubiere sido *absolutamente imprescindible* para asegurar los fines del proceso concreto; o cuando se hayan desarrollado *procedimientos innecesariamente espectaculares* para llevarla a cabo, o se la hubiere ejecutado con *rigores evitables*, o se hubiese extendido en el tiempo *más allá de lo razonable*⁷⁴.

La cuestión parece avanzar con mayor empuje en otras latitudes. Francia tiene una “Comisión Nacional de Reparación a la Detención -C.N.RD-” en donde se puede demandar la reparación integral del daño material y moral sufrido a causa de una detención provisoria durante el curso de un proceso que ha terminado con una “*consideración de no ha lugar*”, si bien también allí se reconoce que el progreso de la jurisprudencia al respecto evoluciona de manera “artesanal”⁷⁵.

ción será fijado por el tribunal superior de aquel que hubiera ordenado la medida, con intervención del ministerio público”.

⁷² Cualquiera sea la denominación que se elija, lo real es que consciente o inconscientemente se considera a la prisión preventiva una *justa contrapartida* de la sospecha de culpabilidad (menor o mayor) que permitió el avance del procedimiento. A quien refute lo precedentemente expuesto quizás podría preguntársele: si el imputado era inocente antes de la sentencia y siguió siéndolo después de ella, ¿qué otra justificación (que no sea aquélla) podrá intentarse (o inventarse) para negarle la reparación de tan grave daño que el Estado le ha ocasionado?

⁷³ Si la detención es arbitraria, si fuese dictada en ausencia de pruebas que sustenten suficientemente la existencia del hecho y la participación del imputado (T.S.J. Cba., Sala Penal, “Aguirre Domínguez”, Sent. N° 76, del 11/12/97), parece difícil negar su indemnización cuando así ocurra.

⁷⁴ Confr. José I. CAFFERATA NORES y Maximiliano HAIRABEDIÁN, “La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y sobrelimitaciones jurisprudenciales”, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, Revista de Derecho Penal Integrado, N° 2, Córdoba, Mediterránea, 2001.

⁷⁵ Diario *Le Monde*, 6/6/07.

XI. La exigencia de cierta uniformidad

Tiene sentido “reduccionista” la exigencia de una cierta **uniformidad** en la regulación procesal de la prisión preventiva en todo el territorio del país como un modo de asegurar un mínimo de igualdad ante los tribunales y ante la ley de todos los argentinos, con prescindencia de la jurisdicción judicial a que deban someterse

Una vez propusimos que el Congreso Nacional legislara sobre el contenido de algunas garantías y derechos, que necesitan de cierto desarrollo conceptual uniforme para orientar el modo en que las provincias los harán operativos; y que también dirimiera algunas diferencias suscitadas en las regulaciones procesales de los Estados provinciales, proveyéndoles de una base insoslayable de la cual deben partir para cumplir con el encargo constitucional, no sólo de administrar justicia penal (art. 5° C.N.), sino también de hacerlo con plena vigencia del derecho a la igualdad de trato por parte de los tribunales y cortes de justicia, que debe garantizarse a todos los habitantes del país (arts. 16, 75, inc. 22, C.N., y 14.1, PIDCP) cualquiera sea la jurisdicción judicial de que se trate (nacional o provincial). Por cierto que el Proyecto se ocupaba de la prisión preventiva⁷⁶.

Pocos años después, la C.S.J.N. en cierta forma nos vino a dar la razón, en el ya mencionado precedente “Verbitsky”⁷⁷. Allí dijo, en relación con la regulación del encarcelamiento durante el proceso, que *“cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se*

⁷⁶ José I. CAFFERATA NORES, Proyecto de ley sobre *Bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina*, presentado como Expte. N° 1581, Sec. D, el 1/4/98, ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

⁷⁷ C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio s/ Habeas corpus”, 3/5/05.

mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal". Si a lo expuesto se le suma la exhortación a los legisladores para que respeten los *estándares internacionales* en materia de encarcelamiento preventivo, queda claro que en la uniformidad que pretende la C.S.J.N. subyace, como se dijo al comienzo, un propósito "reduccionista".

XII. La concepción sustantivista y su pervivencia

No estaríamos con los "pies sobre la tierra" si no repasáramos -en último término-, el *disímil* grado de observancia *actual* del argumento central del "procesalismo", sobre que por imperio del principio de inocencia ningún encarcelamiento procesal puede ser utilizado *como una pena anticipada*, ni tampoco como *una medida de seguridad* neutralizante de una hipotética peligrosidad criminal.

a. La utilización de la prisión preventiva como sanción penal anticipada ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ha señalado que la limitación de la libertad personal durante el proceso *motivada en el reproche o la repulsa social de ciertas conductas* -por más aberrantes que puedan ser, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, *importa alterar arbitrariamente* los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada⁷⁸, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena *presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad*⁷⁹.

⁷⁸ C.S.J.N. "Nápoli", 22/12/98.

⁷⁹ C.S.J.N., "Hernández", 21/3/06. Descalifica también la C.S.J.N. la posición sustantivista cuando señala que la privación de libertad a título de prisión preventiva no debe computarse como parte de la pena o pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia (C.S.J.N., "Mannini", 17/10/07).

La C.S.J.N. descalifica así *antiguas* opiniones que entendían que el “*encarcelamiento preventivo tiende a tutelar el común sentido ético, que se vería repugnado si un individuo suficientemente ornado de indicios de culpabilidad por un delito grave continuara circulando libremente ...hasta que se satisfagan las formas y términos legales*”⁸⁰; o que con él se pretende satisfacer la opinión pública en *infracciones graves* o cuando los hechos *han provocado gran escándalo*⁸¹; o que se justifica) en aquellos casos en que se conmociona especialmente *la confianza de la sociedad en el respeto a la ley*⁸², creando un sentimiento colectivo de inseguridad, falta de protección y de *impotencia en la prevención delictiva*⁸³.

El mismo sentido descalificador de la utilización punitiva de la prisión preventiva ha exhibido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, señalando que “*la privación de libertad de quien no ha sido declarado culpable en una sentencia firme, nunca puede constituir una pena anticipada, sino una medida cautelar*” preventiva y provisional, de allí que resulte “*repugnante a la Constitución todo intento de convertir aquella restricción en un anticipo de pena*”⁸⁴.

Sin embargo, desde distintos ángulos e invocando diferentes eufemismos se sigue procurando utilizar a la prisión preventiva como una pena anticipada, quizás porque, como se denuncia, “*su justificación tiene como base teorías semimoralizantes de defensa social en cuyos tuétanos anida el firme convencimiento de que detrás de todo imputado siempre hay un delincuente al que hay que castigar*”⁸⁵.

⁸⁰ Marcello CIPRIANI, *Custodia preventiva*, en Novísimo Digesto Italiano, vol. V, pág. 101.

⁸¹ Arturo ZAVALETA, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, 1954, pág. 62.

⁸² Juzg. de Instrucción de 5ª Nom. de Cba., en Comercio y Justicia, Jurisprudencia, t. XX, pág. 300.

⁸³ Cámara 2ª Criminal de Cba., Comercio y Justicia, Jurisprudencia Sección Penal, t. XX, pág. 33.

⁸⁴ T.S.J. Cba., Sala Penal, “Esteban”, 20/10/98.

⁸⁵ Fabián BALCARCE, “Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal”, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2002, pág. 76. Pero muchos más de los que se podría imaginar aceptan que la prisión preventiva opere en los hechos como

Es así que podemos advertir que estos argumentos, antiguos, *hoy* siguen teniendo vigencia con una mutación apenas perceptible, como cuando se sostiene que en *infracciones muy graves, con una situación probatoria clara...*, la *demora* de una reacción claramente perceptible (o sea, en aprisionar a los imputados) *puede interpretarse en el sentido de que no se toma en serio un delito que materialmente ya parece suficientemente probado* ⁸⁶.

Quizás el ejemplo concreto más palpable entre nosotros de lo expuesto lo haya proporcionado el Congreso Nacional *aumentando desproporcionadamente* los mínimos o los máximos de las escalas penales de ciertos delitos que se presentan como particularmente odiosos para las autoridades de turno o al sentimiento cíclico de seguridad ciudadana. No es que por estudiadas razones de política criminal se quisiera punir más severamente ciertos ilícitos y para ellos se aumente fuertemente la escala de la pena privativa de libertad con que se los conmina (lo que no sería ilegítimo). Se trata, en cambio, de fijar una escala severísima *sólo* para *ahuyentar cualquier posibilidad de excarcelación* (lo que muchas veces se expresa con total desenfado y para lo que se calcula incluso, la posible reducción por tentativa, art. 42 C.P.), de modo que la prisión preventiva funcione *como un modo inmediato y aleccionador de represión del delito*. Un ejemplo “emblemático” de este desvío puede verse en la definición de las escalas penales del *Régimen Penal Tributario* (ley 24.769) ⁸⁷.

una verdadera pena “por sospecha”. Más allá de las escasas opiniones que se atreven a así expresarlo abiertamente, esta distorsión se evidencia con absoluta claridad en cuanto se analizan los argumentos que los máximos tribunales de justicia esgrimen al momento de resolver, en sentido negativo, los casos en los que se reclama indemnización de la prisión preventiva sufrida cuando el proceso culmina con un sobreseimiento o una absolución. En la explicación, caso por caso, de cuando se debe indemnizar y cuando y porque no se debe hacerlo, es en donde se “deslizan” (en verdad, se sinceran -quizás sin querer-) las creencias judiciales sobre el tema. Véase N° X.

⁸⁶ Esta es una cita de Freund, recordada críticamente por Fernando DÍAZ CANTÓN, en *Estudios sobre justicia penal, Homenaje a Julio Maier*, Buenos Aires, Ed. del Puerto 2005, pág. 833.

⁸⁷ Durante el debate de este régimen en la Cámara de Diputados de la Nación, advertimos esta nueva forma de desnaturalización punitiva, al expresar: “Se está violando

También, y en franca contradicción con los textos convencionales que debe interpretar, puede computarse la afirmación -sólo aparentemente limitativa- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre que “la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse **única-mente**” (es decir, que podría *también* basarse) “*en el hecho de que un presunto delito es **especialmente objetable** desde el punto de vista social*”⁸⁸. Si bien estas manifestaciones han sido luego corregidas, siguen siendo utilizadas para favorecer la “sustancialización” de la prisión preventiva.

b. Es igualmente inconstitucional la utilización de la prisión preventiva con el propósito de evitar que el imputado “*continúe su actividad delictiva*”: ello implica asimilarla a las *medidas de seguridad* previstas en el Código Penal (v.gr. art. 52) enderezadas a neutralizar la peligrosidad criminal del agente, o sea la potencial posibilidad de que cometa nuevos delitos.

Cuando una norma procesal instituye, bajo el disfraz de coerción procesal (prisión preventiva) una medida de seguridad no prevista en el Código Penal, disponiendo su aplicación a hipótesis no consideradas por este cuerpo legal como merecedoras de tal tratamiento, viola francamente el principio de reserva de la ley penal⁸⁹.

Y como la aplicación de cualquier medida de seguridad presupone la comisión de un delito, rige también a su respecto el principio de inocencia que no es sólo “presunción de no culpabilidad”, sino también “presunción de *no peligrosidad*”⁹⁰. Por tal razón no es posible aplicarla para neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva bajo la forma de coerción procesal, sin vulnerar los postulados del art. 18 de la Constitución Nacional⁹¹.

la Constitución cuando se pretende utilizar la prisión preventiva como una pena... como una medida ejemplarizadora, como un mensaje de autoridad frente a la sociedad, no por un delito probado frente al juez competente sino por meras sospechas o indicios que autorizan el sometimiento al proceso” (Debate Parlamentario de la ley 24.769 -versión taquigráfica-).

⁸⁸ Comisión I.D.H., Informe N° 12/96, caso 11.245.

⁸⁹ Confr. José I. CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. I, pág 17 y ss..

⁹⁰ Confr. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón...* cit., pág. 55.

⁹¹ Coincidentemente se ha señalado que el peligro de reiteración como fundamento del encarcelamiento durante el proceso admite varias objeciones, en especial que “no

Pero lo **más notable** de esta desviación sustantivista es que ella hoy se advierte **mucho más** en decisiones jurisprudenciales que en textos legales (en los que antes reinaba, para luego de ser abandonada, aunque ahora vuelve a aparecer -v.gr. C.P.P. Chubut, D.J. del 26/3/2007-). Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado como criterio para justificar la prisión preventiva, “*el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido*”⁹².

Entre nosotros también se han producido fallos que sustentan esta confusión, lo que ha determinado que tribunales superiores intenten **corregirlos**, sumando argumentos a los precedentemente expuestos. Así se ha dicho que “*la posibilidad de una eventual reiteración delictiva en el futuro no puede erigirse, por principio, como un baremo a tener en cuenta para justificar el encarcelamiento preventivo en un proceso penal. Son, en su caso, las fuerzas del Estado encargadas de la prevención de delitos, y no los magistrados que tienen por misión juzgar los casos llevados a juicio, quienes deben encargarse de impedir riesgos de tal naturaleza con las herramientas legales a su alcance*”⁹³. A su vez el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dejó sin efecto una resolución en un caso en que, **sin existir regulación legal alguna que lo autorice**, fundó la prisión preventiva en la necesidad de evitar la futura reiteración delictiva del imputado⁹⁴.

*se trata de un caso de aseguramiento del proceso sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad” y que “se impone una privación de libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera” (Claus ROXIN, Derecho procesal penal, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000, págs. 261 y 262). No obstante, hay quien no coincide totalmente: “Es verdad que en algunos casos extremos y muy excepcionales (la prisión preventiva) puede **prevenir la comisión de nuevos delitos**, si se trata de una serie en curso (homicidios o violaciones seriales, por ejemplo), casos en los cuales sería una medida de coerción directa de carácter administrativo controlada y autorizada por un tribunal, que no merecería objeción constitucional” (Eugenio Raúl ZAFFARONI, Introducción al libro *Encarcelamiento de presuntos inocentes... cit.*).*

⁹² Comisión I.D.H., Informe N° 2/97.

⁹³ Voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia, CNCP, Sala III, “Castells” 11/8/05.

⁹⁴ T.S.J. Cba., Sala Penal -de feria- “Toledo”, Sent. N° 1, del 6/1/2006.

c. Estas desviaciones sustantivistas (nuevas y viejas) entroncan en la misma e inconstitucional concepción, que encuentra una expeditiva forma de ponerse en práctica gracias a que *la “pena de prisión preventiva”... es más sencilla de imponer que la pena verdadera*” toda vez que, agregamos nosotros, no requiera como ésta la certeza sobre la responsabilidad penal, sino que se asienta sobre la *viscosidad de la sospecha* (aunque grave, fundada y aún probable, igualmente solo sospecha). *“Por ello es habitual que bajo la excusa de temores procesales se le asigne al encarcelamiento provisional, en realidad, una tarea sustantiva que termina trastocando sus funciones”* ⁹⁵.

XIII. El “expansionismo”

Pero la persistente tendencia a la desnaturalización punitiva de la prisión preventiva, prosigue *expandiéndose* hacia otros rumbos.

a. Como lo hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando la justifica *“en circunstancias muy excepcionales”* por *“la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar... al exacerbar las legítimas demandas de justicia de la sociedad, conduciendo a los protagonistas a desbordes indeseados”* ⁹⁶.

También algunas expresiones de la jurisprudencia local han tenido oportunidad de bordear en este desvío “expansionista”. Se ha dicho así que *“la denegatoria de la excarcelación del imputado por las reacciones que pudiera tener el público ante ello es una medida real-*

⁹⁵ Daniel PASTOR, “Las funciones de la prisión preventiva”, en Revista de Derecho Procesal Penal -I-, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. I, pág. 135, cit. quien agrega: *“Así el temor a la rebeldía procesal se convierte en una paranoia de fuga que es fruto de la fobia a la libertad”*.

⁹⁶ Comisión I.D.H., Informe N° 2/97.

*mente excepcional, sólo aplicable ante supuestos en los que la posibilidad de desorden se explique (aun cuando no se justifique) por la confrontación del dolor y estupor social que el delito produjo con las aspiraciones de justicia de los ciudadanos, desprovistas de intencionalidades políticas u otras semejantes”*⁹⁷.

b. La imposibilidad de aceptar esta “expansión” encuentra su fundamento no sólo en el principio de inocencia sino además en que, si la pena no puede legalmente ni *imponerse* por ni tampoco *individualizarse* a base de “*la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar*”, mucho menos podrá justificar el encarcelamiento procesal, que sólo se legitima cuando sea imprescindible para la justa aplicación de la sanción penal.

c. Es una peligrosa manifestación del expansionismo la utilización de la prisión preventiva como un “arma” de neutralización jurídica en el llamado “*derecho penal del enemigo*”, singular estatuto cuyos propulsores entienden aplicable a quien, (aquí simplificamos) por estar imputado de cierto tipo de delito, es considerado “no persona”, y por ende pasible de un desproporcionado tratamiento punitivo que, minimizando o suprimiendo garantías constitucionales, tiende a eliminarlo del seno social, efecto que se “*adelanta*” a la sentencia de condena que lo declare culpable, mediante su encierro durante el proceso⁹⁸.

⁹⁷ Voto del juez Eduardo R. Riggi, CNCP, Sala III, “Chabán”, 24/11/2005. En esta categoría también podría quizás encuadrarse la jurisprudencia que admite -si bien le asigna un *expreso* carácter excepcional- el recurso de casación del M. Fiscal contra la revocación de la prisión preventiva dispuesta por un tribunal de apelación y manda encarcelar a los liberados, en caso de “gravedad institucional”, la que concurre cuando las cuestiones sometidas a juicio superan los intereses de los partícipes en la causa, de tal modo que ella conmueve a la comunidad entera en sus valores mas sustanciales y profundos (se atribuía a los imputados participación en gravísimos sucesos que concluyeron con la destrucción física de la sede en que funcionaban tribunales del Poder Judicial, como así también la mayor parte de los documentos de trabajo, expedientes y documental (T.S.J. Cba., Sala Penal, “Alvarez”, Sent. N° 140 de 2007).

⁹⁸ Se ha dicho (Jakobs citado por Alberto LOZADA, en Luis R. RUEDA Y OTROS, *El derecho penal y sus enemigos*, Edit. Universidad Católica de Córdoba, 2008, pág. 95) que

d. Pero el “expansionismo” también se manifiesta en una suerte de creación jurisprudencial de “medidas sustitutivas” de la prisión preventiva. Pueden señalarse en este sentido la prohibición a un presunto “barra brava” de concurrir a un estadio de fútbol “en aras de salvaguardar el interés general y de seguridad pública”⁹⁹, o la obligación de presentarse “en la comisaría con jurisdicción en su domicilio en los entretiempos de cada partido en que participe la primera división

el “enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino en forma presuntamente duradera, en su comportamiento (delincuencia sexual), en su ocupación profesional (delincuencia económica, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada), ha abandonado el derecho”, ‘rechaza al orden jurídico vigente’, ‘persigue su destrucción’ y no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de un comportamiento como persona. Por ende debe ser tratado como un ‘no persona’ y la sociedad debe tender a neutralizarlo y eliminarlo de su seno a través del derecho penal. Este derecho penal del enemigo -prosigue diciendo el autor citado- se caracteriza, entre otros, por tres elementos: “En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectivo - punto de referencia: hacia el futuro-, en lugar, como es habitual, retrospectivo -punto de referencia: el hecho cometido-. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionalmente altas... En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.....”. Lo expuesto hasta aquí evidencia -según nos parece- que para esa perversa “lógica” no puede resultar “eficiente” transitar todo el proceso para recién llegar a la conclusión, en la sentencia de condena, de que se trata de un enemigo, y recién después tratarlo como tal: requiere, en cambio, que este carácter nazca con la mera imputación de tal, lo que permitirá entonces que el proceso se utilice en sí mismo como una pena: será una manifestación procesal del “adelantamiento de punibilidad” derogando en los hechos las garantías que asisten al imputado. Se vulnera así el concepto constitucional de que no pueda haber penas impuestas sin proceso ni que éste pueda comportarse en la realidad como si fuera una pena en sí mismo, sea por la dimensión de los sufrimientos personales que acarree, sea por la prolongación de la incertidumbre sobre sus alternativas y resultados, sea por su utilización como medio de estigmatización pública, sea por la desnaturalización de algunas de sus instituciones como la prisión preventiva, cuya imposición innecesaria o su prolongación irrazonable, la conviertan en una expresión punitiva, incluso con origen en la autoridad de los jueces y no en la voluntad de la ley penal. Esta es la herramienta favorita para “combatir al enemigo” que utiliza esta autoritaria concepción. El derecho penal del enemigo solo puede ser “exitoso” en la práctica, si logra generar una “concepción bélica del proceso penal.

⁹⁹ CNCrim. y Corr., Sala I, “Di Zeo”, 3/11/00.

del club del que resulta simpatizante”¹⁰⁰, o la “prohibición de *“no acercarse a menos de quinientos metros de toda instalación que posea”* un determinado estadio de fútbol”¹⁰¹.

XIV. A modo de conclusión

En la misma tónica de lo anticipado en el apartado N° I como introducción, quizás a modo de superficial conclusión podría señalarse que en estos días la cuestión del encarcelamiento del imputado durante el proceso muestra, con algunos matices, un momento de su histórica situación *“pendular”*, que oscila desde el extremo de quienes lo entienden o lo aplican como una pena o medida de seguridad anticipadas a la sentencia de condena, incluso “expandiéndolo” a una medida para preservación del orden público o neutralización del “enemigo”, pasando por aquellos que lo justifican por razones de pura preservación de los fines del proceso, hasta llegar al extremo opuesto de quienes consideran que es intrínsecamente inconstitucional, por ser absolutamente inconciliable con el principio de inocencia, lo que exige su “abolición”.

Y partiendo de los postulados del “procesalismo” pueden visualizarse opiniones “reduccionistas” (y hasta “minimalistas”, si se quiere) que lo admiten, pero bajo *nuevas* y *crecientes* exigencias tanto en orden a su imposición como de su duración¹⁰². A estas opiniones adherimos, conforme a las razones que hemos ido exponiendo precedentemente.

¹⁰⁰ Juzgado Nac. en lo Crim. de Instrucción, “Ibáñez”, 23/3/04 (luego declarada inconstitucional por la CNCrim. y Corr., Sala I).

¹⁰¹ CNCrim. y Corr., Sala VII, “Rosseau”, 12/10/07 (encubierta bajo poco entendibles argumentos “procesalistas”).

¹⁰² En realidad, como ya dijimos, el punto más neurálgico de la cuestión del encarcelamiento previo a la condena, es el de su duración.

ACTO DE INCORPORACIÓN DEL SR. ACADÉMICO
DE NÚMERO DR. GABRIEL B. VENTURA

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés

Señores académicos, señoras y señores:

Ventura es una persona muy conocida por todos ustedes, entonces mis palabras, más que un discurso de presentación de la personalidad del nuevo académico, traerán a colación una anécdota vinculada con un viaje reciente.

En las semanas anteriores he tenido que trasladarme a España para asistir a la apertura del Curso Académico 2009/2010. Acto solemne que se realizó el 14 de octubre, en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia, presidido por los reyes de España; luego he permanecido en Madrid dos semanas porque el día 26 de ese mes pasado se efectuó en la Academia de Jurisprudencia un acto recordatorio de uno de sus miembros de número, Dn. Manuel Amorós Guardiola, registrador y catedrático, que había fallecido en el mes de junio.

Conocía a Manuel desde 1964 y me unía con él una gran amistad, y como esto es una anécdota recordaré que a comienzos del año 1971, cuando junto a mi mujer fuimos de viaje de luna de miel a Europa, encontrándonos en Madrid, un día antes de partir a Estrasburgo a un curso de derecho comparado, nos invitó a almorzar para presentarnos la joven que en ese momento era su novia, y hoy es su viuda.

Muchas veces a lo largo de los años lo encontramos en diferentes actividades tanto en congresos como en viajes a Madrid y en 1998, poco antes de que se realizara en Córdoba el Tercer Congreso de Academias de Jurisprudencia de Iberoamérica, tuve la grata noticia de que se lo había designado miembro de número de la Real Academia y había preparado ya el discurso de incorporación, como es costumbre en todas las academias.

Pero, casi al mismo tiempo recibí la ingrata noticia de que había tenido que ser sometido a una intervención quirúrgica por un cáncer de pulmón.

Estaba presente en nuestro país el vicepresidente de la Real Academia, Dn. Manuel Albaladejo, y le rogué que anticipara lo más posible el acto de recepción porque en esas circunstancias uno no sabía cuánto tiempo podía vivir. Así lo hicieron. En noviembre de ese año pronunció su discurso de recepción, y viajé para acompañar al amigo en un acto de tanta trascendencia como es incorporarse a una Academia y al mismo tiempo porque quizás sería la última oportunidad que lo viese.

Ustedes se preguntarán: ¿por qué recuerdo todo esto? Amorós fue un hombre de gran temple que resistió los embates de la enfermedad por más de diez años. Ha fallecido en junio de este año, después de seis operaciones; siempre con el ánimo en alto y siempre cumpliendo puntualísimamente con sus deberes académicos. El 26, después de una misa se efectuó una sesión recordatoria en la que otro de los académicos, Pau Pedron, hizo el elogio de las calidades humanas de Manuel Amorós, de su fino humor, de la templanza con que resistió los rigores de la enfermedad y el cumplimiento que a lo largo de esos diez años puso en todo momento con relación a sus deberes académicos, a punto tal que registraba más de doscientas asistencias a las sesiones de la Academia, es decir a más de veinte asistencias anuales. Pese a los embates de la enfermedad, solamente faltaba cuando las intervenciones quirúrgicas a que fue sometido le impedían asistir.

Siempre llegaba puntual, trabajando, aportando ponencias y con una sonrisa frente a la adversidad. A mí me impresionó sobremedida esto como ejemplo de conducta de quien, junto con el galardón de integrar una Academia, asume el deber de cumplir con las funciones que ese galardón le impone cuando se agrega al cuerpo académico.

Ustedes disculparán esta anécdota y el recuerdo de un amigo porque creo que es de los ejemplos que debemos tener siempre presentes en nuestra conducta como académicos, en nuestro comportamiento diario en las actividades que en este ámbito deben desarrollarse.

La persona de Gabriel Ventura, les decía, es muy conocida en nuestro ambiente. El secretario técnico nos ha hecho un pormenorizado racconto, breve pero preciso, de los más destacados jalones, desde el premio de Joven Jurista otorgado por esta Academia hace una veintena de años, en una edición que resultó premonitoria porque junto con él re-

cibieron el premio Joven Jurista otras dos personas, que son hoy destacados miembros de número de nuestra corporación.

Uno de ellos, Armando Andruet, está aquí presente, y en esta oportunidad llega Gabriel Ventura a incorporarse a la Academia; pero no voy a hablar de los méritos académicos de Gabriel, sino de su actitud de humildad permanente y de su agradecimiento hacia quienes de una u otra forma han colaborado con él en sus etapas de formación.

Gabriel Ventura es un enamorado de su profesión notarial, es doctor en derecho, pero además es un notario en ejercicio que se destaca por la honestidad de su conducta como notario y como persona que debe dar fe pública, estar inspirado siempre por la aplicación práctica del principio de la buena fe. Gabriel Ventura enamorado de la función notarial es también un enamorado de la buena fe, que es uno de los principios básicos del derecho, al punto de que algunas veces en sus notas comentando alguna sentencia se advierte la molestia que le ocasiona cuando el magistrado olvida que debe hacer prevalecer por sobre todo la buena fe en la conducta de las partes que han estado litigando.

El doctor Ventura es también una persona agradecida. En los primeros pasos de su tránsito por la función notarial pidió auxilio a jóvenes colegas que habían llegado antes que él al desempeño del notariado, buscando asesoramiento. Una y otra vez a lo largo del tiempo le he escuchado recordar con agradecimiento lo que significaron para él los consejos que recibió de Daniel Ahumada.

Al recordar estos datos personales dejo de lado actividades colaterales, como la música; ejecutaba con maestría el violín, aunque ha debido dejar su práctica, aunque continúa amando la buena música, como la que practica su señora esposa.

Dejo de lado, para no abrumarlos, otros datos, como la preocupación que ha sentido siempre por su familia, y el recuerdo de los maestros que lo formaron en el colegio secundario, como el padre Dionisio en la Escuelas Pías, a quien siempre ha recordado con afecto y a quien acompañó cuando la Municipalidad de Córdoba lo distinguió con el Jerónimo Luis de Cabrera, en reconocimiento de su labor educativa.

Estas son características humanas de mucho valor que se suman a la capacidad jurídica, que se suman a la agudeza de juicio que demuestra en sus obras, en sus libros. Aquí nos trae como obsequio para la Academia la última producción aparecida no hace mucho, que es un comentario exegético de la ley registral en la que se ha especializado.

Pero todas estas cosas en realidad son secundarias; lo importante, para mí, es que con la incorporación de Gabriel Ventura recibimos como miembro de la Academia a un caballero, a una excelente persona.

Creo que estas palabras agotan mi presentación, porque los datos académicos ya fueron leídos por el secretario.

Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Gabriel B. Ventura

Señor presidente de la Academia. Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés, señores miembros de la Academia; distinguidos profesores, colegas y público en general.

Pueden imaginar Uds. el honor que significa para mí estar aquí, en la Academia; y por el lado de adentro, desde su mismo seno, si me permiten la expresión. No puedo poner en duda, haciendo gala de modestia, la designación que tan gentilmente me hiciera el cuerpo académico para que me integrara a tan noble afán de profundizar y ahondar en el conocimiento jurídico. Remarquemos que los fines de esta Academia que hoy me recibe, son los anhelados por todo amante de las ciencias jurídicas y surgen del art. 3º que la rige:

A. Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales.

B. Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales.

C. Propender al perfeccionamiento de la legislación del País

Sólo puedo agradecer a todos sus miembros el hecho de que recaiga sobre mí tan noble asignación.

Hay, además dos motivos fundamentales para que me sienta orgulloso y temeroso a la vez, por la responsabilidad que significa, el lugar que habré de ocupar en esta noble institución; y tiene relación con el sillón que se me asigna. En primer lugar, el sillón que ocuparemos desde hoy corresponde a uno de los cinco primeros sillones nominados al momento de la Fundación de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en 1941. En efecto, al amparo de la Facultad de Derecho, cuando su Consejo Superior dispuso la designación de quince miembros integrando la Acade-

mia, sólo nominó cinco sillones: el sillón *Dalmacio Vélez Sársfield*, que es el presidencial, *Deán Gregorio Funes*, *Victorino Rodríguez* (que fue el primer profesor de la famosa Cátedra de Instituta, creada en 1791), *Rafael García*, y el sillón que se nos asigna en este acto, *Jerónimo Cortés*. Los demás sillones, hasta llegar a los quince dispuestos en la ordenanza original, serían nominados por la Academia misma en sesión especial.

El sillón que desde hoy ocuparemos en esta Academia, lleva pues el nombre del Dr. *Jerónimo Cortés*.

Jerónimo Cortés Funes, tal su nombre y apellidos completos, nace en Córdoba el día de su santo patrono San Jerónimo (30 de setiembre de 1833) ¹. Estudia en la U.N.C., graduándose de Doctor en Jurisprudencia en 1852.

Desempeñó importantes funciones judiciales en Córdoba, durante 36 años, desde 1855 a 1891, primero como Defensor de Pobres y Menores de la Provincia de Córdoba y luego como juez de Paz Letrado y como director de la Academia de Práctica Forense, cuyo cursado en esa época era complementario e imprescindible para el ejercicio de la abogacía. Desde 1886 se desempeñó como camarista.

En el plano del derecho público fue convencional para la reforma de la Constitución Provincial de Santa Fe, fue fiscal de Gobierno de la Provincia de Córdoba, senador provincial y asesor municipal.

Fue senador nacional representando a Córdoba desde 1875 a 1880.

Tuvo una participación protagónica en el conflicto de límites entre las provincias de Santa Fe y Córdoba en el que representó a nuestra provincia.

Pero lo que más me interesa destacar aquí, fue su labor como docente, la que ejerció en nuestra querida Universidad Nacional de Córdoba, como catedrático de Derecho Administrativo y también en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ En esos años era costumbre arraigada asignar a los hijos el nombre del santo patrono del día del nacimiento. Es anecdótico el nombre de Inri Jesús Araya, a quien se pone ese nombre "Inri" por haber nacido el día del "Corpus Christi", dona tierras al ferrocarril y el poblado que surge en su torno pasa a llamarse "Villa Inri" y por deseo del fundador luego se designa como "Inrville", al este de la provincia de Córdoba.

Desde 1909, en su homenaje, una calle de barrio Alta Córdoba, lleva hoy su nombre.

En segundo lugar, el sillón que se nos asigna, fue ocupado, hasta su fallecimiento, ocurrido el 3 de enero de 2008, por el *Dr. Fernando Martínez Paz*, cuya labor desde esta Academia, tuvo consecuencias directas en la enseñanza del derecho. Educador por antonomasia, se graduó de abogado en la U.N.C. en 1956, pero ejerció la profesión por muy poco tiempo ya que, como bien apuntaba el Dr. Carlos Lascano en el homenaje que se le hiciera el 8 de setiembre ppdo, en esta misma Academia, pues prevaleció en él su clara vocación por la docencia y la investigación. Fue designado en 1962 profesor adscripto por concurso en la Cátedra de Sociología de la Educación, en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la U.N.C. En 1965 con su tesis titulada “Jacques Maritain. Itinerario de su pensamiento social y su proyección en Argentina”, obtuvo su título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

Preocupado por la educación, su compromiso cívico y su vocación de servicio lo llevaron al desempeño de importantes funciones en la educación pública. Fue jefe del Departamento de Planeamiento de la Educación de la Dirección General de Investigaciones Educativas y secretario ministro de Educación de la Provincia. En 1971 se lo designa profesor titular por concurso de Política Educacional y Legislación Escolar de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la U.N.C. y en 1971, titular por concurso de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Desde el punto de vista didáctico, punto en el que más nos impacta su personalidad y su obra, se preocupó por ahondar en la realidad social, en el entorno en el que trabaja la norma y concluyó su labor didáctica en ese sentido, en su obra *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, la que además, le dio pie a iniciar una serie de seminarios relacionados con un modelo jurídico “multidimensional”.

Lo multidimensional en el derecho, explicaba Martínez Paz, apunta a brindar las herramientas necesarias para poder aplicar correctamente los valores jurídicos, tanto en su versión práctica, como en su función sancionatoria y pacificadora. Los modelos multidimensionales son más integrales y comprenden las dimensiones complejas de la realidad. La lógica formal y el racionalismo liberal positivista, tienden a una visión unidimensional del derecho, interpretando sólo el frío mandato de la nor-

ma jurídica, aplicada a simples hechos desprovistos de sus causas; por lo que resultan insuficientes para un verdadero juzgamiento, sea práctico o especulativo. Apuntaba igualmente el maestro Martínez Paz, a profundizar una relación interdisciplinaria para, junto al imperio de la ley, lograr una mayor efectividad respecto del valor jurídico buscado.

Tuve la suerte de intervenir, como docente de Derechos Reales, en el desarrollo de dos de sus seminarios anuales, en los que, previo al dictado, el Dr. Martínez Paz, con paciencia infinita y su característica humildad que enmarcaba toda su personalidad, me adoctrinó sobre la multidimensionalidad del derecho; profundizó en mí la idea de analizar la norma junto al entorno jurídico social en la que se hace efectiva. Así intentamos desarrollar, en sus seminarios “La dinámica adquisitiva de los derechos reales” en el año 2004 y en 2005, “La posesión y sus defensas”.

Desde 1977, el Dr. Martínez Paz fue incorporado como miembro de número en esta corporación académica en el sillón nominado *Jerónimo Cortés* que hoy se nos asigna.

Es así como, en este solemne acto, ocupando este lugar y sillón cuyos antecedentes brevemente he reseñado, me comprometo a intentar, no sé si lo lograré, los postulados básicos de esta noble institución académica, según lo expresáramos al comienzo.

Muchas gracias.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES DE BIENES ¹

por GABRIEL B. VENTURA

SUMARIO: I. Introducción. II. La comunidad de bienes. III. Supuestos de comunidades. IV. Falta de regulación expresa del régimen jurídico de las comunidades. V. Comunidad hereditaria. VI. Comunidad de gananciales. VII. Los bienes de la sociedad disuelta.

I. Introducción

La vida social nos brinda de manera constante y casi imperceptible, situaciones en las que hay dos o más sujetos relacionados entre sí por ciertos factores comunes. Permiten con una sola palabra considerar a los individuos que la integran en forma comunitaria. Vínculos espaciales, intereses comunes, identidades raciales, políticas o religiosas coadyuvan a la aglomeración. Es así como ciertas palabras: ciudad, barrio, club, familia, empresa, etc., semánticamente evocan la situación comunitaria a la que hacemos referencia. Encierran sutilmente la idea de una comunidad vulgarmente entendida.

Una comunidad es así, vulgarmente entendida, el conjunto de individuos que comparten elementos comunes: idioma, tradición, costumbres, valores, tareas, visión del mundo, edad, ubicación geográfica, un determinado estatus social, etc.

¹ Texto elaborado con base en la disertación pronunciada el 3 de noviembre de 2009 al ser incorporado como académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Según el elemento común tomado como factor aglutinante, la comunidad tendrá más o menos trascendencia científica, social, económica o política.

A su vez, ello determinará que sea objeto de estudio de distintas disciplinas. Así, por ej., la comunidad de sujetos de una raza determinada podría ser el objeto de un estudio sociológico; la comunidad de países latinoamericanos podría considerarse de interés en un análisis de derecho comparado; etc.

II. La comunidad de bienes

Nuestro análisis, si se quiere, será mucho más materialista, puesto que nos interesan aquí tan sólo los aspectos patrimoniales del asunto: Las comunidades de bienes; y dentro de ellas sólo las que recaen sobre cosas o conjunto de cosas.

Así, desde el punto de vista jurídico patrimonial, podríamos conceputar las comunidades de bienes como aquellas *situaciones en que dos o más personas tienen derechos en común sobre un bien determinado o sobre un conjunto de bienes*.

Estas situaciones comunitarias, por lo general, son transitorias. Resulta evidente que el legislador se ha planteado el fenómeno como un supuesto de existencia pasajera, atendiendo al conocido dicho popular “lo que es de todos no es de nadie”, y que esa circunstancia hace inconveniente mantener ese estado comunitario demasiado tiempo. Eso suele atentar contra la bondad de un sistema. Pero, lamentablemente, numerosos ejemplos de la vida cotidiana permiten advertir que no son raras las indivisiones que perduran en el tiempo.

La más emblemática de las comunidades es la llamada “*comunidad hereditaria*” (o comunidad de los “*pro herede*”). Por ser la más estudiada Vélez la toma como “caso madre”, si se nos permite la expresión; es decir que a partir de la regulación de ese supuesto, se generan principios que el legislador hace aplicables a todos los demás casos de comunidad; y, para abreviar, remite a ellos para solucionar las cuestiones relacionadas con otras comunidades. Así, vamos a ver que el legislador a la hora de regular el régimen de los *gananciales* en la sociedad conyugal disuelta, y hasta la *comunidad social* en las sociedades civiles y aun las co-

merciales en el viejo Código de Comercio, se remite, en cuanto a efectos y formas, a la adjudicación y partición de los bienes en la comunidad hereditaria.

A su vez, como ya habíamos adelantado, estas comunidades se originan en la indivisión; es decir cuando los bienes que integran la comunidad de que se trate no se han dividido o partido aún entre los sujetos que la integran, y que por eso pasan a ser así los llamados “comuneros”: los integrantes de la comunidad.

Ahora bien, no podremos comprender cabalmente esta circunstancia si no estamos propensos a aceptar las ficciones, a las que nos tiene tan acostumbrados nuestra disciplina jurídica. Ya que esta indivisión genera una ficción; los objetos individuales que integran la comunidad: el automotor del causante; la vivienda; sus objetos de valor; etc., desaparecen conceptualmente en su individualidad y se integran a una abstracción que es el patrimonio que, a su vez, enfocado hacia la comunidad y su posterior liquidación, recibe el peyorativo nombre de “masa”. Ya no es el automotor, la casa o la biblioteca, sino la masa hereditaria. En el ámbito de las comunidades hereditarias, la norma más expresiva de esta situación, la brinda el art. 3281 del Código Civil cuando expresa que “La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”.

Esta expresión también es evocada en la situación de quiebra del deudor, en la que aparece asimismo una masa, que habrá de distribuirse en orden a los privilegios o a prorrata entre los acreedores quirografarios.

III. Supuestos de comunidades

Básicamente las principales comunidades son la comunidad de los “*proherede*”, la comunidad de gananciales y la comunidad en los supuestos de disolución de sociedades. Así pasaremos a hablar de masa hereditaria; masa de gananciales y masa societaria (patrimonio social en liquidación).

A esta altura de nuestra exposición, podríamos preguntarnos ¿qué ocurre con el condominio? Esta figura de derecho real pareciera compararse con las comunidades al menos la titularidad compartida. Por ello la generalidad de la doctrina considera el condominio como un supuesto

más de comunidad, lo que no nos resultaría desacertado si el Codificador hubiera previsto entre nosotros el condominio germánico. Pero no fue así, el creado por Vélez a partir del art. 2673 del Código, es un típico condominio romanista. Creemos, sin embargo, que ha sido el propio Codificador quien ha facilitado la confusión.

En efecto, si bien es cierto que la expresión comunidad o comunión de bienes está tomada de las palabras del propio Vélez, insertas en el art. 2674 del Código (“*No es condominio la comunión de bienes que no sean cosas*”), sin embargo, luego de redactar tan didáctica norma, cuando brinda un ejemplo sobre la constitución del condominio por disposición de ley, se equivoca en la nota al artículo siguiente (2675) en la que puede leerse: “*Como en los casos de gananciales de la sociedad conyugal, o cuando se prolongue una indivisión...*”. Justamente en estos casos (comunidad de gananciales) no hay condominio sino comunidad, dada la imposibilidad de determinación de la parte alícuota que tocará a cada ex cónyuge en la partición o liquidación de bienes gananciales.

Por otra parte, debe reprocharse también a la norma del art. 2674, transcripta más arriba, que interpretada *a contrario sensu*, podría hacernos concluir que si la comunión o comunidad recae sobre cosas, en el sentido jurídico de la expresión según lo sentado en el art. 2311 del Código Civil, no deberíamos hablar ya de comunión o comunidad, sino directamente de condominio. Esa pareciera ser la conclusión de la nota que hemos criticado en el párrafo precedente. Pues bien, desde el punto de vista técnico, en nuestro derecho, tal aseveración no es correcta dado que el hecho de recaer sobre una cosa material, no basta para tipificar la situación como condominio; estaría faltando el otro elemento esencial del condominio en el derecho argentino, en el que se adopta el condominio romanista, que es la porción alícuota, sin la cual no es dable hablar de ese derecho real (doctrina de los arts. 2508 y 2673 C.C.)².

Creemos que el aporte conceptual de las comunidades jurídicas a nuestra disciplina radica justamente en describir una situación en la que no es dable atribuir, ni física ni intelectualmente, una porción alícuota a los comuneros. Por ello debemos concluir que el condominio no constituye

² Gabriel B. VENTURA, “Actos dispositivos en las comunidades de bienes” J.A. Fascículo 10, 2009-III, pág. 14.

una comunidad jurídica. En él, los condóminos pueden disponer libremente de su porción, venderla o hipotecarla, y los acreedores pueden embargarla y ejecutarla. Todo referido a la cosa en concreto sobre la que recae el condominio. Pues bien ello no será dable imaginar en los supuestos de comunidad en los que sólo podrá cederse, embargarse y ejecutarse la posición comunitaria (si se nos permite la expresión) en la que se encuentra el cedente, embargado o ejecutado. Esta cesión, embargo o ejecución no recaerá sobre cosas concretas, sino sobre un derecho incierto sobre cosas concretas que integran la masa de la comunidad de que se trate. Hasta podría ocurrir que luego de la acción de los acreedores no quedara nada para partir, como bien apunta Wagner³.

Tanto es así que, jurisprudencialmente, hasta se ha llegado a sostener que los derechos y acciones hereditarios no pueden subastarse, dado que el heredero adquiere una expectativa a todo o parte del patrimonio relicto, sin consideración alguna a su contenido. Siendo así, argumenta el decisorio, no podría concebirse la subasta de un derecho cuya existencia es dudosa; ello importaría el ofrecimiento por el órgano jurisdiccional del remanente del patrimonio del difunto, cuya determinación y cuantificación sólo es posible tras el cómputo del activo y deducción del pasivo⁴.

Es por los argumentos vertidos en el párrafo precedente que estimamos que el condominio romanista, concepto en el que deben considerarse también incluidas todas las figuras de derechos reales con titularidad activa compartida (co-usufructo, co-servidumbres, co-propiedad horizontal, etc.), quedará fuera de nuestro concepto de comunidad. En estas figuras jurídico reales, por existir parte indivisa determinada, no se generan las dificultades típicas en cuanto a legitimación dispositiva y de responsabilidad patrimonial que son el principal punto de estudio de las comunidades.

³ Manuel A. WAGNER, *La partición hereditaria*, Rosario, Nova Tesis, 2000, pág. 48.

⁴ Cámara 4ª Civil y Comercial de Córdoba, autos “Mercadal, Miguel A. v/ Arco, Isabel y otros - Ordinario”. Tenemos desarrollada la crítica a este fallo en Gabriel B. VENTURA, *La cesión de derechos posesorios*, Abeledo-Perrot Córdoba, 2008, págs. 844, 845.

IV. Falta de regulación expresa del régimen jurídico de las comunidades

Pareciera que el legislador, supuso que la situación comunitaria era un período demasiado transitorio y efímero como para merecer una regulación expresa. Sin embargo conocemos muchos casos en los que los herederos continúan en situación comunitaria varios años, sin realizar los trámites necesarios de partición. Ello se da, sobre todo, en la comunidad hereditaria, aunque tampoco son raros en la comunidad de gananciales, cuando los cónyuges han acordado una separación pacífica, de hecho, y uno queda habitando la sede del hogar. Luego, si deciden la venta o locación del bien aparece manifiesto el problema. En algunas oportunidades llegan a sumarse dos situaciones comunitarias, cuando luego del divorcio, la comunidad de gananciales aún no se ha liquidado, y uno de los cónyuges fallece.

Es ahí donde notamos el vacío legal, pues desde la práctica los operadores encuentran normas diferentes en cada provincia. En efecto, el sistema federal agrava el problema de la indefinición y falta de regulación de las comunidades. Las normas sustanciales del Código Civil no siempre encuentran un eco acorde en lo procesal entre las diversas regulaciones provinciales.

Podemos ejemplificar con los variados procesos judiciales en materia de divorcios, en los que a veces los acuerdos particionarios entre los cónyuges son considerados ya como la partición misma sin un pronunciamiento judicial al respecto, como se hace por ejemplo, entre otras jurisdicciones, en Rosario; mientras en Córdoba exigimos en cambio, un pronunciamiento expreso del juez que, valorando el citado acuerdo en los considerandos del pronunciamiento, resuelve la adjudicación tal como se ha convenido entre los ex cónyuges.

Resta remarcar que el tema de la propiedad y la consecuente facultad dispositiva, cuenta con tutela expresa en la Carta Magna, lo que hace menester un pronunciamiento federal único al respecto, mediante una regulación expresa. Ya Vaz Ferreira, con la misma inquietud que manifestamos en estas palabras, ha hecho hincapié en la falencia legal que advierte en el Código francés y el uruguayo, que presentan igual vacío que el de Vélez.

En efecto, el destacado autor uruguayo en su *Tratado de la sociedad conyugal*, atribuye esta ausencia al hecho de no encontrarse de-

sarrollado el tema en Pothier, cuyo aporte, como sabemos, resultó fundamental en el Código de Napoleón. Esta falencia se trasladó por imitación a todas las legislaciones que, en mayor o menor medida han seguido sus principios⁵.

Creemos que se hace menester que la ley civil brinde un marco adecuado y uniforme a todos los supuestos de comunidades que pueden plantearse, tal como lo hace, por ejemplo, el Código de Chile que, refiriéndose a la comunidad de bienes, expresa que “La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasi contrato”. Recordemos que el Código de Bello es una de esas codificaciones que sirvieron de base a muchas otras. Por ello encontramos normas similares en los códigos de Colombia, Ecuador y El Salvador, entre otros⁶. Algo parecido vemos en el Código argentino, pero referido al condominio, cuando expresa en el art. 2709 que si un condómino administra sin tener mandato de los otros, su actitud deberá ser tomada como una gestión de negocios (art. 2288 C.C.).

En España el tema se ha solucionado parcialmente dándole a las comunidades idéntico régimen que al condominio. Luego de regular la propiedad (nuestro derecho de dominio), aparece en Capítulo Especial, “De la comunidad de bienes”, el art. 392 que expresa: “Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título”.

El tema de la parte alícuota aparece presumida en igual proporción para cada comunero por ley, para el caso concreto en que no hubiere

⁵ Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. II, pág. 210. Lisandro SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina. Con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Coni, 1881, t. I, en la Introducción, págs. XXII y XXIII, refiriéndose a Pothier dice: “*Floreció hace cien años: por su claridad riqueza y acierto, sobresale entre todos los civilistas de su país, y fue asimismo el romanista francés más notable de su siglo. No es extraño, entonces, que haya servido de guía a los legisladores del Código Napoleón, y goce de una extraordinaria autoridad entre los jurisconsultos franceses*”.

⁶ Gabriel B. VENTURA, “Actos dispositivos en las comunidades de bienes”, J.A. Fascículo 10, 2009-III, págs. 17, 18.

precisión sobre ella. Como sabemos, esa también es la situación en nuestro Código para los supuestos en que se hace menester computar los votos de los condóminos, y no surja de los títulos el porcentual que corresponda a cada uno (art. 2708 C.C.). Pero debe remarcarse que dicha presunción está prevista en el ámbito de las votaciones para decidir sobre qué hacer con la cosa sometida a condominio. Sólo podríamos aplicarla para determinar la porción alícuota por vía analógica; y no toda la doctrina está conteste en dicha interpretación.

V. Comunidad hereditaria

Dice el art. 3281, al que ya nos hemos referido brevemente, que “La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”. Ese “todo” al que alude la norma es la masa de la que hablábamos al comienzo.

La consecuencia de esa masa de ficción creada por ley, hace que la posesión de la herencia por alguno de los herederos, aproveche también a los otros (art. 3449 C.C.). Esta situación dificulta sobremanera la usucapión intentada por un comunero, pues el poseedor exclusivo, además de acreditar los extremos exigidos por este modo de adquirir, deberá también destruir la presunción de la norma.

Frente a este contundente dispositivo, estimamos que no bastará la sola inacción del resto de los comuneros para lograr una usucapión en su contra; antes más bien, los otros han debido intentar ejercer actos posesorios sobre el bien de la masa que se quiere usucapir, y el poseedor los debe haber excluido eficazmente. Ello ocurre porque, en estos casos, al igual que en el condominio, la presunción de posesión compartida o coposesión, hace necesario poner énfasis en el elemento antagónico: la exclusividad; lo que resultará imposible o al menos difícil de demostrar si en los hechos, el resto de los comuneros no ha intentado siquiera ejercer actos posesorios sobre el bien.

Desde una perspectiva externa a la comunidad, el heredero no es más que el continuador de la persona del causante, ficción que repercute sobremanera en la práctica jurídica. Por ejemplo, el heredero es poseedor de la herencia aun sin saberlo (arts. 3410, 3418 C.C.), lo que contradice

abiertamente el requisito del *animus domini* exigido por el art. 2351 del Código para que exista posesión.

Igualmente, en atención a lo expresado en el párrafo precedente, repercute en la dinámica constitutiva de los derechos reales que, por ley, exige título (o causa) y modo. Respecto del título o causa, diremos que la división de la herencia, al igual que la partición en todas las comunidades, genera la ficción de considerar *dominus* al adjudicatario directamente del causante; los otros comuneros no lo fueron jamás (art. 3503 C.C.). Por ello puede válidamente expresarse que la adquisición por herencia no es una verdadera adquisición; o, más técnicamente, la adjudicación no es título o causa de adquisición. Pero debemos rescatar que cuando el Código Civil brinda el concepto de acto jurídico en el art. 944, expresamente menciona varias causas: las que crean, modifican, transfieren, conservan o aniquilan derechos; pues bien, la adjudicación en las comunidades sería una “causa de modificación” utilizando la expresión legal; se ha modificado el titular dominial que, como se vio, continúa la adquisición de su causante.

También es importante tener en cuenta que, dificultando la resolución de los casos concretos, las comunidades no tienen personería. Ellas no pueden actuar como sujetos de derecho. Por eso la ley, como regla general, obliga al heredero beneficiario, por ejemplo, a realizar todos los actos de administración que sean conducentes a la conservación (art. 3382 C.C.). Es más, en la norma del art. 3383, le exige Interrumpir prescripciones, contestar las demandas, recibir los pagos que se le efectúen a la sucesión, etc. Pero ello sólo respecto de los actos urgentes, puesto que en la normalidad será necesaria la designación judicial de un administrador, ya que, según lo normado en el art. 3451 C.C., ninguno de los herederos tiene el poder de administrar los intereses de la sucesión.

Pero, en el ínterin, que puede ser mucho tiempo, cualquier heredero puede accionar en defensa de los bienes de la sucesión. Sin dudas ese sería un motivo urgente de los que habíamos analizado. En efecto el art. 3450 C.C. expresa que “Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición”.

Obviamente también podrá, en las mismas condiciones, aunque la norma no las mencione, ejercer todas las acciones posesorias que fueren

menester; a esos fines el art. 3418, norma fundamental en materia sucesoria, establece que el heredero sucede no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto.

Debe remarcarse que lo que venimos exponiendo está referido a la comunidad hereditaria; pero, en lo individual, respecto de cada heredero, éstos pueden disponer de sus derechos hereditarios, en forma onerosa o gratuita, a través del contrato de *cesión de derechos hereditarios*. Para explicar esto conviene recordar que la regla general es que todo derecho es cesible (art. 1444 C.C.)⁷; pero, dicha cesión, nunca puede referirse a algún bien en particular, sino sólo a la universalidad de la masa. En efecto, si bien los autores hacen valer este último pronunciamiento con una lucubración puramente doctrinaria y desprovista de dispositivo legal que la sustente, nosotros, en cambio, hemos encontrado la norma expresa que impide dicho contrato. Se trata del art. 1175 *in fine* C.C..

Hemos sostenido en otras oportunidades, al analizar el art. 2º de la ley 17.801⁸, que las cesiones de este tipo; es decir sobre bienes determinados, no resultan válidas. Si se encuentra determinado el inmueble sobre el que recaen, ellas encajarán expresamente en la segunda parte del art. 1175 C.C.; ya no estaríamos en presencia de una cesión, sino de una venta; pero se trate de venta o cesión, el acto tropieza con la prohibición expresa de la citada norma que, al regular sobre el objeto de los contratos en general, dice que “No puede ser objeto de un contrato (...) los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”.

Si bien en general la doctrina elude referirse al dispositivo, no podemos dejar de remarcar la contundencia de su prohibición. Estimamos que el tema ha dejado de ser opinable frente a este pronunciamiento legal; la eventualidad que menciona la última parte del art. 1175, no se refiere ya a

⁷ Véase Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, Obligaciones en General, 6ª ed. actualizada por Eduardo V. Galli, Buenos Aires, TEA, t. III, pág. 698; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 2, “Parte Especial (1)”, pág. 624. Más contundente aún resulta Alberto SPOTA, en sus *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. IV, pág. 288, cuando afirma que “Este precepto, como surge inmediatamente de su amplísima redacción, tiene pues, una consecuencia: salvo los supuestos de excepción, todo derecho patrimonial es cesible”. Sobre el punto véase también nuestro *Ley 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, págs. 93-96.

⁸ Gabriel B. VENTURA, “Ley 17.801...”, *ob. cit.*, págs. 95-96.

herencia futura, sino herencia actual aún no partida ni adjudicada. El legislador, en esta segunda parte, no dice “herencia futura”; sino que directamente habla de “derechos hereditarios” y esta diferente referencia, es lo que también nos permite distinguir los supuestos: la primera parte de la norma alude a la herencia futura y la segunda a objetos eventuales en derechos hereditarios actuales. Si se estuviese refiriendo también en la segunda parte a los bienes que podrían conformar una herencia futura, no hubiese distinguido el objeto tan claramente como lo hace.

Creemos que la norma ha pasado desapercibida en general para la doctrina, por la importancia de la primera parte del artículo que, junto al 3599, alude al *vetum mortis* (prohibición de especular con la muerte de otro). Por consiguiente, para nuestra opinión, todas las normas que prevén la registración de cesiones de derechos sobre bienes particulares titularidad del causante, estarían contraviniendo la citada norma nacional⁹. Entre otros, citamos el art. 41 de la ley registral cordobesa 5771 que expresamente prevé como registrables las cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados.

En cuanto a los actos de disposición de las cosas concretas que integran la masa, sólo pueden llevarse a cabo mediante el acuerdo unánime de todos los comuneros. Cada uno de ellos, en su individualidad, aunque puedan decirse “propietarios”, carecen de la facultad dispositiva para actos de esa índole. Particularmente, como hemos expresado, sólo pueden ceder, técnicamente hablando; pues ni tan siquiera puede conocerse la porción alícuota que les corresponderá en la partición.

Ahora bien, para disponer todos mediante acuerdo unánime, será también menester contar con un pronunciamiento previo: la llamada “declaratoria de herederos”. Trámite respecto del cual se han efectuado infundados reproches a Vélez Sársfield, quien habría omitido referirse a esta declaratoria en la regulación de la sucesión hereditaria.

De nuestra parte no creemos acertada la crítica al Codificador. Todo derecho está condicionado a la existencia de un presupuesto que debe

⁹ Recomendamos en este punto Mario A. ZINNY, “Cesión de derechos hereditarios”, Cuaderno N° 3 del Instituto de Derecho Notarial, del Colegio de Escribanos de Santa Fe 2ª Circ., quien tampoco alude a la prohibición expresa del art. 1175 *in fine* del Código Civil.

demostrarse y declararse previamente. Así como el acreedor de la obligación de reparar un daño frente a un delito o cuasidelito (art. 1077 C.C.) sólo podrá pretender su cobro luego de que la justicia declare cierta la existencia del daño, su autor y su víctima, de igual manera el Código confiere derecho de sucesión y las acciones pertinentes una vez acreditado el supuesto fáctico: ser heredero del causante.

En el Código Civil no deben aparecer las declaratorias de herederos por dos motivos: en primer lugar por lo obvio de su exigencia, según resulta de lo que hemos expresado; y en segundo lugar porque todo lo que respecta al proceso declarativo es facultad exclusiva de las provincias, según lo preceptuado en el art. 121 de la Constitución Nacional.

De todas maneras, ya el art. 3430 C.C. modificado por ley 17.711, que recepta la figura del heredero aparente, incluye entre los presupuestos, la obtención por parte de éste de la pertinente declaratoria de herederos. Por ello no podemos decir hoy que el Código no mencione dicho pronunciamiento declarativo.

Como habíamos adelantado, la importancia de la comunidad hereditaria radica en que las reglas relativas a la partición de bienes hereditarios son aplicables a la partición de todas las comunidades, según surge del art. 1313 C.C., para la comunidad de gananciales, y art. 1788 C.C. para las sociedades civiles. La ley, vía remisión, evita la reiteración de algunos dispositivos.

Sin embargo, la total similitud no es conteste en las regulaciones procesales locales, ni en la doctrina; por ello exigíamos al comienzo la contemplación expresa de las comunidades, justamente para evitar el tratamiento diferenciado en los distintos estados provinciales.

VI. Comunidad de gananciales

Hay comunidad de gananciales cuando la sociedad conyugal se disuelve, pero aún no se han liquidado los bienes que la integran. Si bien esta situación aparece *prima facie* como condominio, la inexistencia de parte indivisa determinada impide su asimilación, aun cuando pueda presumirse que cada bien integrante de la masa de gananciales corresponde por mitades a cada uno de los ex cónyuges. En efecto, el art. 1315, permitiría considerar válida esa presunción al afirmar que “Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y

mujer...”. Esta es una regla general, pero debe destacarse sin embargo, que, hasta que no se haya operado dicha división, no será factible considerar la proporción determinada por ley. Podría ocurrir que, por compensaciones o créditos de un cónyuge sobre el otro, la división no corresponda por mitades, sino en proporciones diferentes. Si a ello agregamos el efecto retroactivo de toda partición, al otro ex cónyuge no le correspondió nada, cuando todo el bien se adjudicó a uno de ellos.

En cuanto a la posibilidad de ejercer disposición sobre los bienes gananciales, la regla general que hemos sentado en materia sucesoria y la exigencia de la voluntad unánime de los comuneros, será también de estricta aplicación en esta comunidad. Por ello habremos de exigir la codisposición de los bienes de la sociedad conyugal una vez producido el divorcio y hasta la adjudicación de los bienes a los ex cónyuges. Es decir que desde el punto de vista del contrato de compraventa, por ejemplo, no bastará el simple asentimiento que prescribe el art. 1277 C.C., sino que ambos ex cónyuges deberán vender juntos el bien de la masa.

VII. Los bienes de la sociedad disuelta

Este es otro de los típicos supuestos de comunidad; cuando disuelta la sociedad civil, aún no ha sido liquidada y los bienes que la integran todavía no se han adjudicado o partido entre los socios.

Como en los otros supuestos, esta situación suele ser transitoria o efímera; pero no siempre ocurre así. En ocasiones la indivisión se prolonga en el tiempo.

Tal como habíamos adelantado, las reglas de la partición en materia de sucesión hereditaria serán también de aplicación a estos supuestos. En efecto, el art. 1788 C.C. establece justamente que “En la división de la sociedad se observará, en todo lo que fuere aplicable, lo dispuesto en el Libro 4 de este Código, sobre la división de las herencias, no habiendo, en este Título disposición en contrario”.

En cuanto a las sociedades comerciales, aun cuando en lo básico corresponda aplicar iguales reglas¹⁰, debe considerarse especialmente

¹⁰El viejo Código de Comercio establecía igualmente: “Son aplicables a las particiones entre socios las reglas relativas a la partición de herencia, la forma de partición y

que, según lo dispuesto por el art. 101 de la ley 19.550, la sociedad conserva su personería a los fines de la liquidación. Los socios, aun en la etapa liquidatoria, no son propietarios en común; la sociedad en liquidación conserva para sí, sólo a esos fines, el dominio de todos y cada uno de los bienes sociales. Ello ya sustrae a esta comunidad de las características exigencias de unanimidad a los fines dispositivos que habíamos visto en los otros supuestos; pues será el administrador quien, cumpliendo su cometido, disponga o distribuya.

las obligaciones que de ellas resultan a los herederos”. La nueva ley 19.550 no prevé dispositivo similar. Ver sobre el punto nuestro *Tracto abreviado registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, págs. 233, 234.

**INCORPORACIÓN DE
ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES NACIONALES**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE DR.
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Julio I. Altamira Gigena

Señor presidente, señores académicos, señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se viste hoy de fiesta porque se incorpora un nuevo miembro correspondiente en la ciudad de Mendoza: el Profesor Dr. Jorge Horacio Sarmiento García.

Para su designación esta corporación ha tenido en cuenta sus antecedentes universitarios, ya que es -como se ha dicho en la resolución que se acaba de leer- doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; profesor emérito de la Universidad Nacional de Cuyo; director honorario del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo; covepresidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación; profesor titular de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, con lo que demuestra su vocación por la docencia.

Es también un serio y prolijo investigador, y prueba de ello son los numerosos trabajos referidos al derecho administrativo, al derecho constitucional y al derecho público provincial, que han sido publicados en nuestro país y en el extranjero.

Para que Uds. tengan una idea aproximada de su forma de pensar transcribiré algunos párrafos de algunas de las tantas exposiciones que ha realizado en su larga vida universitaria.

Para ello comenzaré con la disertación que hizo en Mendoza con motivo de las “Segundas Jornadas Internacionales de Servicio Público”.

En esa oportunidad dijo: “... deseo solicitar que se tengan presentes en el transcurso de este cónclave dos ideas, sobre las que vengo insistiendo machaconamente desde hace muchos años; y ello para

desarrollarlas en la medida de lo posible o para, motivadamente, criticarlas o marginarlas.

La primera es que el fin último de los servicios públicos radica en coadyuvar a respetar la dignidad de la persona humana.

Pensar acerca de la vida moral y jurídica (dado que el derecho es una parte de la ética), supone razonar desde la persona humana, la cual no es incorpórea, sino una unidad de cuerpo y espíritu, o sea, cavilar desde el hombre en su conjunto, en toda la plenitud y la riqueza plural de su existencia espiritual y material.

De allí entonces que el punto de partida para la discusión jurídica sobre los servicios públicos sea esa unidad, teniendo en cuenta ambas dimensiones de la persona y, por ende, especialmente su inteligencia, su libertad, su alma inmortal, en un verdadero humanismo que defiende y exalta a la humanidad y no la degrada.

De esa estructura ontológica del hombre resulta su dignidad; él constituye un verdadero microcosmos, que vale por sí solo más que el universo inanimado, dignidad de la que se desprenden:

- *Que la sociedad es hecha para el hombre y no a la inversa;*
- *los denominados derechos naturales o humanos;*
- *que el desarrollo no debe ser entendido de manera exclusivamente económica, sino bajo una dimensión humana integral, y*
- *que el hombre debe ser agente activo de la vida social, incluso en materia de servicios públicos.*

La otra idea es, la de que el orden económico debe observar ciertos principios éticos...”¹.

En otra oportunidad y para referirse a la responsabilidad estatal dijo: “... Para aprehender el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado, es menester analizar el asunto -en una concepción trialista del mundo jurídico- primeramente en el orden axiológico y, luego, en el normativo-positivo.

En los principios de derecho natural contenidos en el primero se encuentran las primeras razones o fundamentos de tal responsabilidad, principios que siendo obligatorios, absolutos, universales e

¹ Ver: *Servicios públicos*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, obra colectiva, Mendoza, Ediciones Dike, 2001, pág. 14.

inmutables son, por lo tanto, aplicables a todos los Estados, con prescindencia de sus normas positivas e, incluso, en contra de lo que las mismas prescriban.

Es que más allá de su régimen político-jurídico, todo Estado tiene la obligación natural de reparar los daños que con su actividad provoquen, cuando medie una razón de justicia.

Si, por ejemplo, al imponer cargas sociales en la comunidad política se obliga a alguien a más de lo que debe soportar, o al repartir bienes de la misma comunidad se da a algunos de sus miembros menos de lo que se le debe, median daños que deben ser reparados, por violación, y para restaurar, la justicia legal y la distributiva, respectivamente.

*Asimismo, la justicia conmutativa, ordena la actuación estatal inmediatamente al *bonus alteris singularis personae* (aunque mediatamente también la ordene *ad bonum commune*), persiguiendo la composición equitativa de conflictos en los que la relación de deuda entre las personas surge por el intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes de otro, colocados ambos sujetos en situación de igualdad.*

Ahora bien, en los tres casos, una vez determinada la injusticia del daño nace el deber de justicia de restitución o compensación, es decir, de poner al damnificado en posesión o dominio de lo suyo.

Como se ve, son tanto la justicia legal y la distributiva como la conmutativa las que pueden hacer nacer la obligación del restablecimiento del equilibrio alterado por un daño injusto que priva a un sujeto de lo suyo, ya sea que se produzca o no un verdadero beneficio o enriquecimiento de la comunidad.

No debe perderse de vista que el bien común temporal, fin de la sociedad política, tiene como condición y exigencia indispensable la instauración y el mantenimiento de la paz, u orden por la justicia, el que obviamente exige que todo daño injusto sea compensado.

Y siendo el derecho en última instancia la cosa justa, una cierta relación de igualdad cuyo equilibrio se ve alterado por el daño que la rompe o afecta, éste hace nacer la obligación -que no otra cosa es la responsabilidad- de reparar ese daño injusto, como medio indispensable para restablecer el equilibrio alterado

*y asegurar, así, el orden por la justicia, es decir, la paz en la vida social y política...”*².

Hace algo más de un año cuando analizó “La Constitución como fuente formal del derecho administrativo” sostuvo: “... *Creo que es incorrecta la afirmación de que las ‘ramas’ o ‘sectores’ del derecho son disciplinas científicas, lo que se advierte cuando, por ejemplo, se dice que el derecho administrativo es una ciencia, o que el derecho penal es una disciplina científica, incurriendo así en una confusión entre objeto y ciencia.*

Lo cierto es que los distintos sectores o ramas del mundo jurídico son estudiados por diversas disciplinas científicas, constituyendo aquellos el objeto y éstas las ciencias; y así, el derecho administrativo es el objeto que la ciencia dogmática del derecho administrativo estudia primordialmente en el orden normativo (en la estructura tridimensional del mundo jurídico que profesamos).

También se dedican extensos espacios al análisis de las relaciones existentes entre el sector del derecho que se analiza y las otras “ramas”, aunque por la unidad del objeto material de las ciencias dogmático-jurídicas y por la unidad esencial de los fenómenos jurídicos, resulta imposible establecer límites precisos y categóricos entre las distintas ramas del derecho, de donde, consecuentemente, las disciplinas dogmático-jurídicas guardan entre sí múltiples conexiones.

Por otra parte, generalmente se denominan fuentes reales o materiales del derecho positivo todos los fenómenos que concurren, en mayor o menor medida, a la producción de la norma jurídica positiva, y que determinan en diversos grados el contenido de la misma; por ejemplo, hechos, ideologías, valores, etc..

*Por fuentes formales del mismo ordenamiento se suele entender, en cambio, las maneras o modos por los cuales aquél se manifiesta o exterioriza: verbigracia, constitución, ley, costumbre, jurisprudencia, sentencia, acto administrativo, etc...”*³.

² “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, *Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, obra colectiva, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, págs. 381 y 382.

³ “Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo”, *Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Buenos Aires, RAP, 2009, págs. 367 y 368.

Me parece de interés destacar que para su designación los miembros de esta Academia tuvimos en cuenta que el Dr. Sarmiento García es un hombre de trato mesurado y afable con todas las personas, que ha demostrado honorabilidad en la vida privada y pública.

Como tiene un gran sentido de la responsabilidad, no dudo que cumplirá con dedicación y esmero todas las tareas que esta corporación le encomiende y participará también en las actividades que desarrolle el Instituto de la Academia con sede en la ciudad de Mendoza.

Estimado amigo y colega: a partir de este momento se encuentra incorporado, como miembro correspondiente en la ciudad de Mendoza, a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Lo recibimos con los brazos abiertos y con gran alegría.

SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ^{1 2}

por JORGE H. SARMIENTO GARCÍA

Preparamos esta disertación con el ánimo de coadyuvar a evitar el profundo error que, a nuestro juicio, constituye el “positivismo jurídico”, hoy tan extendido, el cual niega o se desinteresa de los principios del derecho natural -que busca en la naturaleza racional del hombre el fundamento de la obligatoriedad de las normas positivas, haciendo primar el contenido sobre las formas-, oponiéndose el iusnaturalismo a las concepciones positivistas que abandonan el análisis del hombre y sus inclinaciones por el de la normatividad fría, continúan en el formalismo estructural y vacío y pretenden convertir al derecho en algo amoral o inmoral.

Consecuentemente, hemos titulado a esta tarea “Sobre la Filosofía del Derecho Administrativo”, aunque pueda resonar pomposo, sencillamente porque la mentada disciplina tiene por objeto el conocimiento y la exposición de los principios y fundamentos de la ciencia jurídica dogmática de esa rama del mundo jurídico, el derecho administrativo.

Se impone recordemos a esta altura que todo aquello de que trata una disciplina se llama, en general, objeto de la misma; pero es necesario distinguir debidamente entre objeto material y objeto formal.

El objeto material es lo que la disciplina estudia, considerado indeterminadamente; el objeto formal lo constituye el aspecto determinado bajo el cual es estudiado.

¹ Por su naturaleza, esta conferencia carece de notas a pie de página; y sin duda han de percibir los que tengan la amabilidad de leerla, las autoridades no citadas.

El hombre, por ejemplo, constituye el objeto material de la biología, de la psicología y de la moral, pero mientras la primera lo considera como “ser vivo”, la segunda lo hace como “ser inteligente” y la última como “ser libre”.

Se advierte, entonces, cómo el mismo objeto material es considerado de distinto modo, según su objeto formal.

Algunas veces el objeto material de una disciplina es suficiente para distinguirla de otras: no hay riesgo de confundir la anatomía con la ciencia del derecho constitucional.

Pero pueden dos o más disciplinas tener, en parte o en todo, un mismo objeto material, ya que una misma cosa puede ser estudiada bajo aspectos diversos, como hemos visto; lo que no pueden tener dos disciplinas es un mismo objeto formal, pues en el momento que estudiaran la misma cosa bajo el mismo aspecto o punto de vista, coincidirían totalmente.

Como el orbe jurídico posee tres dimensiones esencialmente entrelazadas de modo recíproco -desde que abarca lo que dicen las normas “positivas” (“puestas” por los hombres), lo que se hace en la realidad existencial y los principios de derecho natural (“dado” a los hombres)-, en ninguna disciplina jurídica es viable, si pretende una comprensión total de su objeto, abstraer tajantemente una dimensión frente a las otras dos.

Y el mundo jurídico, el derecho, es el objeto material de diversas disciplinas, como la “filosofía jurídica”, la “sociología jurídica”, la “historia del derecho” y las “ciencias dogmáticas”. Estas disciplinas se distinguen por el punto de vista preciso, la formalidad, el aspecto bajo el cual consideran el común objeto material.

Así, y de conformidad con lo expuesto anteriormente, por ejemplo la “filosofía jurídica” estudia primordialmente los principios y fundamentos del derecho, la “sociología jurídica” y la “historia del derecho” consideran principalmente su dimensión fáctica y las “ciencias dogmáticas” cardinalmente las normas positivas, “puestas” por los hombres en el área de la historia.

De modo similar, las mismas ciencias dogmáticas jurídicas (del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho civil, etc.), que atienden primordialmente el aspecto normativo del mundo jurídico, a su vez se diversifican en razón del punto de vista en que lo hacen; v.gr., la ciencia del derecho constitucional se ocupa del orden normativo positivo en cuanto hace referencia a la constitución en sentido material, mientras

que la ciencia del derecho administrativo lo contempla en cuanto regula la función administrativa, elemento de síntesis que refleja adecuadamente la totalidad de las partes que componen a este gajo del derecho.

El objeto material de la disciplina que da origen a este estudio (es decir, la “filosofía del derecho administrativo”), por ende, lo constituye la porción del universo jurídico referido a la función administrativa estatal; y el objeto formal desde donde lo aborda es el de la filosofía práctica, sobre la base que el ejercicio de la libertad y de la autoridad debe ser regulado y valorado -en cuanto a su perfección- de modo racional, rechazando que el ámbito de la praxis en estas materias esté librado a las ideologías o a la mera fuerza.

Sabido es que la expresión “filosofía” proviene de Pitágoras, quien se llamaba modestamente “amigo de la sabiduría”, como protestando contra el jactancioso título de “sabios” que se daban sus antecesores; y la “filosofía del derecho administrativo” es un conjunto de conocimientos -razonados, ordenados en una síntesis lógica armónica, en la que se eslabonan e ilustran entre sí- del derecho administrativo por sus principios y fundamentos, adquiridos con la luz natural de la razón.

La ciencia del derecho administrativo se ocupa preferentemente de “cómo” es el mismo, en tanto que su filosofía nos lleva tras su último “por qué” y el último “para qué”, siéndole aplicable la clásica definición aristotélica: “*cognitio rerum per causas*”.

Por todo lo que llevamos expuesto, si filosóficamente se estudian primordialmente principios y fundamentos del derecho administrativo como guías para elaborar y enjuiciar los contenidos de la normación positiva, se ha de tener en cuenta, además, la relación de las normas cuya elaboración se pretende orientar con las realidades para las que dichas normas son proyectadas; es decir, que quien hace filosofía del derecho administrativo se debe referir también, necesariamente, a la normatividad positiva e igualmente a los hechos de los cuales brota el orden normativo puesto por los hombres y sobre los cuales quiere éste revertir en acción estructurante o modeladora.

De tal modo, se desenvuelven las virtualidades inclusas en los principios, asimilando los ambientes históricos y encarnándolos en las normas, pues aquéllos sólo son apreciables en sus realizaciones, perdiendo su sentido esencial si no se los refiere a un posible derecho positivo, a una regulación de la convivencia u orden social que tiene que hacerse cargo de circunstancias particulares y contingentes.

En definitiva: la filosofía del derecho administrativo examina con predominio el orden o la dimensión axiológica de esa rama del derecho, pero incluyendo necesariamente referencias al área normativa de lo jurídico administrativo y a su espacio fáctico o realidad vital generadora y modificadora del orden normativo positivo, por la relación de esencial implicación que une indisolublemente a las tres dimensiones de este sector del derecho.

De ahí que la perspectiva filosófica conoce y describe el núcleo de juridicidad que explica y justifica en última instancia al derecho administrativo como sector o rama del mundo jurídico; mas si, por ejemplo, se estudia el principio de subsidiariedad, no es dable dejar de considerar si éste es receptado, y cómo, en el orden normativo positivo, y de qué modo se concreta, o no, en la realidad existencial.

Ahora bien, cuando se alude a los principios del derecho administrativo, suele estudiarse indeterminadamente los aspectos que siguen.

- Principios de derecho natural fundantes del derecho positivo (los límites del poder político) y que, cuando lo son, se encuentran como “el alcohol dentro del vino”, en la feliz expresión de Francesco Carnelutti.

- Principios de derecho natural, primario o secundario (derecho a la vida desde la concepción en el seno materno, a la defensa en juicio), que son receptados y consagrados expresamente en el derecho positivo, pasando por tanto a ser también normas jurídicas positivas del mismo jaez.

La ciencia dogmática del derecho administrativo, con la ayuda de la filosofía, descubre los principios del derecho natural fundantes de las normas o anclados en ellas, como también principios que del sólo análisis de las normas puestas por los hombres en el área de la historia pueden extraerse (a veces, el informalismo a favor del administrado).

Y la filosofía del derecho administrativo, aparte de considerar primordialmente los principios del derecho natural, los distingue de los otros, clasificando y ordenando, constituyendo esta disciplina un presupuesto del saber científico y del obrar prudencial de los operadores del derecho, los que se mueven en planos en que aumenta la practicidad y disminuyen la universalidad y la claridad.

Las disciplinas jurídicas y, por tanto, las ciencias dogmáticas jurídicas (como la del derecho administrativo) son prácticas y no meramente especulativas, en la división primera del saber, según Aristóteles; se trata no de conocer por conocer, sino de conocer para obrar.

Bien se ha dicho que el objeto terminal del conocimiento jurídico (y, por tanto, de sus ciencias dogmáticas) es siempre una decisión jurídica a tomar en una circunstancia concreta.

Todas las indagaciones y construcciones del jurisconsulto o científico del derecho, están encaminadas a preparar la decisión jurídica. Con esta finalidad aquél analiza las normas, utilizando los aportes de la filosofía jurídica, de la historia del derecho, de la sociología, etc..

Destacamos en especial la importancia que tiene el conocimiento por parte del científico del derecho (jurisconsulto) de los principios del orden natural que deben orientar su labor de señalar a los creadores del derecho positivo (legislador, juez, administrador) las decisiones correctas.

Las proyecciones, en la dogmática, de lo que antecede son prácticamente inconmensurables, por lo que nos limitamos a señalar las siguientes:

Primera. La concepción trialista del derecho o mundo jurídico, impide la consideración exclusiva de las normas, la que ha llevado a la construcción de sistemas a veces de gran perfección lógica, pero desvinculados de la realidad y hasta de la justicia.

Segunda. Además, el trialismo jurídico obliga a los autores y operadores de las normas a rendir cuentas de las razones de justicia, con beneficio para la seguridad jurídica.

Tercera. También por ello, y por la afirmación de las ciencias dogmáticas como prácticas (tal, la del derecho administrativo), es de sostener que, cuando se justifica o condena un determinado sistema normativo, o se pretende influir sobre legisladores, jueces o administradores, en razón de los sucesos tal como son o han sido y de los principios que gobiernan todo el orden de la conducta, no se decae de la dignidad científica.

Ahora bien, no podemos marginar lo que sigue en torno de la doctrina científica.

Hoy no se considera como fuente formal del derecho a la opinión de los especialistas expresada en sus escritos (a diferencia de lo que ocurría en Roma con la famosa “Ley de citas”), mas sería un grave error desconocer su importancia práctica, o limitarla a una mera identificación de las normas.

La doctrina se integra con conocimientos no especulativos sino prácticos, pues no conoce sólo por conocer sino para obrar; pero aunque tiende a resolver problemas concretos, su grado de practicidad es distinto al de la jurisprudencia: mientras ésta es inmediatamente práctica ya que

busca la solución directa a los casos reales, aquélla se mueve en un nivel de cierta generalización, estudiando los derechos y las soluciones en sus rasgos comunes, haciendo abstracción de lo propio y particular de los casos concretos, los que sí son estudiados y resueltos en última instancia por los jueces.

Sin duda que los doctrinarios no pueden crear normas jurídicas positivas, mas es incuestionable que pueden ayudar a interpretarlas adecuadamente y a inducir de ellas ciertos principios, siendo por ende su influencia persuasiva, derivada del valor intrínseco de los argumentos que empleen.

No creemos, entonces, que su misión sea solamente descriptiva de las normas positivas pues -con su saber relativamente especulativo y relativamente práctico, ya que el fin inmediato de su conocer no es dirigir la acción concreta- deben inducir en definitiva al creador del derecho a operar bien, posibilitándole -especialmente en el caso de los jueces- adoptar la mejor solución del caso traído a su conocimiento.

Bien se ha escrito que la doctrina es muchas veces como prejurisprudencia, pues ella se elabora por los especialistas en la soledad silenciosa y abstracta de la biblioteca y después el juez, "*cum strepitu iudicii*", la somete al reto de los hechos: si la doctrina resulta ser instrumento adecuado para resolver con justicia el conflicto planteado, el juez la sigue y con ello pasa a ser jurisprudencia.

Además, es sabido que la norma jurídica (general o individual), que conceptualiza la conducta humana en su libertad, se distingue esencialmente de la ley física y su fórmula precisa, que conceptúa relaciones necesarias entre fenómenos, lo que es propio de las ciencias exactas y experimentales de la naturaleza.

La ley física se aplica indiferentemente a todos los casos particulares una vez que se han uniformado las condiciones experimentales ("el calor dilata los metales"). Aquí todas las leyes son impersonales, anónimas o indiferentes, se cumplen exactamente igual en las mismas circunstancias.

Pero la norma jurídica no es similar a la ley física ni el derecho una técnica social análoga a la técnica físico-matemática ni un hacer fundado en el cálculo y en el experimento, sino regulación de la conducta humana construida en base a la prudencia, la que presupone el conocimiento:

- de los principios que gobiernan toda la extensión del orden ético (apareciendo aquí el aporte filosófico),

- del orden normativo positivo (objeto primordial de las ciencias dogmáticas), y

- de las condiciones y circunstancias concretas que componen el caso singular.

Pero el solo conocimiento es impotente para conducir a la solución normativa adecuada; es menester además un acto de voluntad recta.

La prudencia es una de las virtudes cardinales y sólo cuando es constante y perpetua la voluntad de dar a cada uno lo suyo, ésta moverá a la razón para que dicte una solución conforme a la verdad.

Dentro del marco de posibilidades que siempre se ofrece al creador de derecho positivo, la razón descubrirá la resolución justa y acertada si la voluntad aspira a los verdaderos principios, con lo que nuevamente volvemos a los principios y a la filosofía, que los estudia con preferencia.

Y subrayamos que en las resoluciones o actos de imperio de la prudencia, esencialmente referidos a lo concreto, falto por sí de necesidad y no existente aún, no encontraremos la seguridad que se hospeda en la conclusión de un raciocinio teórico. El prudente no espera certeza donde y cuando no la hay, ni se deja tampoco embaucar por falsas certezas.

La ideología de la seguridad jurídica, expandida por la Revolución Francesa y por el éxito de las armas imperiales, fue construida en torno de la primacía absoluta de la ley -con una autoridad fundamentada en el mito de la voluntad de la nación formulada por los representantes del pueblo- y del contrato, y, complementariamente, de la idea del juez como autómatas silogístico de los preceptos legales o convencionales, actuando con un razonamiento deductivo compuesto de tres proposiciones, la tercera de las cuales (conclusión o sentencia) era la consecuencia única de las dos primeras (premisa mayor: ley o contrato, y menor: el caso concreto).

Pero tal ideología no ha podido prevalecer sobre la realidad, pese a los siempre renovados esfuerzos de los ideólogos, pues la verdad es que debe reinar aquí la doctrina de la prudencia.

Por cierto que compartimos la preocupación por la actual “huida de la justicia”, aunque pensamos que la solución no pasa por el dogma de la suficiencia de la ley y el contrato y la ilusión de los jueces como meros aplicadores de sus disposiciones, sino por la idoneidad técnica y moral, la imparcialidad e independencia de los mismos.

Entiéndase bien: no negamos la importancia de la predicción de soluciones a posibles controversias; mas pensamos que en definitiva lo más

valioso es la solución final de las mismas, a cargo en última instancia de los jueces.

No se dude de que postulamos y favorecemos la seguridad jurídica, que es sin duda un principio de derecho natural y que implica que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos:

- previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus efectos;
- protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico.

Mas ello en modo alguno implica aceptar “la ideología” de la seguridad jurídica.

En rigor, la seguridad jurídica requiere soluciones “probables”, no “necesarias” como las de los saberes teóricos; y el juez debe concretar prudentemente lo justo en el caso traído a su conocimiento y decisión con el instrumento de la ley o del contrato, emitiendo un juicio práctico acerca de cuál es la solución concreta que en mayor medida contempla las razones de bien particular y de bien común en el caso singular.

En un reciente libro que titula *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*, Agustín Gordillo, entre otras cosas, sostiene que:

- Podremos o no estar ya inmersos en un orden jurídico mundial, pero en todo caso la tendencia hacia él parece indubitable, no habiendo vuelta atrás en aquel creciente ordenamiento.

- Hace ya muchos años que los ordenamientos jurídicos nacionales, sobre todo los que constituyen un Estado de derecho, vienen convergiendo hacia un sistema cada vez más globalizado, donde tienden a primar los valores o principios por encima de las normas, sean ellas constitucionales, legales o desde luego reglamentarias. Si bien esos valores son fundamentalmente los relativos a la seguridad y a la justicia, cabe incluir en ellos (entre otros) aquellos relativos a la razonabilidad de las medidas que los Estados de derecho adoptan, lo cual tiene inevitable repercusión sobre las economías nacionales y la economía mundial en la cual se insertan.

- Son cada vez más los supuestos en que el derecho aplicable, tanto en el orden externo como interno, proviene de normas internacionales a las cuales se ha prestado acatamiento voluntariamente y que tienden a su vez a generar normas de segundo grado, como ocurre en el caso del lavado de dinero y muchas otras cuestiones. No parece posible un retorno de esa tendencia universalista; aunque su avance sea lento, es totalmente irreversible.

Compartimos en general la tesis de Gordillo, pensando que puede coadyuvar a fundamentar sus aseveraciones la concepción, ya expuesta, de que el mundo jurídico, el derecho, tiene una composición tridimensional, en la cual el orden de los valores -o principios del iusnaturalismo, estudiados primordialmente por la filosofía jurídica- que deben actualizar las normas, son universales.

Agrega Gordillo que el neoconstitucionalismo (que entiende se remonta al constitucionalismo alemán de la Constitución de Bonn de 1949) y el supra constitucionalismo, vienen a superar el positivismo del previo siglo XX y parte del XIX y a reconocer que los grandes valores y principios jurídicos están por encima de la norma nacional positiva, a lo que agregamos que, ello así, siempre que se trate de los “auténticos” valores y principios, determinados por la filosofía jurídica.

Volviendo a los principios, recordamos que ha escrito Romano Guardini que la obra de Platón ha puesto en claro para siempre que existen valores incondicionados que pueden ser conocidos y, por tanto, que hay una verdad; que esos valores se reúnen en la elevación de lo que se llama “el bien”, y que ese bien puede realizarse en la vida del hombre, según las posibilidades dadas en cada caso; que su filosofía ha mostrado que el bien se identifica con lo divino, pero que, por otra parte, su realización lleva al hombre a su propia humanidad, al dar lugar a la virtud, la cual representa vida perfecta, libertad y belleza.

Hay necesidad entonces, en primer término, de conocer aquellos tan mentados principios o valores. Mas es obvio que no basta el conocer (*nosse*), mediante el cual se interioriza en el sujeto operante el imperativo de la conciencia moral, sino que es menester, además, el querer (*velle*), habida cuenta de que puede la persona, de hecho, elegir entre la verdad de la conciencia moral y la esclavitud de los vicios; y si la voluntad elige la primera, adquiere la *bonitas ordinis*, mediante la cual la persona se orienta subjetivamente para desarrollar su vida de perfección en la moralidad que la compromete íntegramente en la actividad realizadora de los valores humanos.

Se requiere, por último, lo que Tomás de Aquino llama el *usus activus* (*posse*), que significa el paso del sujeto de la fase deliberativa a la ejecutiva.

Todo esto es fundamental en el operador jurídico, especialmente en los que tienen mando *in lato sensu*, convertido en necesario, en última instancia, por el derecho que en principio cada persona tiene de recibir de la autoridad aquello que no puede alcanzar en orden a su perfección.

Queremos indicar, en definitiva, que corresponde prestar la mayor atención a la espiritualidad profesional del iusadministrativista, esto es, el impulso vital hacia su perfeccionamiento integral mediante el cumplimiento perfecto de su oficio.

Así, al enfermo de *curiositas*, informática y mediática, hay que hablarle del valor de la estudiosidad que lo introducirá en la verdad y lo comprometerá con ella; y al soberbio, que se considera dueño del bien y del mal, hay que predicarle el valor imperecedero de la humildad, verdadera roca moral sobre la que ha de fundarse toda obra jurídica auténticamente humana.

Hay, en suma, que hablar de virtud, de apetito de superación, de vocación a la perfección, expansión ineludible hacia lo más noble, lo sublime, lo óptimo, hasta vivir en un orden moral donde impera el señorío de lo mejor.

Pese a que en el ámbito del derecho existe una porfía desde el siglo XVIII por limitar los aspectos subjetivos, reduciendo el papel de aquellos operadores jurídicos al de meros aplicadores de la norma, no son pocos los que siguen “estando con o vuelven a” quienes enseñaron que el tema del derecho, su interpretación y aplicación, es inseparable del de la prudencia y de las virtudes en general, con todo lo que tiene de incierto, variable y subjetivo, y aunque muchos esperan que llegue pronto algo capaz de relegar la cuestión de la virtud a una pieza de museo, hay que reconocer que se trata de una tendencia que está durando... y acrecentándose.

Aunque subsiste la propensión a forjar sistemas políticos, jurídicos, económicos y pedagógicos que prescindan del incómodo tema de las virtudes, esas estructuras que pretenden no requerir de hombres justos para su buen funcionamiento, han dado frutos amargos: desde el totalitarismo que trajeron ciertos sistemas utópicos, hasta la amenaza creciente de la tremenda corrupción en las sociedades.

Por eso no es casual que haya en nuestros días un número suficiente de personas que quieren pensar y caminar en la dirección virtuosa, aunque a veces pueda resultar enojoso para muchos...

Para finalizar: es incuestionable que hay que practicar el respeto por las convicciones de los demás, esto es, la tolerancia, cuya marginación ha sido causa de dolorosas experiencias del pasado, tolerancia que no excluye ni la existencia ni el conocimiento fundamental de la verdad, sino que demuestra su búsqueda en el camino de la libertad.

Mas se debe ser realmente tolerante, esto es, no desde el vacío moral e ideológico, sino desde la fortaleza que proporciona una verdadera identidad.

Así las cosas, no tememos adherir a las recias palabras de otro Santo: *“La transigencia es señal cierta de no tener la verdad. Cuando un hombre transige en cosas de ideal, de honra o de Fe, ese hombre es un... hombre sin ideal, sin honra y sin Fe”*.

Y es obvio que cuando hemos hablado de las virtudes que deben conformar la personalidad del auténtico jurista no implica, en modo alguno, la presunción de poseerlas.

Con Jean Guitton, no descartamos que nuestra actitud pueda parecer a algún escéptico efecto de malquerencia, respondiéndole al tal que, en verdad, *“Lo que yo poseo, lo que tú buscas con esperanza o desesperanza, deseo transmitírtelo no para condenarte, sino para unirnos”*.

RECEPCIÓN DEL ACADEMICO CORRESPONDIENTE
PROFESOR DR. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Manuel Cornet

Señor presidente, señores académicos, señores profesores, magistrados, discípulos del Dr. Alvarado Velloso; estudiantes, señoras y señores:

Siento un profundo honor y gozo al asumir ante esta corporación y por su disposición, la presentación del Dr. Adolfo Alvarado Velloso, para su investidura como académico correspondiente en Rosario, provincia de Santa Fe.

La presentación académica encomendada debe contener una visión completa y concreta de los principales antecedentes del incorporando y de los rasgos más destacados de su personalidad humana y científica.

Nació en Rosario el 1º de mayo de 1935, es probable que por ello se trata de un trabajador infatigable.

Abogado desde 1961, fue funcionario judicial desde 1956, magistrado judicial desde 1962 y juez de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario desde enero de 1972 hasta octubre de 1989, fecha en la cual se retiró del Poder Judicial.

Resulta muy complicado efectuar una breve síntesis de la inmensa actividad jurídica del profesor Alvarado en la docencia, el ejercicio profesional, la literatura jurídica, las conferencias y la organización de eventos académicos a nivel mundial

Hoy ejerce la profesión desde 1988 ante los tribunales de Rosario, Buenos Aires y Asunción del Paraguay.

Para entender la personalidad de quien hoy se incorpora tenemos el rótulo de la obra en que el mundo procesal homenajeó al Maestro “*La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso*”.

Como se expresa en el Prólogo de dicha obra, desde su bella y generosa Rosario que lo acunó y formó, salió a recorrer el orbe procesal portando la bandera de un proceso con igualdad de los parciales como último bastión de la libertad.

A este viajero incansable tuve la suerte de conocerlo en una aeropuerto y tomando un café entre amigos comunes me impactó su simpatía, cordialidad, sencillez y caballerosidad.

Tan cierto es lo que digo que cuando le solicité algunos datos personales para esta presentación me contestó: que lo mejor de su incorporación será la presentación del suscripto.

Es el creador de la *Escuela de Derecho Procesal Garantista*, fundada por él en su ciudad de Rosario, echando por tierra ello de que nadie es profeta en su tierra.

Como expresa en la obra homenaje el procesalista paraguayo Sebastián Irun Croskey, *“una escuela no se funda de la noche a la mañana, ni basta sólo el deseo de voluntad. Hace falta un liderazgo intelectual de aquél cuyas ideas están llamadas a perdurar, no sólo por el esmero en que ello ocurra o la adhesión espontánea de la comunidad académica, sino por su propio peso, por su propio mérito”*.

De su curriculum podemos decir, en muy breve síntesis, que es:

Director de numerosas carreras de post grado en Argentina, República de Panamá, en Chile.

Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Garantista (desde 2000).

Director asesor de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista (desde 2003).

Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (desde 2005).

Profesor invitado en la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba.

Distinguido por numerosas universidades argentinas y latinoamericanas y España.

Doctor *Honoris Causæ* por la Universidad Central de San José, Costa Rica (2001).

Ha sido:

Docente universitario desde 1967, de numerosas universidades argentinas.

Catedrático visitante de las Facultades de Derecho en Alemania, España, Italia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y numerosas de nuestro país.

Autor de numerosas obras publicadas en el país y el extranjero, de muchos artículos, ensayos, prólogos, comentarios, reseñas, sentencias, notas a fallo, etc., publicados todos en la Biblioteca de la Academia Virtual.

En el epílogo de la obra homenaje ya citada, expresa Maximiliano García Grande, que quien haya leído el libro y no tenga la inmensa fortuna de conocer a Adolfo Alvarado Velloso deberá saber, inexorablemente, que el homenajeado es abogado, ex juez, escritor, profesor honorario de varias universidades latinoamericanas, catedrático visitante de diversas universidades del mundo, doctor *honoris causa* por la Universidad Central de Costa Rica, cantante amateur, hedonista profesional, catador gastronómico empedernido, orador locuaz, viajero incansable, amigo generoso y jurista distinguido. Es un amante del folklore.

Excelente *cocinero*; prepara las comidas en su casa o en su estudio, en ambos lugares tiene el lugar apropiado para ello y él mismo sirve cuando recibe a sus amigos y discípulos.

Asistente a congresos y jornadas pero distingue muy bien la *comensalidad*, actividad para compartir con los amigos, *de la congresalidad*, actividad académica

Es un cultor de la amistad formando grupos de amigos muy fuertes ente sus discípulos, como acredita las presencia de muchos de ellos en esta Academia.

Para entender a quien hoy incorporamos a esta corporación tenemos que en un mundo donde la posmodernidad, producto de la globalización, ha consagrado la superficialidad, la pérdida de valores, la laicización de la sociedad, el relativismo, hablar de *Alvarado Velloso*, es hablar de un jurista que, en estos tiempos defiende los valores que en definitiva son siempre universales, producto de lo que hizo el hombre en el pasado y de lo que debe hacer el hombre en el futuro, ya que los mismos, hacen a la dignidad de la persona.

El proceso no es producto de un nacimiento social instantáneo, sino que se fue recreando a través de la sociedad que fue construyendo el hombre.

En una primera etapa la ley de la venganza, en una segunda etapa la ley del Talión, en una tercera etapa con la creación del Estado moderno como comunidad jurídica y culturalmente organizada dentro de un territorio determinado, la asunción por parte del Estado del ejercicio de la función jurisdiccional y, en una cuarta etapa la limitación de los poderes del Estado, producto de la división de los mismos, que consagró el constitucionalismo inglés a través de Locke y luego recreó Montesquieu y la doctrina constitucional americana que a través de sus tribunales puso en práctica la primera Constitución del mundo que es la de Estados Unidos de 1787.

Este liberalismo dieciochesco creó valores que tiene todo individuo frente al Estado, como es el *principio de legalidad, igualdad, el principio de la fundamentación de la sentencia en forma legal, el derecho al debido proceso, el derecho de defensa*, etc. y que en el proceso se reflejan como producto de cada época.

Así como dice Bergman en su libro *La condición jurídica de Occidente*, la escritura que fue impuesta por el derecho canónico dentro del proceso, nació para dar seguridad y evitar como dice el autor en cita, que las palabras se las lleve el viento y por ello que el proceso quede escrito para seguridad de los intervinientes.

El proceso moderno trajo la oralidad con tribunales colegiados, que daban seguridad y evitaban la arbitrariedad de un solo juez, medio que progresó con la técnica al poderse grabar el proceso mientras se tramita a través de técnicas audiovisuales, pero lo más importante son los principios que se crearon a través de muchos años en el derecho procesal:

- Principio de inmediación.
- Principio de impulso procesal.
- Principio de gratuidad.
- Principio de confidencialidad.
- Principio de bilateralidad y contradicción
- Principio de congruencia.
- Principio de economía procesal y eficacia del proceso.
- Principio de debido proceso.

- Principio de preclusión.
- Principio de adquisición.
- Principio de eventualidad.
- Principio de carga procesal.
- Principio de concentración.
- Principio de autoridad.
- Principio de celeridad.
- Principio de la escritura u oralidad en el proceso.
- Principio de formalismo.
- Principio de legalidad.
- Principio de separación de poderes.
- Principio de legalidad de las formas.

Estos principios muchas veces son lacerados y violados so pretexto de la urgencia de la sociedad moderna, a causa de cambios sociales, que en definitiva lo que traen es la anarquía en la sociedad y a veces las dictaduras de quienes componen el Poder Judicial, porque no solamente el Poder Judicial debe ser independiente, sino que debe respetar los dogmas que tiene nuestra Constitución y no pueden convertirse los jueces en legisladores que, con pretexto de una interpretación dinámica del derecho, vulneran y pisotean principios que ha costado mucho elaborar a los argentinos.

Alvarado Velloso frente a verdaderos abusos por parte de los jueces que con pretexto de un activismo sano, se convierten en Robin Hood de la justicia, ha levantado su bandera de resistencia ante el acecho del populismo y autoritarismo.

Alvarado Velloso viene denunciando el excesivo “activismo judicial” latinoamericano protagonizado por jueces que se sienten seres sobrenaturalmente dotados para hacer justicia, apartándose de la norma, lo cual también ha sido señalado por el *Dr. Armando Andruet*, académico de esta corporación, en un trabajo publicado el año pasado en donde habla del peligro en que se puede caer a través de un activismo judicial exagerado.

No soy procesalista, pero sé que hay valores y principios que son como el derecho natural, universales e inalterables, y que *Alvarado* es un defensor a rajatabla de los mismos, porque tiene una visión del más allá, del futuro y de que todo futuro para llevar la paz social a través del proce-

so debe recrear y mantener los valores que tienen las características antes descriptas porque si no vamos a crear un mundo caótico, anárquico y superficial del cual todos los argentinos, cuando a la noche prendemos la T.V. y vemos los noticieros se refleja por la anomia cotidiana que tanto dirigentes como pueblo tiene en este país.

Por eso hablar de la personalidad de quien hoy se incorpora a esta Academia es hablar de un hombre al que no le interesa el existismo fácil sino que muchas veces es un Quijote que pelea contra los molinos de viento y es muy importante que en esta Argentina de hoy tengamos presente hombres de estos valores porque nuestro futuro depende que haya muchos que lo imiten y que no se dediquen a hacer el cambio fácil, sino en pensar en políticas de largo alcance, más allá de los gobiernos de turno, con objetivos comunes para que hagan que el proceso, a pesar de los cambios sociales, cumpla con el objetivo que es el hacer justicia y traer paz social.

Bienvenido Profesor Alvarado Velloso a esta corporación.

EL GARANTISMO PROCESAL ¹

por ADOLFO ALVARADO VELLOSO ²

SUMARIO: I. Qué es el proceso: su causa y su razón de ser. II. Los principios que regulan el proceso. III. Los sistemas judiciales. 1. El sistema acusatorio o dispositivo. 2. El sistema inquisitorio. 3. El sistema mixto. IV. Qué es el debido proceso. V. Qué es el garantismo procesal. VI. Qué es el activismo judicial desde la óptica garantista.

Hace ya tiempo que en el mundo del derecho se ha instalado un importante debate acerca de las diferencias existentes entre los denominados *activismo judicial* y *garantismo procesal*, sobre los cuales existe arduo debate doctrinal en la Argentina

Me propongo explicar aquí qué es el movimiento filosófico autodenominado *garantismo procesal*, hoy con ramificaciones en toda la América hispanoparlante y en Brasil, España e Italia. De tal modo, el lector podrá comparar su contenido con el de la filosofía que muestra en su discurso el *activismo judicial*, acerca del cual ilustra abundante literatura en todos los países de este continente.

Para esto, no tengo más remedio que abusar de la paciencia del lector y así, recordar conceptos por todos conocidos pero respecto de los

¹ Discurso de incorporación en sesión extraordinaria del 17 de noviembre de 2009, con motivo de su incorporación como académico correspondiente.

² Profesor de Teoría General de Derecho Procesal en varias universidades de América. Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Garantista. Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Su currículo puede ser visto en www.adolfoalvarado.com.ar

cuales tales movimientos discrepan grandemente por tener diferentes causas, *fuerza* y *fin*.

Y ello porque el garantismo postula y pretende la irrestricta y plena vigencia del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, tanto penal como civil, mientras que el activismo acepta y mantiene el sistema inquisitorio o inquisitivo para todo tipo de juzgamiento. Y, como luego se verá, ambos son claramente antagónicos e incompatibles, lógica, jurídica y moralmente.

Que esta explicación sirva de respetuosa excusa por la reiteración de las ideas que comienzo a presentar seguidamente.

I. Qué es el proceso: su causa y su razón de ser

No obstante que muy prestigiosa doctrina ha sostenido que todos saben dónde está el proceso pero nadie puede decir qué es, y que ha sido calificado como un *drama* y, más aún, como un *enigma* y un *misterio*, desde el más remoto pasado se ha dado toda suerte de explicaciones acerca de *qué es el proceso*, particularmente cuando se trata de establecer su naturaleza jurídica.

Por mi parte, sostengo desde antaño -y lo adelanto brevemente ahora- que sólo es un *método pacífico de debate dialogal y argumentativo*³.

Y para explicar ello creo que el punto de partida debe estar en la inicial determinación de su *causa*: la existencia de un *conflicto intersubjetivo de intereses* en el plano de la realidad de la vida, que hay que solucionar lo antes posible para mantener la cohesión del grupo social en un lugar y tiempo dados.

Históricamente, tan grave problema de convivencia se solucionó sólo con la *autodefensa*, mediante la aplicación de la *razón de la fuerza* por los propios antagonistas entre sí, hasta que se entendió que debía darse preeminencia al *diálogo* y, por ende, a la *fuerza de la razón*, gracias a lo cual se posibilitó la *autocomposición*, que se mantiene hasta hoy. Y con ello, la sociedad ganó muchísimo en tranquilidad y en paz.

³ Y no como un *método de investigación*, tal cual lo concibe el sistema inquisitorio, como luego se verá.

Cuando por las razones que fueren esa autocomposición no era posible, la civilidad no dejaba al individuo -y hasta hoy- otra alternativa que la de la heterocomposición pública, que opera bajo la forma de *proceso judicial*.

A base de ello, y completando lo recién señalado en cuanto a que es *método de discusión*, lo presento ahora como un *medio*⁴ de debate dialógico y argumentativo que se realiza entre dos sujetos naturalmente desiguales situados en posiciones antagónicas respecto de un mismo bien de la vida y que se igualan jurídicamente a los fines de la discusión merced a la actuación del director del debate, que como tal luce y debe lucir siempre tres calidades esenciales: *imparcialidad, imparcialidad e independencia*, todo lo cual asegura la permanente bilateralidad⁵ de la audiencia.

Así concebido y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, creo que en tales términos puede afirmarse que la *razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz* y de respeto a normas adecuadas de convivencia que todos deben acatar⁶.

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley en tanto que otras amplíen notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan jus-*

⁴ Atención a la idea: el proceso es *método* y, como tal, *medio* y no *meta* a lograr (la meta del proceso como medio de discusión es la *obtención de una sentencia*). En cambio, en el proceso visto como *método de investigación*, la meta es la búsqueda de la verdad, a veces a cualquier trance y precio. Adelanto desde ya que en caso de existir tensión entre *medio* y *meta* (método y sentencia), el pensamiento garantista *privilegia siempre el método* pues, de no ser así, habrá que dar razón postrera a Maquiavelo: el fin justifica los medios...

⁵ La *bilateralidad* significa *audiencia recíproca*. De tal modo, y gracias a ella, todo lo que dice o hace una de las partes debe ser comunicado a la otra para que diga y haga lo que quiera al respecto. Y viceversa.

⁶ Quede en claro desde ya que para el garantismo, el proceso poco tiene que ver con la *búsqueda de la verdad*, como habitualmente se dice de su objeto o de su razón de ser. Ya volveré recurrentemente sobre el tema.

ticia por mano propia. Y para eso, la discusión pacífica regulada por la ley. Terminada ella, y siempre que los propios interesados no hayan logrado autocomponer el conflicto, su heterocomposición la realiza el juez en su sentencia que, así vista, se erige en el *objeto* del proceso⁷.

II. Los principios que regulan el proceso

De la mayor importancia resulta ahora establecer cuáles son los *principios* procesales, entendidos como las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

De tal modo, un *principio* es simplemente un *punto de partida*. Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Si se lee con atención cualquier obra de la asignatura, se verá que siempre existe un capítulo destinado a la puntual explicación del tema, al que invariablemente se le da la denominación de “principios procesales”⁸.

⁷ Utilizo la palabra *objeto* en su cuarta acepción española: *término* o *fin de los actos*. De donde resulta obvio que la sentencia no puede integrar el método y, por ende, que no debe ser considerada como un *acto procesal*. Por haberse hecho así durante más de un siglo, se han generado gravísimos problemas interpretativos que hay que erradicar a toda costa.

⁸ De aquí en más, cuando hable de “principios”, así entre comillas, estaré refiriéndome al vocablo equívoco que se utiliza habitualmente en el derecho procesal. Cuando lo

Y, además, se advertirá que su contenido remite a muchas cosas que no son similares entre sí. Acorde con ello, por ejemplo, se habla del *principio de igualdad*, del *principio de inmediación*, del *principio inquisitivo*, del *principio de imparcialidad*, del *principio de oralidad*, del *principio acusatorio*, etc.

Pero si se *piensa el derecho* (lo que implica meditar lo que se dice y no aceptar sin más y a ciegas las opiniones ajenas so capa de la importancia autoral de quien las expresa) y se lee atentamente cada uno de tales “principios” y se los compara con los demás, se advertirá que con esta palabra -“principios”- se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso ya que se trata de otro baldón de *equivocidad* por *multivocidad*⁹.

utilice en sentido propio y único que creo es correcto, lo llamaré simplemente *principios*, sin el uso del comillado.

⁹ En el comienzo de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el derecho. Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan pues -para referir a uno solo de los problemas que justifican tal postura- existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equívoco*, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico. Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química “H₂O”, seguramente que todas identificarán en sus mentes el objeto *agua*. Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*. Esta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco*. Propongo ahora hacer experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización -no ya de personas con relativa cultura- se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas: a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etcétera) (respuesta del civilista); b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista); c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista); d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos*

Lo que corresponde hacer para solucionar el problema apuntado es indagar la *esencia* misma de cada uno de estos llamados “principios” a fin de poder metodizarlos adecuadamente. Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas que, en verdad, deben ser denominadas diferenciadamente.

Y esto es así pues la mayoría de los “principios” enunciados por los autores se presenta con esencia *binaria*, como *pares antinómicos*: oralidad o escritura, mediación o inmediatez, preclusión o libre desenvolvimiento, etc., cosa que permite al legislador optar por uno o por otro al momento de normar. Y cuando elige uno para consagrarlo en la ley, por ejemplo, la *inmediatez*, deja de lado automáticamente a su par *mediación*, pues resulta imposible aceptar que el juez pueda actuar con mediación e inmediatez al mismo tiempo.

Al lado de ellos, hay otros “principios” que se presentan invariablemente en forma *unitaria* pues no admiten lógicamente la existencia de un par antinómico. Por ejemplo: la *imparcialidad del juzgador* (¿o qué? ¿la parcialidad?), la *igualdad de las partes litigantes* (¿o qué? ¿la desigualdad?).

Dadas estas obvias diferencias y habida cuenta de que algunos “principios” hacen a la *esencia misma del proceso*¹⁰ en tanto que otros no, ya

debe (respuesta del procesalista). ¿Puede concebirse mayor confusión terminológica? Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del derecho *es un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la lógica. Se aprende en ella que el *término*, el *vocablo* que utiliza el jurista, constituye sólo la expresión simbólica de un *concepto* (el Derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la *proposición* es la expresión simbólica de un *juicio* y que el *argumento* es la envoltura verbal de un *razonamiento*. Para mayor complejidad del problema en el caso que ocupa ahora nuestra atención, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho*, de *demanda* y de *facultad*; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción *cambiaría*, acción *civil en caso de delito*, acción *penal*, etcétera. Y este no es un fenómeno único en el derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono*, *absolución*, *apremio*, *carga*, *competencia*, *jurisdicción*, *prueba*, etcétera, etcétera. Como puede apreciarse, todo lo contrario de un *lenguaje científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equivoco* (de ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que ¡conversaciones entre sordos!).

¹⁰ Lo que significa que si están ausentes se genera un simple *procedimiento* y no un *verdadero proceso*. Y esto es muy importante de comprender pues, en la historia del

que refieren sólo a cómo se desarrolla el trámite procedimental con el cual tramitan, se aceptará buenamente la opinión de quienes proponen denominar *principios* sólo a los *unitarios* en tanto que propician el uso del sintagma *reglas procedimentales* (propias de las actividades de procesar y de sentenciar) para nombrar a todos los *binarios*.

Finalmente, en la doctrina autoral mayoritaria hay otros dos “principios”: el *acusatorio* o *dispositivo* y el *inquisitorio* o *inquisitivo* que no son unitarios y, por tanto, no puede ser catalogados como *principios*. Pero tampoco son *reglas* aunque se muestren con apariencia *binaria* ya que, en esencia, son *sistemas de enjuiciamiento* y, como tales, comprenden una suma diferenciada de verdaderos *principios* y de auténticas *reglas*.

derecho procesal, no siempre se ha efectuado tal distinción, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo. Se entiende por *procedimiento* -concepto puramente *jurídico*- la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una *consecución de actos*. Por lo contrario, se entiende por *proceso* -concepto puramente *lógico*- el *medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad* según cierto procedimiento preestablecido por la ley. En rigor de verdad, se trata de una *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables*. De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada). Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia. El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquél respecto de quien se insta. Surge de lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso*. La distinción es importante, porque: 1) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos; 2) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley, origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso. Para finalizar: debe quedar en claro que en el curso de este trabajo deberá entenderse por *proceso el método de debate pacífico, dialogal y argumentativo sostenido entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*. Y no otra cosa.

De ahí que en esta exposición presentaré como tópicos diferentes a los *principios procesales*, a las *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar y a los *sistemas de enjuiciamiento*.

Como se comprenderá cabalmente luego, el *sistema acusatorio* es la conjunción de los principios que hacen a la esencia misma del proceso y que aparece como tal en el mundo jurídico sin importar las reglas que se utilicen al efecto¹¹ para el desarrollo de su trámite. Del mismo modo, el *sistema inquisitorio* es una simple sumatoria de reglas procedimentales que se exhiben siempre en forma aislada y carentes de los principios antes enunciados¹².

Así concebidos, los *principios procesales* -propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que le otorgan los autores que he consignado precedentemente- son sólo cinco¹³, y su enunciación debe comenzar por el más importante de todos: el de la *imparcialidad del juzgador*.

A los fines de este trabajo, importa sólo que me ocupe de él, ya que su conceptualización es lo que diferencia liminarmente a *activistas* y *garantistas*.

La idea de *imparcialidad* indica que el *tercero*¹⁴ que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar clara-

¹¹ Es claro que el sistema *acusatorio* genera siempre un *verdadero proceso* en tanto el juez es imparcial y, con ello, posibilita la igualdad de los parciales. Y a estos fines, es indiferente si el trámite es oral o escrito, con o sin intermediación, etc.

¹² Si bien se mira, el sistema *inquisitorio* es un conjunto de reglas que no responden a los que he calificado como *principios* procesales, pues en tanto el juez es quien lleva el impulso procesal y, además, procede de oficio (en lo penal) y prueba por sí mismo las afirmaciones de las partes civiles que ellas no se han ocupado de probar, resulta obvia su pérdida de imparcialidad en los términos en los que se la conceptúa en este trabajo. Para terminar: nada importa si un trámite es oral o escrito cuando el juez no es imparcial: lo que resulta de ello será siempre un *procedimiento* y no un *verdadero proceso*. Ya se verá bien el porqué de ello en el texto.

¹³ Son: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de los parciales (partes) que litigan; 3) la *transitoriedad* del proceso como medio de debate; 4) la *eficacia* de la serie procedimental prevista por el legislador y 5) la *moralidad* en el debate. El desarrollo íntegro del tema lo hago en *El debido proceso de la garantía constitucional*, con varias ediciones en países diferentes.

¹⁴ Ser *tercero* o tener la calidad de *terceidad*, implica ser *neutral* (ni uno ni otro: *neutralidad*), *ajeno* al objeto de la discusión y a las partes que discuten (*ajenidad*).

mente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo¹⁵; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez.

Por ejemplo, implica *ausencia de prejuicios* de todo tipo (particularmente racial o religioso); *independencia de cualquier opinión* y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; *no identificación con alguna ideología* determinada; *completa ajenidad* frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la *influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística*, etcétera. Y también es *no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso* y evitar toda *participación en la investigación de los hechos* o en la *formación de los elementos de convicción*, así como de *fallar según su propio conocimiento privado el asunto*¹⁶, etc.

Todo esto que se presenta como obvio -y lo es- no se ve tan claro a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura.

Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos -particularmente los magistrados judiciales- sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas.

¹⁵ Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no se puede hablar con propiedad de una *imparcialidad judicial* en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador o el impulsor oficioso de la llamada acción penal"... Es decir: *juez y parte*. Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de probar hechos controvertidos y no probados adecuadamente por el interesado a quien le incumbía la carga de hacerlo..

¹⁶ Ya se sabe que esto se encuentra prohibido desde hace siglos.

Por eso es que se dice despreocupada y erróneamente que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan.

Y ello ocurre pues los jueces en general han visto desde siempre la palabra *imparcialidad* desde una óptica puramente *personal* y nunca desde la *funcional*, que es de donde corresponde verla.

Es cierto que un juez impoluto del sistema inquisitivo puede no tener interés personal en que alguien gane o pierda. Pero es obvio que el interés debe ser *funcional*, de la misma forma que debe tenerlo el fiscal, de quien siempre se ha dicho absurdamente que es la *parte imparcial* del proceso penal¹⁷.

De tal forma, el juez *no debe tener interés personal ni funcional* en el desarrollo ni en el resultado del proceso.

Si bien se miran todas las cualidades definatorias del vocablo que he mencionado *supra*, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra¹⁸.

La natural consecuencia de esta concepción de la *imparcialidad* genera el segundo de los principios y al que la doctrina coloca siempre por sobre el primero. Me refiero al de *igualdad de las partes* que tiene vigencia en tanto el juez sea imparcial.

Y es que, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia, protagonista y antagonista). Y bien sabido es que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso¹⁹.

¹⁷ Sin advertir quienes así lo afirman que esto es una *contradictio in terminis* (una contradicción del sustantivo por el adjetivo), dislate lógico imposible de explicar. Es lo mismo que decir lo bueno malo, lo bello feo, etc.

¹⁸ Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre -y con absoluta buena fe- que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal* o *espiritual* que, de existir, no empañan a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el inspector JAVERT para justificar su tenaz persecución al desgraciado JEAN VALJEAN: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

¹⁹ Todas estas ideas las he desarrollado detenidamente en mi *Sistema procesal: garantía de la libertad*, 2 ts., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate²⁰ se efectúe *en pie de perfecta igualdad*²¹.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad o contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso*. Pero nunca un verdadero proceso, tal como se lo concibe en este trabajo, acorde con el mandato constitucional.

A esta altura, creo que ya estoy en condiciones de explicar cómo funciona cada uno de los dos *sistemas judiciales* referidos precedentemente.

²⁰ Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes -protagonista y antagonista- no están interesados en la búsqueda de la verdad -cual lo afirman ilustres tratadistas- sino ¡en *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

²¹ Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

III. Los sistemas judiciales

Véanse ahora las diferencias existentes entre ambos sistemas ya referidos.

1. El sistema acusatorio o dispositivo

Es un método *bilateral* en el cual dos sujetos naturalmente desiguales²² discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida²³.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso) y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, y las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema.

²² La *desigualdad natural* de los hombres es evidente: todos somos diferentes ya que hay quienes *son más que otros* (no importa al efecto si la diferencia radica en el peso, altura, belleza, fuerza, inteligencia, astucia, etc.: siempre hay uno que *es más que otro*). Y esa desigualdad puede ser la fuente del ejercicio de la *fuerza* en la solución de los conflictos que aparecen en la vida real. Por ejemplo, quien es más rápido, puede robar una cartera y salir corriendo sin ser alcanzado, y su fuerza es su rapidez. De la misma forma, quien es más astuto puede vender un buzón a otro; quien es más grande puede pegar al más chico, etc.

²³ Adviértase que la idea lógica de proceso requiere la presencia contemporánea de *tres personas*: quien pretende, aquel respecto de quien se pretende y el tercero que dirigirá el debate y que eventualmente lo sentenciará. De ahí su tipificación como método *bilateral*.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe resolver conforme con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica del *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible y, por tanto, inconfundible que une a tres sujetos en una relación dinámica y continua.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios.

Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador.

Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente -y hasta hoy- con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez;*

- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez;*

- el juicio es *público*, salvo casos excepcionales;

- existe *paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias* entre actor (o acusador) y demandado (o reo);

- y *el juez es un tercero* que, como tal, es *imparcial, imparcial e independiente* de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;

- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para ade-

cuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley ²⁴;

- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (declaración indagatoria y absolución de posiciones);

- correlativamente exige que cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia;

- se prohíbe la tortura;

- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa

- y quién lo acusa

- y quiénes son los testigos de cargo;

- etcétera.

²⁴ Es de toda obviedad que el *Derecho* no privilegia a la *Verdad* como un valor jurídico de máxima importancia ya que, con mirar detenidamente a la *Ley*, se advierte que los valores trascendentes son la *paz social*, con el consiguiente respeto a las reglas de convivencia, y la *certeza de las relaciones* individuales lograda con el simple acatamiento de la normativa vigente en un lugar y tiempo dados. Si la *Verdad* fuere un auténtico valor y el más importante para el *Derecho*, cual lo sostiene el *activismo judicial*, todas las instituciones legales tendrían que ordenarse lógicamente con ella para mantener un sistema coherente y comprensible. Y la simple revista de la ley procesal muestra sin más que no es así, ya que no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada *búsqueda de la verdad real* y la *absolución por la duda*; y el *sobreseimiento*, tanto definitivo como provisional; y la *caducidad de la instancia*; y la *prescripción liberatoria*; y la *carga probatoria*; y la *caducidad de las prueba por negligencia del oferente en su producción*; y la *congruencia procesal* del juzgador en su sentencia en función de lo pretendido, resistido y regularmente probado; y la *cosa juzgada material*; y la prohibición legal de discutir la *causa obligacional en juicio ejecutivo*, donde sólo se acepta la excepción de inhabilidad de título pero referida exclusivamente a sus aspectos externos (y nunca a su causa); etc., etc. Pero además, y tal como luego lo sostendré en el texto, los jueces no pueden hacer lo que quieren a puro voluntarismo en cualquiera y en todo caso, pues siempre están sujetos a la aplicación de la Constitución y de la Ley; y de caducidades; y de prescripciones cuando han sido alegadas; y de preclusiones; y de requisitos de oponibilidad, de admisibilidad y de fundabilidad, que muchas veces deben ser aplicados de oficio; y de instancias de parte legitimada e interesada; y de cosa juzgada; y de litispendencia; etc., etc. ¿Cree el lector que, de verdad, la *Verdad* importa tanto en el proceso como para ser erigida en el valor fundamental a tener en cuenta por los jueces para resolver un litigio?

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

2. *El sistema inquisitorio*

Originariamente, fue un método *unilateral*²⁵ -y sigue siéndolo- en el cual el propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien sigo llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación -he aquí la perversa novedad del sistema- *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente. Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Sólo que -otra vez- por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación... Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público.

De allí que las características propias del método eran:

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto;
- el juez era la *misma persona* que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social;

²⁵ Adviértase que la idea lógica de *procedimiento*, que es la que existe en el sistema inquisitivo, requiere la presencia contemporánea de *dos personas*: aquel respecto de quien se pretende y quien pretende y, al mismo tiempo, dirige el debate y eventualmente lo sentencia. De ahí su tipificación como método *unilateral*.

- para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*;
- y se creyó que sólo era factible encontrarla con la *confesión*²⁶; de ahí que ella se convirtió en un *medio de prueba* y, luego, en la reina de todas las pruebas (la *probatio probatissima*)²⁷;
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada²⁸.

En la actualidad este es el método que se practica en casi toda América para el juzgamiento penal²⁹ y que se aplica en todas partes para lo civil con las lógicas atenuaciones del tiempo que se vive (por ejemplo, ya no puede decirse que haya tortura indiscriminada en todas partes).

3. *El sistema mixto*

Comparando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los conocidos como *dispositivo e inquisitivo* son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se

²⁶ Hasta entonces un *sacramento* que posibilitaba al pecador confesar sus pecados a un sacerdote para obtener su absolución si se daban dos condiciones: la existencia de verdadero arrepentimiento y el firme propósito de no volver a pecar.

²⁷ Hasta hoy: *a confesión de parte, relevo de pruebas...*

²⁸ Que desde los orígenes de la civilidad empleó el método triangular, propio del sistema acusatorio.

²⁹ Hago esta referencia pues en varios países americanos se ha intentado poner en vigencia el sistema acusatorio (por ejemplo, Chile, Paraguay, algunas provincias argentinas, Colombia, Nicaragua, etc.) y en todas partes funciona mal pues los jueces encargados de aplicarlo han sido formados profesionalmente durante muchos años en la aplicación del sistema inquisitivo y, acostumbrados a él, deforman al acusatorio a tal punto que dan órdenes a los fiscales acerca de cómo deben actuar o, lo que es peor, prueban las pretensiones de éste cuando ha sido inoperante o fallan más allá de sus pretensiones o se enredan en preguntas y repreguntas a partes, testigos y peritos ¡so pretexto de formar convicción para fallar adecuadamente el caso litigioso! Ya me ocuparé en el texto de este gravísimo tema, que con su persistencia ha logrado que la masa del pueblo descrea del nuevo sistema ante la constante crítica que le hace diariamente el periodismo amarillo instalado en los medios masivos de comunicación.

puede hablar seriamente de una suerte de **convivencia** entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado.

Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve -por más de quinientos años- hoy abundan los *códigos mixtos*, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, ¡predominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas..!

*No obstante ello -y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos- no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues **disposición e inquisición** son posiciones que generan sistemas de procesamiento **incompatibles** en su esencia. Por eso es que **no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto** ³⁰.*

*Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación, recorro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de prueba de afirmaciones contradichas. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de **medidas para mejor proveer o resolver**, otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la **verdad real** acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de prueba, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etc.*

Afirmo que tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez

³⁰ No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* que indican cómo procesar, que pueden llegar a combinarse en el tiempo. Y hago la advertencia pues lo que vengo explicando hasta ahora no es una simple regla para instrumentar el método de debate; más que ello, es la representación en el proceso de filosofías políticas antagónicas que no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistémica*.

*la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a **cargas, plazos, negligencia, caducidad**, etcétera, en materia de ofrecimiento y producción de la prueba*³¹?

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto?

A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante más de *quinientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*). Además, toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años '50 del siglo pasado en adelante ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes autoridades de América. Incluso quien esto escribe.

Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil.

³¹ Adviértase que si en un vaso de agua pura y cristalina se echa una sola gota de tinta azul, todo el contenido se tiñe de ese color. Y nunca será más lo que era hasta momentos antes. Igual cosa ocurre en el proceso: puede afirmar el legislador que norma a base de un sistema puramente acusatorio. Pero si en el respectivo contexto inserta una sola norma que tolere la *prueba oficiosa* del juzgador, por ejemplo, tiñó todo el cuerpo legal del más puro inquisitivismo...

C.N., art. 29: “El congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni la *suma del poder público*, ni *otorgarles sumisiones* o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

C.N. art. 109: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir tal estado de cosas y, para eso, esta obra. Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en el país hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29 y 109.

*Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, reitero que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura, ni puede concebirse más liberal: acordaron la **igualdad ante la ley**, remarcaron la **inviolabilidad de la defensa en juicio**, establecieron el principio del **juez natural** y el del **estado de inocencia**, prohibieron la **condena sin juicio previo fundado en ley anterior** al hecho que motivó el proceso, etc.*

*Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era -y es- un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de **igualdad** y el otro en la de **imparcialidad** (lo cual ocurre **exclusivamente** en el sistema dispositivo o acusatorio).*

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal hasta hace poco tiempo) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez *es juez y parte* al mismo tiempo³². Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: al juez-acusador y al reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política o caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino lo ha lle-

³² Y esto está prohibido desde la Ley de Partidas.

vado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del **debido proceso** al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica -indebidamente- la denominación de **procesos**. Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

IV. Qué es el *debido proceso*

Desde el siglo pasado la doctrina publicista se refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso concebido como *método de discusión* y no como *medio de investigación* aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, sólo algunas cartas políticas del continente incluyen la adjetivación *debido*, en tanto que en otras la norma se concreta a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile.

El origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales³³ y de allí pasa con diferentes denominaciones al grueso de las constituciones americanas.

³³ Su texto dice en su parte pertinente que no podrá “someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”. Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados confederados) donde se utilizan palabras similares: “... ningún Estado podrá

Tal vez por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el cual -por ejemplo- se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de América hispanoparlante.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia local, podría decirse que el debido proceso:

- supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia,

- implica el *libre acceso* al tribunal,

- y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada),

- la determinación previa del *lugar del juicio* y

- el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*;

- comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*,

- adecuado a la *naturaleza del caso justiciable*

- y *público*,

- con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la *prueba*, comprende

- el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes

- y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico". En la Argentina la norma constitucional es más decidora e importante pues declara el derecho a la *inviolabilidad de la defensa en juicio*. Y es *inviolable* lo que no puede ser violado (desobedecido, incumplido, quebrantado o profanado).

- En cuanto atañe a la *sentencia*, comprende el derecho de
- que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente*,
 - que emita su pronunciamiento en forma *completa*: referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable,
 - *legítima*: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales,
 - *lógica*: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común,
 - *motivada*: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y
 - *congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas* inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en autocontradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o prescinde de prueba decisiva, o invoca jurisprudencia inexistente, o incurre en excesos rituales manifiestos, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o incurre en autocontradicción, etc.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la *idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, tal cual lo he explicado prece-

dentemente y mediante el cual opera y puede operar el sistema acusatorio. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Conforme lo sostenido precedentemente, ya puedo afirmar que la idea constitucional de *debido proceso* se encuentra única y exclusivamente en el *sistema acusatorio* por la clara concepción que allí se hace del *principio de imparcialidad*, tal he explicado con detenimiento *supra*.

De la misma forma, puedo afirmar que el *sistema inquisitorio* no permite la existencia del *debido proceso* pues funciona a base de puras reglas y sin la presencia de los principios esenciales que hacen que el procedimiento sea sólo eso y no un verdadero proceso.

La flor y nata de la filosofía del *activismo judicial* en la Argentina no comparte esta afirmación y, antes bien, sostiene que el procedimiento inquisitorial es *verdadero proceso* y, como tal, suficiente garantía constitucional.

Si bien se mira, se advertirá fácilmente que ambas posiciones difieren en la concepción de la imparcialidad judicial, pues el activismo la finca sólo en la persona del juez y no en sus atributos funcionales.

Y ello torna inconciliables las posiciones doctrinales que sostienen ambos movimientos, tal como se verá seguidamente.

V. Qué es el *garantismo procesal*

Ya creo estar en condiciones de referir al tema, lamentablemente bastardeado hasta el cansancio por el periodismo que se ha adueñado de los sistemas de justicia de nuestros países e insiste en aconsejar a los jueces cómo deben actuar en sus respectivos juzgamientos, tanto en lo civil cuanto en lo penal. Y, muchas veces con supina ignorancia, les reprocha dura y públicamente si hacen lo contrario, sin advertir que ellos no pueden apartarse sin más, con alegría y sin consecuencias personales disvaliosas de la normativa constitucional, de la de los Pactos que integran el bloque constitucional que nos consiguió el advenimiento de la democracia y de las leyes vigentes. Y todo ello no es bueno para la salud de la República.

Insisto en esto: es por todos conocido que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de

alguna prensa amarilla y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia en un país que se dice culto, ha originado en la población una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) -sostenida por numerosos medios de información³⁴- que pregona la necesidad de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, hacer que no haya excarcelación alguna, etc.

*Ya se sabe que esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de **solidaria**, generadora del **solidarismo penal**³⁵ y éste, a su turno, del **solidarismo o decisionismo**³⁶ **judicial**, y que se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más **activos**, más **viriles** y a la par más **piadosos**, más **comprometidos con su tiempo** y decididos a **vivir peligrosamente**, con la Verdad y con la Justicia.*

*Gracias entonces a la recurrencia de ese periodismo de barricada y mostrando una filosófica **progre** y **light** a la cual se ha sumado inexplicablemente importante número de procesalistas, se ha entendido que la palabra **garantismo** representa cosa anómala,*

³⁴ Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condicionan gravemente.

³⁵ Ser *solidario* es mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La noción se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario. Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata -nada menos- que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

³⁶ Se conoce como *decisionismo* a la misión que cumple el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

perversa y extravagante, pues se afirma con insistencia que sólo se intenta con sus postulados dejar prontamente en libertad a los más crueles y desfachados facinerosos que, según los críticos deberían estar presos de por vida como ejemplar escarmiento. Y si es sin sentencia, ¡mejor!

*Nada de ello es exacto: como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el **garantismo** pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico. Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales*³⁷.

Se colige de lo expuesto que el garantismo se muestra antagónico con el *solidarismo judicial* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*; tampoco pretende que no haya presos sino que los que lo estén se encuentren en esa calidad por razón de una sentencia judicial³⁸).

Y es que el *proceso judicial* es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquiera persona -comenzando por el de *libertad*- y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente sólo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y razón* y quiere significar que, por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

³⁷ Que es precisamente lo que el juez jura hacer cuando es investido del cargo. En mi larga vida en el Poder Judicial, nunca he jurado *hacer justicia* ni *buscar la verdad* en el proceso sino “respetar y hacer respetar la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten...”.

³⁸ Ya he afirmado antes de ahora que la *prisión preventiva* nada cautela y que, en esencia, constituye lisa y llanamente un *adelanto de pena*.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la *Justicia*, la *Verdad*, el *compromiso del juez* con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino -así de simple- de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretendían un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!).

Reitero: el *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces -insisto que comprometidos *sólo con la ley*- declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: *inquisitivo* y *dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante -sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él- le parece que quien pretende tiene directamente la razón (... se habla de la existencia de *indicios vehementes*...).

Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*).

En cambio, los procesalistas penales -que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)- exigen

cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente -1998- ha comenzado la vigencia de un nuevo Código Procesal Penal en la Provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, ha logrado que su interpretación casatoria *prohíba bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de prueba!*

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal...*³⁹.

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces pueden o no, por ejemplo). Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del Poder, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la iglesia, las fuerzas armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etc., etc.

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en la Argentina en las últimas décadas.

Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco -el solidarismo judicial- parece realmente peligroso para la vigencia de la República pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno devastador que ha dado en conocerse como globalización, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: el del

³⁹ ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, *que habitualmente sí maneja derechos disponibles, no sólo puede sino que debe salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales?* ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

dinero, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*.

De ahí la importancia de conocer el tema, a lo cual aspira contribuir el texto de este trabajo.

VI. Qué es el *activismo judicial* desde la *óptica garantista*

Es indudable que la justicia de América se encuentra en gravísima crisis: el número de jueces y de funcionarios existentes en las plantas de personal de los diversos poderes judiciales no se corresponde con la magnitud del trabajo que deben cumplir diariamente; la crisis es persistente por coexistencia de un cúmulo enorme de causales que nadie quiere enfrentar y, en su caso, revertir; ha crecido desmesuradamente el índice de litigiosidad, tanto en lo civil como en lo penal; en numerosos países se exhibe una clara y a veces descarada injerencia del poder político de turno en su operativa diaria cuando no un indebido control del contenido de las sentencias de los jueces; etc., que no es posible solucionar desde el derecho procesal y en tanto no haya voluntad política de hacerlo.

Pero, además, la crisis ha sido alimentada por otros factores: la inexplicable complacencia de la justiciabilidad de casos claramente no justiciables; la aceptación inmediata por parte de los jueces de los llamados derechos de tercera generación que se aplican sin más aun sin haber sido reglamentados⁴⁰; la indebida importación de soluciones

⁴⁰ Al incorporarse al bloque constitucional los pactos internacionales que declaran y consagran los que ha dado en llamarse derechos de la tercera generación, el Parlamento argentino no se ha molestado hasta ahora en reglamentar su ejercicio. Y en razón de que los jueces han entendido que tales derechos no son programáticos sino directamente operativos y, por tanto, de inmediata ejecución, los aplican a casos concretos y puntuales cometiendo para ello graves tropelías con otros derechos individuales tan importantes como los que quieren proteger. Ya se verá más adelante un paneo de la jurisprudencia

jurisprudenciales vigentes en el sistema del *common law*⁴¹ y que resultan extrañas al orden jurídico nacional; la prédica constante, apasionada y de buena fe de los autores que se enrolan en la doctrina publicista y el desconocimiento casi generalizado del orden de los valores jurídicos que consagra la Constitución; la fascinación que sobre los hombres de buena fe y,

decisionista que impera hoy en el país con el beneplácito de los activistas judiciales. Pero como para muestra basta un botón, recuerdo aquí el caso de la provincia de Entre Ríos que se puede ver en http://www.diarioc.com.ar/inf_general/Reemplazan_al_juez_que_ordenó_entregar_alimentos_a_un_desocupado/1328 y en <http://www.nbi.org.ar/wp-content/uploads/2009/08/Defensor-del-Superior-Tribunal-de-Justicia-c.-Provincia-de-Entre-Rios.doc>

⁴¹ Por ejemplo, el *certiorari negativo* que tan rápido prendió en la jurisprudencia de la Corte y que ha echado por la borda todo el sistema romanista del que ha hecho siempre gala la Argentina. Y es que, a efectos de lograr su intervención cuando fuere menester y más allá de la ley y de la admisión de un recurso extraordinario, se importó desde los Estados Unidos de América el *writ of certiorari*, mediante el cual la Corte de allí abre a voluntad, discrecionalmente y sin fundamentación alguna, los casos que estima deben ser tratado por ella en tanto el tribunal es un obvio órgano de cogobierno en el país. En puridad de verdad, esto es una simple *avocación* de la Corte respecto de un caso concreto. Y desde esta óptica es que debe ser estudiado el tema. Y esto es bueno dentro de un orden jurídico sistémico, pues se permite al máximo tribunal del que se trate intervenir frente a situaciones cuya gravedad puede poner en peligro la existencia o subsistencia de los valores que rigen toda la normativa legal. Claro es que tales situaciones generan estados de excepción y deben ser tratadas como lo son: excepcionalmente. En esta tesitura, la Corte local permitió la apertura de su sede luego de decir que tenía facultades de avocación no obstante carecer de ley reglamentaria al respecto. Y, así, dijo que para ello se exige la existencia clara de cuestión federal y de gravedad institucional, que opera sólo en el marco de la competencia federal, que puede interponerse directamente ante la propia Corte y que no es menester guardar en la presentación los recaudos formales propios del recurso extraordinario. Sin perjuicio de lo expuesto, el *certiorari* se utilizó también por la Corte *para cerrar su competencia, no sólo para abrirla*. Y esto se produjo mediante la ley 23.774 que modificó los arts. 280 y 285 del C.P.C.C. Nación con pautas que no se conciden con el sistema jurídico vigente en nuestros países que exigen desde las propias constituciones la fundamentación congruente de todas las resoluciones judiciales. Y esto parece, a primera vista, ser de manifiesta ilegitimidad, no obstante que la mejor doctrina nacional haya aplaudido largamente esta novedosa institución sosteniendo que “vino para quedarse” como fórmula aceptable para terminar con la fenomenal mora de la Corte. Y es que la Corte, *sin fundamento alguno*, rechaza *por infundado el más fundado* de los recursos. En verdad: una ofensa para la abogacía sería que aún cree en la justicia.

particularmente, de los jueces consagrados a su ministerio⁴² despierta siempre el sistema inquisitivo en homenaje al valor justicia que allí puede lograrse según el particular sentido de cada uno; etc.

Y todo ello, en conjunto, ha logrado instalar en la mente de muchos jueces argentinos la idea de un sano *activismo* que, si bien al comienzo y sin decirlo se presentaba como una suerte de *derecho de excepción*⁴³ terminó generalizándose en:

a) La *prueba de oficio* por el juez de las pretensiones improbadas de las partes, que en la Argentina se hace en lo civil mediante el uso de las llamadas *medidas para mejor proveer*⁴⁴.

⁴² Como se trata de un sistema de investigación y no de debate igualitario, el sistema se basa en la figura hegemónica del propio juez, con poderes adecuados al efecto.

⁴³ Así lo afirman hoy los propios sostenedores del activismo. Ver, por ejemplo, los trabajos contenidos en la obra *Activismo judicial y garantismo procesal*, editada por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba bajo la dirección del Prof. Ariel Álvarez Gardiol. No obstante, lo que nació como excepción es hoy regla contenida en los códigos de algunas provincias argentinas y su uso ha generado abuso.

⁴⁴ Las leyes en general refieren como ejemplos de estas medidas que los jueces pueden ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes y terceros, pedir informes, ordenar reconocimientos, avalúos o algunas otras diligencias necesarias, aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos, etcétera. Como ejemplo de la desmesura legal, la Ley 50 facultaba a los jueces a ¡poner posiciones a las partes! No estoy de acuerdo con esta extensión. Creo que el juez de lo civil, atado legalmente a las reglas del *onus probandi*, sólo puede dictar este tipo de medidas cuando tiene pruebas convictivas que son claramente contradictorias y, entonces, busca argumentos para poder fundar su pronunciamiento en una de ellas. Y nunca para suplir a las partes, subrogándolas en su actividad de probar. Por su parte, el juez de lo penal está atado constitucionalmente a la *presunción de inocencia*, por lo que no deben decretarse jamás y bajo ninguna circunstancia salvo que tengan la única finalidad de beneficiar al reo. Acá es donde se ve con total claridad que si el juez penal dicta prueba de oficio para formar convicción acerca de la autoría imputada al reo, lo hace para suplir la inactividad del fiscal y tiene la única finalidad de lograr la condena del imputado. Esto, que suena tan fuerte, se comprende con facilidad si se tiene presente que las medidas para mejor proveer sólo pueden ordenarse en caso de *duda (carencia de convicción)* y que precisamente por ello, resultan asaz improcedentes en el campo de lo penal en razón de que tal duda autoriza sin más a decretar la absolución del imputado, por simple aplicación del antiguo brocardico *in dubio pro reo*. Veamos: si el juez tiene dudas acerca de la culpa del imputado, debe absolver sin más conforme con el principio que muestra y acepta el *constitucional estado de inocencia de todo ciudadano*. Si no lo hace y pretende salir de la duda mediante el resultado de una eventual *medida para mejor proveer*, parece obvio que la intención del

b) La aplicación de instituciones ajenas a la idea constitucional del *debido proceso*: la *inversión de las cargas probatorias legales* mediante la utilización del concepto de *cargas dinámicas*⁴⁵.

juez al declararlas *es lograr siempre la posibilidad de una condena*, con lo cual muestra una clara parcialidad que destroza la idea del debido proceso. En efecto: si las ordena y no se practican o resultan anodinas para el resultado de la causa, el juez persiste en la duda y *debe absolver*; si las practica y, a la postre, resultan favorables al reo, también persiste la duda y *debe absolver* a base de ella; si las practica y salen en contra del reo, el *juez condenará*. ¿No parece así claro que dicta tales medidas sólo para posibilitar la condena y, con ello, no resulta ya obvia su inconstitucionalidad?

⁴⁵ Esto es tanto o más grave y preocupante que todo lo ya expuesto: se trata de una notable institución gracias a la cual el juez cambia, al sentenciar, las reglas del juego que escrupulosamente respetaron los litigantes durante todo el desarrollo del proceso, en clara muestra de decisionismo pues el juez falla como le parece aun en contra de lo expresamente establecido para el caso en la ley positiva.

Añares ha llevado a lograr la compleja elaboración que determina con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso: hoy se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos probatorios suficientes como para producir convicción. En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de probar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos probatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de prueba (ya se ha visto que esa actividad vulnera la imparcialidad) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía probar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió probar un hecho afirmado y negado por su antagonista y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación probatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Ya se puede colegir que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de probar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*. Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de *pura objetividad* a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el

efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años. Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar absurdamente *sobre ambas partes por igual* (¡!). Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que no merece ser atendida. Sin embargo, tal doctrina ha ido actualmente mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de probar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones -haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países- y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia probatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar"*. Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato. Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América Latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* -es decir, después de que el proceso terminó- que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (¡!). En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo después de que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso. Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado. Por ejemplo, en el C.P.C.C. de la Nación Argentina, en cuyo art. 377 se establece con absoluta claridad que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto

c) *La tutela anticipada* de toda suerte de pretensiones ⁴⁶.

jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...” Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas “probatorias”* no puede coexistir con la norma pretranscripta, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- es la que debe regular todo lo referente a la incumbencia probatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia probatoria* -que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*- no es en sí mismo un tema propio de la prueba judicial sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

⁴⁶ Mediante esta vía el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados. En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión. Para ello, algunas leyes toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando: 1) existe verosimilitud del derecho *en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias*; 2) se advierte en el caso una *urgencia impostergable* tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría; 3) se efectivice la contracautela suficiente; 4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva. Y, a veces, la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que “la decisión no configurará prejuzgamiento”. Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible -algunas veces, *sine die*- la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial y que genera más descrédito

d) La eliminación del proceso mismo como medio de debate cuando al juez actuante le parece que no hace falta sustanciarlo pues le cree lisa y llanamente al peticionante y, con ello, dicta *sentencias autosatisfactivas*⁴⁷.

en el sistema de justicia. Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva. Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio*. Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímida-mente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra*. Ello es una muestra más de que: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones que ya he expuesto al tratar el tema. Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela. Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua. Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una pseudo cautela. Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna. Con excepción, por cierto, del C.P.C. del Perú y, en la Argentina, partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos *proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

⁴⁷ Esto es consecuencia del activismo de los jueces: inteligente doctrina ha generado una nueva suerte de medida cautelar que se conoce con el nombre de *medida autosatisfactiva* que, en el sentir y en el discurso de quienes la propician, viene a constituirse en la *solución eficaz para los planteos urgentes*. Y esto lo hacen bajo el lema: *derechos evidentes, satisfacción inmediata*. Claro está, esta nueva institución -que se basa en la adopción del sintagma *indicio vehemente*, de antigua prosapia en el derecho canónico- no tiene naturaleza cautelar pues no accede a proceso alguno. Tal vez porque esto no se ha advertido o, quizás, porque la gente está cansada de tanta ineficiencia procesal, la idea ha prendido en la jurisprudencia nacional y se ha institucionalizado la figura que, a la postre, ha servido para hacer mayor daño a la justicia. Por supuesto, el resolver cualquier cosa sin el *control previo de todos los interesados* e imponer a voluntad un resultado que no puede ser desconocido por quien sufre sus efectos inmediatos, puede ser subyugante para todos los miembros de la administración en general y, particularmente, para las autoridades policiales o militares, que se concretan a *ordenar* y no admiten discusión alguna sobre *lo ordenado*. Pero cuesta creer que algunos pocos magistrados judiciales -ejerciendo una profesión que desde siempre es clara muestra de ponde-

e) La *flexibilización de la regla procesal de la congruencia*, lo que le permite al juez fallar un asunto litigioso de esencia transigible más allá de lo pretendido y aceptado por las partes.

ración y mesura- acepten realizar lo mismo. Descarto que lo hacen con la más absoluta buena fe profesional y con el elogiado deseo de que pueda obtener pronta y fácil justicia quien la requiere con urgencia, Pero creo que, maguer ello, proceden ilegítimamente a tenor de expresas cláusulas constitucionales que operan como firmes garantías para todos los justiciables. En este tren de cosas, la actividad se retroalimenta en forma circular y crece -sin parar- cada día más. Y así, desde la posibilidad de resolver *autosatisfactivamente*, algunos jueces -los menos, claro está- han empezado a apartarse del orden jurídico al cual parecen no sentirse vinculados. Y copiando asistémicamente aspectos puntuales propios del realismo norteamericano, hacen ahora juzgamiento mental acerca de la bondad, oportunidad y justicia intrínseca de la norma que corresponde aplicar a un caso concreto según el sistema vigente. Y si no les gusta -otra vez *lo good* por sobre *lo right*- fallan en equidad -en rigor, *a voluntad*- y en contra de la norma expresa de la ley. Veáanse algunos pocos ejemplos de ello en casos que tomo de la prensa escrita, concretándome al efecto a insertar aquí un resumen de la nota periodística: 1) “Como no podía competir contra los precios subsidiados de los productores del Brasil, una Cámara de Productores avícolas de Concepción del Uruguay pidió que la justicia prohibiera *autosatisfactivamente* la importación de pollos eviscerados de aquel país, o bien que estableciera un cupo. El juez que actuó en la emergencia así lo hizo y ordenó a la Subsecretaría de Comercio Exterior, a la Administración Nacional de Aduanas y al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria que implementara *medidas inmediatas* para que sólo pudiera importarse determinada cantidad de kilos de pollo”. 2) “Un abogado rosarino quería instalar en su teléfono un identificador de llamadas, pero la respuesta de Telecom, era que no podía hacerlo porque la calidad de la línea no lo permitía. Por eso pidió a un juez que le ordenara a la empresa telefónica que, en el plazo de cinco días, le brindara el servicio en condiciones normales. Y el juez acogió el pedido”. 3) “Una mujer desempleada de Lomas de Zamora pidió a un juez bonaerense que su obra social continuara prestando el servicio asistencial a su hijo oxígeno dependiente más allá del plazo del cese de su cobertura porque el hospital público de la ciudad todavía no contaba con el equipamiento necesario para atender al chico”. 4) “En un amparo de un particular contra la *Organización Veraz* para que acreditara documentadamente una supuesta deuda del interesado con el Banco Francés, respecto de la cual aparecía como moroso, se condenó a *Veraz* como responsable y se extendió la responsabilidad al propio Banco Francés y, además, al Banco Central de la República por carencia de control efectivo sobre el tema”. 5) “Un particular cliente de un servicio de cable de TV sostuvo haberlo contratado para poder ver la transmisión de los partidos de basketball de la NBA de los Estados Unidos. Por razones contractuales entre el prestador del servicio -Galavisión- y la cadena de transmisión ESPN, los partidos dejaron de ser transmitidos. Sobre esta base pidió que se dispusiera la continuidad de la prestación, lo que fue ordenado *autosatisfactivamente*”. Los ejemplos pueden continuar en gran número. Pero ya es suficiente para que se aprecie la magnitud de esta novedosa

f) El desconocimiento del valor político de la *cosa juzgada* cuando hay jueces que no aceptan el sentido de justicia contenido en la sentencia que ganó tal efecto ⁴⁸.

g) La eliminación de la preclusión procesal ⁴⁹ pues ella hace prevalecer la pura forma por sobre el sentido de justicia, etc.

En suma: en todos los supuestos mencionados en la nómina precedente, se elimina la idea de proceso como *método de discusión* y se lo utiliza como *medio de investigación*, ahondando con ello la aplicación del sistema inquisitivo que, a mi juicio, sigue colocado en los arrabales de la Constitución.

Pero algo mucho más grave ha ocurrido en los últimos tiempos: al socaire de una afirmada defensa de la Constitución, algunos jueces con vocación de protagonismo mediático han comenzado a intervenir en toda suerte de asuntos, propios de la competencia constitucional exclusiva de otros poderes del Estado, interfiriendo con ello en la tarea de gobernar al asumir el cumplimiento de funciones que son privativas de otras autoridades. Y, de tal forma, han abandonado el juicioso acatamiento de la ley para entrar al campo del *cogobierno* y, aún más, ingresando a un terreno muy peligroso: el de una suerte de increíble *desgobierno*, ya imposible de controlar.

De este modo y porque quienes así actúan sostienen que lo hacen por elemental solidaridad con el más débil, con el mal defendido, con el más pobre, con el que “tiene la razón pero no alcanza a demostrarla” (¡),

“institución”. Pero el movimiento jurisprudencial no paró allí. Ahora, y siempre desde lo cauteloso, dando o no audiencia previa a quien ha de sufrir los efectos de lo resuelto, este movimiento judicial ha comenzado a tomar decisiones acerca de numerosos asuntos que doctrinalmente son *claros actos no justiciables*, so pretexto de que nada puede quedar en el mundo jurídico sin control judicial. Y así, se varió extraordinariamente la función de resolver y cambió la actividad habitual del juez como *normador*.

⁴⁸ Eso fue lo que ocurrió, precisamente, en el caso que generó importante polémica entre conocidos procesalistas argentinos y españoles. Sus antecedentes y resultados se han publicado en el importante libro *Proceso civil e ideología*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000).

⁴⁹ Como un avance importante hacia el desconocimiento final de la idea misma de proceso en aras del mantenimiento del valor justicia, la doctrina italiana actual pretende eliminar el instituto de la preclusión, so pretexto de con su vigencia se coartan derechos y se impone la *forma* por sobre el *fondo*.

etcétera, se generó el movimiento que -ya lo adelanté- es conocido doctrinalmente con la denominación de *solidarismo*⁵⁰ y que, porque se practica aun a pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama *decisionismo*⁵¹.

Si bien se mira, quien así actúa no cumple una tarea propiamente judicial, en razón de que con ello no se resuelven conflictos intersubjetivos de intereses, que es la esencia de la tarea de otorgar *justicia conmutativa*. Antes bien, practica *justicia distributiva* sin tener los elementos para poder hacerlo: en primer lugar, la legitimidad de la elección por los votos del pueblo; luego, presupuesto adecuado, conocimiento de la realidad general y del impacto que causará en la sociedad el dar a unos lo que las circunstancias de la vida niegan a otros, etcétera.

Véanse ahora algunos ejemplos de lo que acabo de afirmar. A este efecto, me concretaré a mencionar sólo el título de la noticia judicial que diariamente ha aparecido en la tapa de algún periódico un par de años atrás⁵².

- “La justicia tiene en sus manos el futuro del tren Rosario-Retiro”.
- “Frenó justicia el aumento en trenes”.
- “Ferrocarriles: la justicia suspendió la renegociación de los contratos”.
- “Ecologistas van a la Justicia para que el gobierno ejecute una obra”.
- “La justicia autorizó la red cloacal de Bustinza”.
- “Sorpresa y disgusto en la Intendencia, minutos antes de firmar el contrato: la justicia ordenó suspender la adjudicación de los semáforos”.
- “La justicia ordenó suspender las obra de remodelación en la Estación Fluvial”.
- “La justicia ordenó que se implemente el monopasaje”.

⁵⁰ El nombre proviene de la actitud de *solidaridad* que muestra el juez que así actúa respecto de las partes procesales a las cuales les dedica su simpatía o su piedad.

⁵¹ La denominación encuentra su origen en el deseo de resolver algo a todo trance que muestra el juez y que está basado en su propia voluntad aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne al orden jurídico.

⁵² Me abstengo deliberadamente de mencionar los últimos y más resonantes casos.

- “Un juez ordenó al gobierno porteño que cierre los minimercados de estaciones de servicio”.
- “Un juez anuló en un amparo sanciones a una alumna cordobesa”.
- “La justicia ordenó la suspensión del cobro del servicio de información 110”.
- “Las telefónicas siguen sin cobrar el 110”.
- “Una jueza paralizó un aumento de tarifas en la telefonía celular”.
- “Celulares: quedó en suspenso la modalidad ‘*el que llama paga*’”.
- “Por orden judicial, la Nación deberá becar a una rosarina campeona de *tae kwondo*”.
- “La justicia ordenó la suspensión del monotributo para abogados”.
- “La justicia le puso un freno a las rebajas en los sueldos públicos”.
- “Un fallo judicial hace tropezar a la ley de emergencia económica: una jueza ordenó suspender pos dos meses los descuentos a los maestros”.
- “La justicia rechazó un aborto terapéutico”.
- “La justicia aconsejó usar preservativos a un matrimonio para evitar un indeseado embarazo: rechazó una demanda en la que la mujer pretendía que le fueran ligadas las trompas de Falopio”.
- “La justicia dice que no es delito que los travestis muestren sus senos en la calle”.
- “La justicia aprobó cambio de sexo de un hombre”.
- “Fallo a favor de un homosexual en la herencia de su concubino”.
- “Un juez ordenó al IAPOS que pague la costosa cirugía de un chico sordo que no es beneficiario del sistema”.
- “Obligan a un obra social a atender a un niño postrado”;
- “Una joven fue autorizada por la justicia para ligarse las trompas por razones socioeconómicas: la Municipalidad no lo recomienda y la Iglesia se opone”.
- “Un juez autorizó a un transexual a cambiar de identidad: el fallo fue considerado *progresista* por la *Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina*”.
- “Condenaron a muerte a un perro que mordió a una mujer en Neuquén”.
- “La justicia ordenó a un supermercado que alimentara a una familia durante un mes y que compensara el precio de la mercadería con impuestos adeudados”; etc., etc.

Cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, advierto que los jóvenes abogados -impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general- se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la *autosatisfactividad*.

Pero también advierto que todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial⁵³.

Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia... Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que está ocupándola otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un *indicio vehemente* de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio de la tenencia.

Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posi-

⁵³ Un claro ejemplo de esto se ha visto hasta el cansancio con motivo de los amparos judiciales que generó el *corralito financiero* impuesto a los depósitos bancarios durante el año 2002. Por un raro, efectivo y claramente ilegítimo invento, a la relación de derecho privada *depósito bancario* existente entre un particular que guardó su dinero como depositante en un Banco y que éste lo recibió como depositario, con obligación de devolverlo ante el solo requerimiento del interesado, se aplicó normativa de derecho público. De tal forma, y en razón de que el gobierno nacional dispuso ordenar a todos los bancos que no devolvieran sus depósitos a los depositantes, éstos se ampararon contra el Estado Nacional y algunos jueces acogieron la pretensión amparista con informe previo del Estado pero no de los bancos, a los que finalmente se ordenó que devolvieran los dineros allí depositados. Cuando éstos -que eran los obvios, primarios y directos damnificados por la orden emitida- quisieron impugnar la decisión bajo los más variados argumentos, les fue invariablemente negado el recurso interpuesto so pretexto de que *no eran parte en el amparo*. ¡Pero eran nada menos que los que pagaban...!

bilidad de impugnar. Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación. Pero cuando advierta que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza.

Por si ya no se advirtió con claridad, es posible -y aconsejable- cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas.

Y ello porque todo lo cautelar se resuelve⁵⁴ *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibile.

Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía -por buenos y justicieros que éstos pudieren ser- en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas:

- la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera;

- la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados -*casos no justiciables*- en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros poderes del Estado;

- el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad.

Aunque muchos jueces se encuentran muy contentos con los resultados de rapidez y justicia que descubren en la aplicación activista del sistema, utilizando a veces la ley o apartándose definitivamente de ella

⁵⁴ Y así debe ser, ya que en todos los posibles casos de medidas precautorias se trata siempre de interponer un pedido que constituye esencialmente una instancia de *petición* y no de *acción procesal* (lo que significa que el juez actúa administrativa y no jurisdiccionalmente).

cuando no sirve para la solución justiciera que desean dar a un determinado problema litigioso, si se le pregunta a cualquier abogado serio y responsable en el ejercicio de su profesión si se ha logrado con ello un mejor sistema de justicia, invariablemente dirá que no. Por lo contrario, argumentará en pro de la justicia del pasado cuando los resultados de las sentencias eran predecibles.

Hoy, activismo mediante, se ha llegado a una inseguridad jurídica en estado terminal gracias a la imprevisibilidad absoluta de la mayoría de las soluciones judiciales y, gracias a ello, la abogacía seria tiende a desaparecer.

Nada de todo esto podría decir yo si viere que, como resultado del activismo vigente en el país, el público en general aplaude a los jueces cuando pasan por la calle; si los abogados no permanecen jamás sentados ante la augusta presencia de un juez en lugar de ponerse de pie como muestra de simple respeto a su investidura; si la generalidad de la gente confía ciegamente en la justicia de todas las resoluciones y, por ello, prefiere seguir la tediosa, larga, angustiante y costosa incertidumbre de un pleito antes que llegar rápidamente a un arreglo que no lo beneficiará tanto como lo haría el juez en su pronunciamiento; si la solución a lograr en la justicia es previsible en orden al mandato legal y al estricto y puntual cumplimiento por parte de los abogados y de los jueces de las claras y expresas reglas del *fair play* que domina toda la escena procesal; si no se cambian a voluntad esas mismas reglas, haciéndoles perder toda vigencia cuando no gustan o no resultan útiles para torcer la vara de la justicia hacia un lado distinto al del que tiende a caer; etc.⁵⁵.

⁵⁵ Todo, en pos de una difusa meta justiciera que hay que lograr al amparo de nuevas ideas filosóficas presentadas pregonando la existencia de un *posmodernismo* aplicado al proceso judicial. Y ello, en un país que desde hace años reza laicamente la palabra *democracia* (que en definitiva sirve sólo para marcar el origen del poder) sin advertir que lo importante es la *república*, donde existe intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en este rincón del continente..! Si bien se mira el fenómeno señalado, se trataba -en rigor, se trata, pues es la moda actualmente reinante en materia jurisprudencial- de invertir la formula de privilegio que John Rawls mostró en su *Teoría de la Justicia*, al preguntarse acerca de qué debe prevalecer en una sociedad bien ordenada: si la búsqueda de lo *bueno* (lo *good*) o la del *derecho* (lo *right*). Él se decidió por lo *right* entendiendo que, en tal tipo de sociedad, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*. Glosando el tema en su columna editorial, Mariano Grondona tomaba idéntico partido en abril de 2002, sosteniendo: "Parece absurdo dejar de hacer

algo que se percibe como bueno, como conveniente, sólo porque lo prohíbe una regla. Pero esta primera impresión ignora la naturaleza de las reglas, sean ellas morales o jurídicas, porque ¿cuándo adquiere su plena vigencia una regla? Sólo *cuando no conviene cumplirla*. Supongamos que alguien se ha impuesto como regla el despertarse a las seis de la mañana. Cuando se despierta naturalmente diez minutos antes de las seis, esa regla resulta redundante. Ella se pone a prueba, en cambio, cuando después de una larga noche en vela el sueño lo invita a seguir descansando. Cuando es duro cumplirla. Por eso los romanos, que inventaron el Derecho, decían *dura lex, sed lex*. Más aún: *sólo es verdadera ley cuando es dura*. Imaginemos ahora una nación que en lugar de seguir las tablas de valores de Rawls adhiere a la primacía de lo bueno (o de *lo que gusta*) por sobre las reglas. Hará en cada caso lo que más le convenga. Pero al comportarse así vivirá, en los hechos, *sin reglas*. Cuando ellas convengan, las cumplirá, pero no porque sean *rectas* (*right*) sino porque son *buenas* (*good*). Pero cuando las perciba como inconvenientes, como *malas*, no las cumplirá. Al proceder así, esa nación creará que optimiza lo que más conviene al bien común pero, al hacerlo, se volverá *impredecible*: si aprueba un contrato o emite una ley, los violará cada vez que no convengan. De esta manera destruirá la confianza de los demás en sus promesas, en sus contratos, en sus leyes... Y es que hay dos ideas del bien: los pequeños bienes, con minúscula, a los que desestima Rawls, se obtienen con las reglas. El Bien con mayúscula resulta -al contrario- de renunciar a los pequeños bienes cuando lo exige una regla vigente. Olvidar las reglas por atender a los pequeños bienes con minúscula destruye el Bien con mayúscula. Ese bien es, en definitiva, *la confianza de los demás*. Este es el bien que la Argentina ha perdido. Y que Dios quiera que no sea para siempre...”

Y todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable oclocracia. Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a Marcos Aguinis, importante pensador del país, que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula... Y en esa tónica, nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa. Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes. Marginalmente: sin esta cultura sería imposible aceptar el método de enjuiciamiento inquisitivo, que ya lleva rigiendo más de quinientos años en estas tierras sin que la minoría política dominante -a quien, por cierto, ello sirve- haya aceptado erradicarlo. Así, hay abogados -no todos, afortunadamente- que aconsejan de modo habitual -a no asustarse pues esa es, en definitiva, su cultura- incumplir la ley, evitar sus efectos, evadir el pago de los impuestos,

Pero como el activismo muestra que nada de ello tiene sentido en la aplicación justiciera de la voluntad del eventual cadí de turno, ya que el público no aplaude a los jueces, los abogados no los respetan como lo merece el oficio, la gente prefiere el peor de los arreglos al mejor de los pleitos y todo se ha convertido en la inmensa inseguridad reinante precisamente por la impredecibilidad de los fallos, es que sostengo todas las ideas publicadas en este trabajo, que amplió constantemente y reitero desde el año de 1999 cuando inauguré en la ciudad de Azul el *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*⁵⁶ y del cual han salido numerosos trabajos elaborados por la cada vez mayor concurrencia habitual a los encuentros anuales que allí se realizan.

incoar un concurso para no pagar a los acreedores, etcétera, para lo cual interpretan, o malinterpretan, o desinterpretan, o acomodan, o desacomodan o desconocen la ley. En sus dos versiones: con y sin mayúscula. En los últimos años la jurisprudencia argentina mostró ese rumbo, que rápidamente están adoptando otros países vecinos. Pues bien: cuando esta actitud se generalizó y numerosos tribunales superiores se plegaron a esa interpretación (¿?) seudorealista y refundadora de la ley -afortunadamente no fueron todos los que se enrolaron en esta línea de pensamiento- la Justicia, *como institución de poder* y cogobierno, dejó de ser predecible y la jurisprudencia -que por decenas de años fue muestra cabal del estudio, la dedicación, el sosiego, la medida, la prudencia y la mansedumbre de los jueces argentinos- se tornó de golpe en algo auténtica e incomprensiblemente caótico. De verdad, se ha logrado con ello una justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada más incomprensible justicia particular... que, además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

⁵⁶ La ciudad de Azul, en el centro geográfico de la provincia de Buenos Aires, Argentina, se ha convertido en el polo del garantismo procesal. Y es que en el año de ... recaló allí la Universidad Nacional de Rosario a instancias de la Asociación de Abogados de la localidad, para instalar un curso de posgrado de Especialización en Magistratura Judicial que logró un éxito sorprendente. Se manejaron allí y ante un compacto e importante número de jueces de todas las localidades cercanas, las ideas garantistas que se exponen en este trabajo y a instancias de los propios abogados de la zona presididos por Luis Miralles, se realizó en el mes de noviembre de 1998 el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista que se repitió anual y regularmente hasta el celebrado en el mes de noviembre de 2008: en total, diez congresos que contaron con nutrida asistencia de nacionales y extranjeros de toda América, España e Italia. Los numerosos trabajos allí presentados han tenido notable influencia en el desarrollo del pensamiento garantista. Quien desee acceder a toda la correspondiente información relativa al tema así como a los numerosos trabajos escritos acerca de él, debe ingresar a <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/index.html>.

**INCORPORACIÓN DE
ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES
EXTRANJEROS**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE DR.
RAFAEL DOMINGO OSLÉ

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero

La Academia Nacional de Derecho de Córdoba ha decidido la realización del presente acto, acorde con las solemnidades reglamentarias, con la finalidad de incorporar como miembro correspondiente por España, al profesor y catedrático Dr. Rafael Domingo Oslé, circunstancia que motiva la necesidad de introducirlo a esta corporación a través de este recibimiento que le efectuamos con el mayor de los afectos y la alegría inocultable de contar con un nuevo y digno representante para trabajar en conjunto en esta obra común que constituye el derecho como instrumento de convivencia entre las personas.

Lo hacemos en el marco de un ciclo de conferencias que ha organizado el Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, en miras a recordar los grandes juristas que han marcado huellas indelebles en la cultura jurídica de este lugar, como así conformado una verdadera escuela que resplandece a través de innumerables exponentes que han sido luminaria de las ciencias jurídicas tanto en el país como en el extranjero.

Es bueno recordar también que esta Academia y a través del Instituto de Derecho Civil, mantiene una iniciativa en paralelo con el gobierno, con la finalidad de homenajear y hacer conocer los aportes incuestionables que ha brindado a través del paso de los tiempos, la llamada “Escuela Jurídica de Córdoba”, muchos de cuyos exponentes han formado y forman parte de esta institución, a punto tal que hoy merecen el respeto y la consideración de todo el espectro científico y doctrinario, tanto nacional como de otras naciones.

No es extraño entonces que para abrir precisamente el ciclo de conferencias mencionado, se haya dispuesto homenajear al Prof. Dr. Agustín

Díaz Biolet, quien fuera a no dudar, uno de los romanistas más brillantes que diera precisamente esta corriente doctrinaria, cuyos estudios y prestigio han gravitado y llegado a conocer en todas partes del mundo, reconociéndoselo como un verdadero Maestro, con el sentido exacto de estas palabras, es decir, esclarecedor de la verdad y formador de personas al servicio de la República y de las ciencias jurídicas.

Tuvimos el honor de haberlo disfrutado en sus lecciones cuando cursaba la carrera de grado y corresponde afirmar como homenaje a la verdad, que se trataba de una personalidad descollante, precisa en sus conceptos, profundo en sus conclusiones que proyectaba a través de una vocación insoslayable la que a su vez, se resumía en una formación técnica sólida y consistente y aunque han pasado ya muchos años de aquellas enseñanzas, permanece como grato recuerdo en nuestra memoria en cuanto el haber podido disfrutar de un profesor capaz de dejar huellas profunda en los estudiantes.

No es de extrañar entonces que precisamente para participar de esta justiciera recordación, se haya acudido a un especialista en derecho romano, formado sobre los cimientos de una cultura clásica y profunda, cultor y auténtico exponente de lo que se ha dado en llamar el “*derecho global*”, que no es otra cosa que la precisión de un conjunto de instituciones que se infieren de la universalidad propia de la naturaleza única e inmutable del hombre y de todos los hombres del mundo, para un mayor reconocimiento de su dignidad.

Dicho de otra manera y conociendo al Prof. Díaz Biolet, nada le habría causado mayor satisfacción que asumiera la representación en el acto en que se lo recuerda, otro romanista que como el Dr. Domingo Oslé ostenta una trayectoria universitaria y científica completa, dedicada integralmente al estudio y la investigación, la que a su vez ha producido frutos concretos en el mundo de hoy, en el intento de despejar aquellos grandes principios que son capaces de respetar la dignidad del hombre en sus aspectos más esenciales y que lo caracterizan dentro del concepto global de humanidad.

Corresponde entonces felicitar al Ministerio de Justicia que ha sabido elegir con tanta precisión y exactitud la persona indicada y al mismo tiempo, señalar que nuestra Academia no podía haber dejado pasar esta oportunidad de contar con la presencia de jurista de tanto predicamento, sin haber tomado la decisión de agregar a su plantel, nada menos que al

catedrático que hoy tenemos el honor de incorporar para formar parte de nuestra corporación en el carácter de miembro correspondiente y de esta manera hacerlo partícipe y protagonista al mismo tiempo de todas las actividades y trabajos que venimos haciendo en las distintas disciplinas del derecho.

Quisiéramos por último destacar, interpretando el sentimiento en pleno de los integrantes de esta Academia Nacional de Derecho, que nos sentimos particularmente complacidos de tenerlo con nosotros, como así de darle la bienvenida que se merece, de forma tal que pueda sentirse realmente entre los suyos, tanto en lo que hace a la parte científica, así como en lo que respecta a los sentimientos de amistad y cordialidad que corresponde poner de relieve en este momento.

Para decirlo de una manera más directa, sea Ud. bienvenido, Prof. Domingo Oslé, deseándole en forma entusiasta, que se sienta en nuestra casa, como en la suya propia y que dentro de esta corporación pueda desarrollar las múltiples actividades derivadas de su desbordante personalidad, de forma tal de llevar adelante nuestras comunes vocaciones por hacer del derecho un verdadero instrumento de arquitectura social, al servicio de la paz y del bien común de nuestras respectivas naciones.

Dichas estas palabras iniciales, es tradicional hacer una semblanza del nuevo integrante de esta corporación, destacando los aspectos más relevantes de su quehacer en las distintas manifestaciones de su trayectoria. En este sentido, y a fuer de poder encontrar frases cortas, pero capaces de resumir la magnitud de su curriculum, cabe afirmar que nos encontramos ante un jurista completo y al utilizar este adjetivo, decimos que se trata de un científico entusiasta y laborioso, dotado de un rigor técnico ineludible, de un proficuo profesor que ejerce y ha ejercido la docencia en todas las manifestaciones posibles, como así de una persona preocupada y comprometida con el tiempo en que le toca vivir, intentando siempre transformar todos estos conocimientos, en herramientas capaces de mejorar la vida y las instituciones de su comunidad.

Antes de avanzar en el desarrollo de los copiosos antecedentes que hemos tenido a nuestra disposición, conviene hacer una pequeña digresión en orden a comprender y tomar conciencia de la existencia de un punto de ligazón especial que une nuestro país, con la madre patria, dando lugar a un fenómeno que no resulta común, pero que explica de alguna manera, este sentimiento de fraternidad que nos une de inmediato con los juristas españoles y que a nuestra manera de ver, constituyen más que

datos históricos, la prueba evidente y palpable de la cercanía de nuestras formaciones y de los pueblos.

Como el Dr. Domingo Oslé ha dedicado su vida a la profundización de los estudios en el derecho romano, es bueno comentarle que a fines del siglo XVIII por cédula real de Carlos III, un mes de agosto del año 1791 se autorizó a la Universidad de Córdoba la creación de la Cátedra de Institutas, dato que en nuestro caso se asocia al nacimiento de la primera Facultad de Derecho del país.

De la lectura de las diversas mandas de la aludida resolución, se dispuso que debía desempeñarse como profesor de esa asignatura al Dr. Victorino Rodríguez -primer exponente sin ninguna duda, de la llamada "Escuela Jurídica de Córdoba"-, pero resulta interesante advertir que el propio resolutorio impone dos condiciones muy significativas, a saber: por un lado y lo que no es común, especifica el texto que debía utilizarse para la enseñanza de la materia, refiriéndose a la obra de Vinnio, con las anotaciones de Heineccio, circunstancia que nos permite conocer actualmente la fuente directa en la que abrevaron las primeras generaciones de abogados de la Universidad de Córdoba casi una centuria.

El segundo requisito fue que la enseñanza del derecho romano, debía hacerse sin el descuido del derecho regio, es decir, el conjunto de disposiciones que integraban a ese momento el plexo normativo del derecho privado español, obligando a efectuar en cierta manera, una suerte de consolidación entre ambos sistemas, porque no debe dejar de tenerse en cuenta que durante todo el período colonial los dos ordenamientos fueron ley vigente para la solución de los conflictos y la regulación de las personas.

De esta manera entonces, estamos absolutamente ciertos que argentinos y españoles hemos transitado por iguales caminos culturales y nutrido de los mismos fundamentos, circunstancias que nos hacen sentir como herederos de un pasado semejante e idéntica formación intelectual, precedente que facilita y estimula puntos significativos de convergencia y acercamiento para el emprendimiento de tareas comunes en orden al estudio y profundización de nuestras respectivas disciplinas.

Pero hay algo más que no podemos omitir o silenciar: producida la declaración de la independencia nacional, el 9 de Julio de 1810, Argentina continuó -siendo ya un Estado soberano-, rigiéndose por el mismo derecho romano-hispano que se mantuvo vigente hasta 1871 en que se sanciona nuestro Código Civil. De esta manera, entonces, de nuestra vida

histórica hemos transitado 298 años bajo este complejo normativo y sólo 138 según los alcances de la legislación estrictamente nacional, dato objetivo, que en sí mismo considerado, no tiene otro valor que poner de relieve y sensibilizar nuestras conciencias, para advertir los lazos que nos unen tanto en los confines de la historia, como así respecto de elementos y las nutrientes culturales conjuntas, todo lo que explica y justifica en gran parte, estos sentimientos de hermandad y compañerismo que experimentamos cuando incorporamos a juristas españoles, como el Dr. Domingo Oslé.

Retornando a la línea argumental emprendida, cabe destacar que nuestro miembro correspondiente ha cursado con excelencia todos los estamentos de su profesión, ya que obtuvo el doctorado en Derecho Civil con Premio Extraordinario en la Universidad de Navarra, habiendo previamente sido becario de la Fundación Alexander Von Humbolt en 1989, *visitors scholars* de la Universidad de Columbia de la ciudad de Nueva York en el año 2000 y cursado diversos emprendimientos de especialización en las universidades de Munich y La Sapienza de Roma, todo lo que asegura una preparación con la amplitud necesaria como acceder a niveles de formación universal que luego se advierte a través de muchas de sus obras escritas.

Últimamente ha sido galardonado con el Premio “Rafael Martínez Emperador” por el Consejo General del Poder Judicial, como un reconocimiento a sus actividades científicas y docentes que denotan esta dedicación por completo al estudio y profundización de las ciencias normativas.

Detenta en carácter de catedrático titular en la misma Universidad de Navarra, la asignatura de Derecho Romano, como digno sucesor de la vacante dejada por el eminente y conocido Prof. Alvaro D Órs, que tanto prestigio le diera a este importante centro de estudio de España, en el que se desempeñó como decano desde 1997 a 1999, conjugando de esta manera las tareas docentes con esa vocación de servicio a la comunidad que destacáramos precedentemente.

Forma parte también de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Real Academia de Ciencias Morales en su país, habiendo ostentado este reconocimiento igualmente de la *Oster Akademie der Wissensgheften* con sede en Viena y de la *American Society for Legal History* y *American Society of Comparative Law*, además de presidir la Fundación Maiestas.

Pero de todos estos antecedentes, debemos destacar uno a nuestro criterio que resume y congrega todas estas otras actividades cumplidas con anterioridad y nos referimos sin ninguna duda a la reciente titularidad de la Cátedra “Garrigues Global” de su Universidad, porque es desde este lugar donde se encuentra abriendo surcos en orden a la construcción un nuevo sistema capaz de superar al derecho internacional, por el derecho global que constituye a nuestro modo de ver, uno de los avances más significativos que se ha ido elaborando en miras de construir una auténtica defensa de los derechos humanos y de la dignidad de las personas.

Al mismo tiempo y desde 1995, dirige la afamada colección *Editorial Thompson Reuters Arazandi*, bajo la denominación “*The Global Law Collections*”, verdadero laboratorio donde se van publicando todos los esfuerzos y ensayos en orden a la precisión y desarrollo de este nuevo derecho global que cuenta a nuestro miembro correspondiente como un protagonista igualmente importante y decisivo para su concreción definitiva.

Además de esta revista, debemos recordar dos obras determinantes en la materia, de imposible omisión si es que se quiere incorporar dentro de los lineamientos de esta materia y nos referimos a “Principios de Derecho Global” donde se hace un estudio minucioso y pormenorizado de los grandes enunciados capaces de dar fundamento a esta nueva disciplina, como así otra publicación muy apreciada en el tema que responde al interrogante de “¿Que es el derecho global?”. Como para ensayar todas las respuestas que se precisan para brindar las debidas explicaciones y despejar las hesitaciones y problemas que plantea este nuevo derecho con pretensiones de universalidad y vigencia en todos los países del mundo que aspiren vivir acorde con el avance y progreso de los tiempos y de la humanidad.

Es evidente que el Dr. Domingo Oslé se encuentra abriendo surcos y sembrando en tierra fértil como para encontrar la precisión y defensa de ciertas instituciones que como se ha dicho, están por encima de cualquier soberanía o derecho, porque se trata nada menos que de la propia naturaleza del hombre, con igual dignidad y respeto en cualquier país, tiempo o cultura de que se trate, y por ello mismo, merecedora de una protección supranacional.

Resulta interesante seguir el pensamiento de nuestro miembro correspondiente cuando explica con toda claridad la evolución del viejo “derecho de gentes” en sus diversas concepciones elaboradas a partir de los estudios de Cicerón, transformado luego en derecho internacional,

sobre la base del respeto de la soberanía de las naciones, pero luego superado por el derecho global, que se apoya y encuentra fundamento más sobre la dignidad del hombre, que en alguna de estas ideas que se fueron elaborando a través de la evolución natural de la historia y en este sentido compartimos plenamente las conclusiones del Dr. Oslé en el sentido de que no existe soberanía alguna que pueda justificar el desconocimiento o la sumisión de la naturaleza esencial del hombre, la que como se ha dicho, merece siempre y en todo lugar su respeto absoluto, como fundamento de una convivencia pacífica entre las diversas naciones del orbe.

Domingo considera que la existencia del derecho global, constituye una idea superadora de la concepción clásica del derecho internacional, al menos como se lo ha venido entendiendo hasta el presente, ya que la mayor diferencia se nutre de la contraposición de sus respectivos fundamentos, pues mientras el primero se asienta sobre la soberanía de los Estados, el segundo por el contrario, lo hace sobre la dignidad ínsita de las personas, porque esta cualidad esencial de humanidad, precede y preexiste a cualquier forma de gobierno u organización política de que se trate, otorgándole plena vigencia al viejo adagio romano “*Ex persona oritur ius*”.

Estas precisiones del derecho global, ha hecho según el pensamiento de este autor, que sea la propia humanidad quien haya adquirido relevancia jurídica como valor superior capaz de dar fundamento a una suerte de axiología universal, pudiéndose evitar de esta manera que pueda llegar a ser dominada por cualquier mecanismo de sumisión sea de carácter personal, político, cultural o económico, todo ello sin que sea necesario el nacimiento de un “super Estado” o una suerte de Imperio, sino como una Antroparquía, que se entiende como la humanidad unida, heredera de la O.N.U. y capaz de dar fundamento y consistencia a las distintas instituciones.

De esta manera, el contenido del derecho global, no aspira a conformarse como un supraderecho abarcativo del conjunto de las relaciones entre los particulares, sino que su objeto se circunscribe a un aspecto mucho más limitado y reducido para darle vigencia a la vieja regla romana de “*Quod omnes tangi ad omnibus aprobetur*”, es decir, lo que afecta a todos, debe ser aprobado por todos, principios que por otra parte, abre las puertas a la ampliación de los límites competenciales que se vuelven de esta manera materiales y no simplemente territoriales derivados de una soberanía en particular. De esta manera, no cabe duda que el derecho global, apoyado sobre los principios generales de horizontalidad y subsidiariedad, lograrán armonizar las soberanías territoriales con esta

necesaria defensa universal de los derechos humanos y de la propia humanidad para hacer efectiva una vida más justa, solidaria y acorde con los grandes valores que hoy parecen comprender en la mayor parte del planeta.

En base a lo expuesto, reiteramos en nombre propio y el de nuestra corporación una afectuosa y cordial bienvenida, esperando con el mayor entusiasmo poder encontrar espacios de actuación común o intercambio de conocimientos tan importantes para llevar adelante el progreso y el mejoramiento de las disciplinas normativas.

LA CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL ¹

por RAFAEL DOMINGO OSLÉ

SUMARIO: I. Derecho internacional y globalización del derecho. II. Los Estados ¿únicos sujetos del derecho internacional? III. La agonía del Estado moderno. A. La soberanía y el pueblo soberano. B. La crisis de la territorialidad. C. La jurisdicción ¿pertenece al Estado? D. Estado-nación: un matrimonio de conveniencia. IV. El futuro de la O.N.U.

Constituye para mí un honor incorporarme a esta docta casa argentina como académico correspondiente extranjero, tanto por motivos académicos como personales. Académicos, porque ésta es sin duda una de las academias más prestigiosas de América Latina a juzgar por el brillante currículum de sus académicos de número y correspondientes. Personales, porque la vida de mi familia está muy unida a la Argentina. Aquí vino mi abuelo, a comienzos de la pasada centuria, en busca de trabajo y salario, y aquí encontró, no sólo eso, sino cariño, comprensión, solidaridad y amistad. En mi casa, España y Argentina forman un *unum indivisible*, como el alma y el cuerpo en la persona humana.

El tema elegido para mi discurso de incorporación es el de la crisis del derecho internacional. El derecho internacional agoniza con los

¹ Discurso pronunciado en su incorporación como académico correspondiente en sesión extraordinaria el 19 de agosto de 2009.

estertores propios de un *corpus* indefenso y, con él, se extingue un orden caduco que se enfrenta a un nuevo paradigma: el de la globalización. De ello, pocas dudas caben. Y menos todavía de la necesidad de regular jurídicamente las relaciones de una comunidad humana tan real como concreta, cada vez más extendida, y de la que derivan, como es obvio, relaciones de justicia que han de responder a los imperativos del nuevo milenio.

Enormes han sido los esfuerzos de internacionalistas y políticos para encontrar una salida a esta crisis histórica, que amenaza con tornarse endémica. Sin embargo, lo cierto es que el derecho internacional, tal y como hoy es concebido, es insuficiente. Su capacidad de acción se ha visto mermada por la circunstancia del terrorismo global, la hegemonía de una sola potencia -los Estados Unidos de América- y el rampante imperialismo de diversas naciones -China, Rusia, India- que pugnan por recuperar su grandeza perdida.

No se trata ya del eterno problema de si el derecho internacional está más próximo a la moral que a la ciencia jurídica, o de si es más o menos dependiente de los ordenamientos nacionales, cuestiones todas ellas sumamente interesantes, sobre todo en el plano teórico. Nos enfrentamos, más bien, a una crisis que proviene de la propia estructura intrínseca del derecho internacional, basado en unos principios que han devenido obsoletos, barridos por el espacio-tiempo histórico: la soberanía, la territorialidad, el Estado-nación. Sirvieron, sí, para solucionar durante contados siglos -en los que no cesaron las guerras y conflictos- el entramado de relaciones existentes entre unos Estados decididos a ejercer su poder merced a diversos contrapesos de alianzas y hegemonías.

Sin embargo, hoy en día, por más que se intenten aplicar con idéntico talante y empleando como instrumento a una organización burocráticamente consolidada -la O.N.U.-, de poco o nada sirve, dada la complejidad que acarrea el nuevo orden mundial y el alto grado de interdependencia de las relaciones globales posmodernas. Así las cosas, las bases conceptuales del derecho internacional moderno han cambiado, porque la realidad no se detiene -nunca lo hará- ante los dogmas teóricos. Y si bien el sentido común nos impulsa a redefinir el derecho en torno a los nuevos fenómenos que acarrea la globalización, no siempre este afán reformista será acompañado por los defensores de un sistema jurídico que, pese a la historia, prefiere anclarse en postulados decimonónicos que no han logrado traer la paz al mundo.

Crear una Organización de Naciones Unidas eficaz y poderosa era la máxima aspiración de un derecho internacional erigido conforme a los

criterios de la Paz de Westfalia. Y ello sucedió al término de la Segunda Guerra Mundial. Con el objetivo cumplido, la difusión del nuevo derecho estuvo íntimamente ligada al paulatino proceso de expansión de las Naciones Unidas. Sin embargo, transcurrido más de medio siglo desde entonces, hemos llegado a un punto muerto. Mejor, a un sendero que se bifurca. O proseguimos por el derrotero de lo conocido o nos internamos en la senda fascinante del futuro. Las nociones -en su tiempo modernas- que sostienen el derecho internacional no sirven para responder los interrogantes que emanan del nuevo orden. Las respuestas en clave estatal han dejado de ser las más adecuadas, hace ya mucho tiempo. Los problemas mundiales han variado, plegándose a las novísimas corrientes que transforman la faz de la tierra.

El derecho no puede permanecer al margen de nuestro tiempo. Es preciso que los juristas del siglo XXI se internen en un nuevo camino, como lo hicieron, en su momento, los fundadores del llamado derecho internacional clásico. Sólo así se logrará establecer un sistema jurídico global que supere las taras y vacíos del que nos rige, impulsando la paz y el desarrollo de los pueblos y creando, sobre todo, un estilo de hacer derecho que se aleje de cualquier noción idealizada, particularista o sesgada que legitime la desigualdad de unas naciones sobre otras. A este nuevo reto hemos de enfrentarnos, siempre desde la democracia.

I. Derecho internacional y globalización del derecho

Aunque parezca una paradoja, no lo es. Mientras el concepto de derecho internacional está en crisis, en las relaciones jurídicas se consolida un veloz proceso de internacionalización, a todas luces irreversible, debido a la globalización que experimenta la sociedad. El fenómeno globalizador ha transformado la realidad hasta tal punto que ya se está hablando de una tercera ola del conocimiento mundial. Se trata de una auténtica revolución tecnológica que tiene repercusiones ciertas en todos los ámbitos de la civilización. Y, por supuesto, en el sistema jurídico y democrático².

² Al respecto, es sumamente indicativo el análisis de David Held en referencia a los vínculos del proceso democratizador y la globalización, en David Held, "Democracy

Advertía Kelsen, sólo con parcial acierto, de un fenómeno de inclinación creciente a internacionalizar el derecho (*increasing inclination to internationalize the law*), fijando el propio derecho internacional el contenido mismo de las normas de los diversos ordenamientos nacionales, o, de manera más general, reemplazando paulatinamente el derecho nacional por el derecho internacional de los tratados³. Pero propiamente ha sido la globalización la que ha desatado este denominado proceso de internacionalización del derecho y no viceversa. Es por ello que la ordenación jurídica de la globalización no puede resolverse mediante la imposición de tratados internacionales por más que éstos puedan referirse a cualquier materia, como bien explica Kelsen⁴, hasta el punto de otorgar al derecho internacional una esfera de validez potencialmente ilimitada⁵.

La internacionalización del derecho forma parte de esa globalización jurídica que afecta directamente a los Estados, pero la globalización es un fenómeno de mayor alcance social, que en modo alguno puede ser ordenado exclusivamente por los principios del Derecho internacional moderno sobre tratados. Más aún, la propia globalización desata la reacción de los derechos nacionales, que se niegan a perecer bajo el paraguas de un Derecho superior que los constriñe.

and Globalization”, en Daniele Archibugi, David Held and Martin Köhler (eds.), *Reimagining Political Community. Studies in Cosmopolitan Democracy* (Cambridge, UK, Polity Press, 1998) págs. 11-27. Más recientemente, Daniele Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens. Toward Cosmopolitan Democracy* (Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008).

³ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) pág. 301: “We may characterize this phenomenon as the increasing inclination to internationalize the law, to determine the content of the norms of national law by international law, or to replace national law by international law created by treaties”.

⁴ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) pág. 300: “There are no matters which cannot be regulated by international law, but there are matters which can be regulated only by international law, and not by national law, that is, the law of one state, the validity of which is limited to a certain territory and its population”.

⁵ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) pág. 300: “The material sphere of validity of the international legal order is -potentially, at least- unlimited”.

Es posible afirmar que “se internacionalizan los Estados, se globaliza la sociedad”. La crisis conceptual del derecho internacional deriva de su pretensión por ordenar la globalización sin alterar los principios que lo informan, fundados en una estructura obsoleta y en una doctrina trasnochada, inaceptable para una sociedad de vocación universal y solidaria. Las vestes del derecho internacional se han quedado viejas, apolilladas e inservibles para una sociedad global. Es preciso cambiarlas.

Y como, al parecer, no es posible avanzar más por este derrotero porque ello equivaldría a encorsetar nuestra comunidad internacional -¡esclerotizarla!-, apostamos por transitar de una definición clara y distinta del derecho internacional en tanto verdadero *ius inter nationes* -mucho menos incluyente que aquella otra de *ius inter gentes* que propusiera Vitoria-, a una definición más amplia que no sólo contemple aquella parte del derecho que regula las relaciones internacionales o la propia comunidad internacional⁶. Mientras la persona -sustituyendo al Estado- no se erija en el sujeto primario del derecho internacional, esto será imposible. Cuando llegue tal día, el derecho internacional dejará de ser lo que es, y pasará a convertirse en el nuevo derecho global.

Mientras tanto, urge recuperar la noción de persona para el pensamiento iusfilosófico. Es innegable la evidente cosificación que ha tenido que soportar la idea de persona a lo largo de las últimas décadas; una instrumentalización que se ha visto reflejada en los ordenamientos jurídicos más disímiles. Personalizar el derecho es premisa imprescindible para el desarrollo de la moderna ciencia jurídica. La excesiva tecnificación de la ley y el arrogante tecnicismo con el que se abordan aspectos claves de la dimensión humana amenazan con relegar aún más a la persona humana al humillante papel de convidado de piedra del afán legislador. Y ello tiene que terminar.

La globalización ha transformado lo internacional en una dimensión más de cada *pars scientiae iuris*. Por ello, ahora conviven el derecho mercantil internacional, el económico internacional y el criminal interna-

⁶ Confr. en este sentido: Hersch LAUTERPACHT, *International Law I. The General Works* (ed. Elihu Lauterpacht, Cambridge, Cambridge University Press, 1970) pág. 9, que tras una compleja definición señala: “*It that sense, International Law may be defined, more briefly (though perhaps less usefully), as the law of the international community*”.

cional, por poner algunos ejemplos, con las novísimas ramas de mediación y arbitraje internacional, el derecho medioambiental internacional y el derecho comunitario internacional. Todos ellos no constituyen sino una mera dimensión de las distintas áreas del propio derecho. De ahí que lo internacional se haya convertido en el patrimonio de todos los juristas, y no sólo de los internacionalistas, diluyéndose en un género mayor, el de la globalización (*sub specie globalizationis*).

También, por supuesto, continúan existiendo áreas estrictamente internacionales como, por ejemplo, el derecho de los tratados internacionales o el derecho de las relaciones internacionales, aunque sin duda ocupan un lugar que, poco a poco, tendrá menor relevancia práctica, y teórica, en general, el derecho internacional, al mostrarse incapaz de conseguir el gran reto para el que fue creado -el establecimiento de una paz perpetua conforme al ideal kantiano o al sueño wilsoniano- cede relevancia global y se convierte en un laboratorio de ideas modernas o afanes progresistas. Todas las ramas, en cambio, devienen en globales, porque lo global aún lo transnacional, lo internacional, lo supranacional e incluso lo nacional. La *lex mercatoria*, por ejemplo, constituye un paradigma de *lex privata*, pero no por ello es menos válida ni vinculante que la ley pública, a pesar de que no media para su conformación Estado soberano alguno.

Nuevamente, como en otras épocas doradas del derecho, la soberanía no extiende sus tentáculos sobre ciertos fenómenos jurídicos. Si bien la globalización debilita el molde conceptual del internacionalismo y fortalece la universalización de una serie de principios, es menester bregar porque el derecho que de ella surja no consolide las relaciones asimétricas de los pueblos convirtiéndose, ante las presiones, en un instrumento en manos de oligarquías cerradas que buscan el lucro coyuntural en desmedro de los intereses democráticos de amplias comunidades⁷. He aquí uno de los retos acuciantes del nuevo derecho global, tal vez el más importante.

⁷ En un interesante escrito titulado: "The Global Democracy Deficit: an Essay in International Law and its Limits", James Crawford y Susan Marks se muestran escépticos respecto al rol que puede desempeñar el derecho internacional en el proceso de

II. Los Estados ¿únicos sujetos del derecho internacional?

Por más que la cuestión sea matizada en nuestros días por prestigiosos internacionalistas en los manuales al uso⁸, el derecho internacional continúa siendo principalmente, un derecho entre Estados, entre entes estatales, en el que la persona ocupa un lugar secundario, incluso satelital. En su segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (1960), y por tanto, al final de su vida, Hans Kelsen sintetizaba con acierto el *status quaestionis* de la doctrina internacionalista que él mismo revolucionó: “According to the traditional definition, international law is a complex of norms regulating the mutual behavior of states, the specific subjects of international law”⁹. Esta índole estatal del *ius inter nationes* ha

consolidación de las democracias o incluso en la posibilidad de establecer una democracia cosmopolita. Vid. James Crawford y Susan Marks, en *The Global Democracy Deficit: an Essay in International Law and its Limits*”, en Daniele Archibugi, David Held and Martin Köhler (eds.), *Re-imagining Political Community. Studies in Cosmopolitan Democracy* (Polity Press, Cambridge, UK) pág. 85: “On the other hand, in so far as it has such a commitment, international law operates -we have noted- with a set of ideas about democracy that offers little support for either to deepen democracy within nation-states or to extend democracy to transnational and global decision-making”.

⁸ Confr. por todos, Antonio CASSESE, *International Law* (2ª ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005) págs. 71-72, y Malcolm N. Shaw, *International Law* (5ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, Nueva York, 2003) §5, págs. 145-246. Confr también Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, Oxford, 2008) págs. 57-67, esp. pág. 58. “This basic primacy of the State as a subject of international relations and law would be substantially affected, and eventually superseded, only if national entities, as political and legal systems, were absorbed in a world state”. En pág. 65 ofrece una construcción sobre la posición internacional de la persona en términos negativos: “There is not general rule that the individual cannot be a ‘subject of international law’, and in particular context he appears as a legal person on the international plan”. Una vez más, se adelantó a su tiempo Philip C. Jessup, con las reflexiones que ofrece sobre este tema en el capítulo II “The Subject of a Modern Law of Nations”, en su obra *A Modern Law of Nations* (2ª ed., Archon Books, Hamden, Conn., 1968) págs. 15-42.

⁹ Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre* (2ª ed., Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960 reimpr. 1967) §42, pág. 321: “Das Völkerrecht ist -der üblichen Begriffsbestimmung nach- ein Komplex von Normen, die das gegenseitige Verhalten der Staaten -der spezifischen Subjekte der Völkerrechtes- regeln” (tomo la traducción de la edición inglesa *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, Berkeley, Los Angeles, University

mantenido incólume pese a los intentos por relativizar su importancia. La estatolatría en la que incurre el derecho internacional vicia de origen su desenvolvimiento y dificulta el análisis de sus instituciones, porque coloca en el centro del debate una dimensión que tendría que cederle el puesto de honor a la idea de persona.

En efecto, los aproximadamente doscientos Estados¹⁰ del mundo son los sujetos primarios de las relaciones internacionales por disponer de capacidad jurídica plena. Y los individuos, conforme a la teoría tradicional, no pasan de ser su “objeto”, por más que se suele afirmar como coletilla que el interés de las personas es el fin supremo del derecho, y también del derecho internacional. De esta manera, las personas son mediatizadas, instrumentalizadas y calificadas como *res inter nationes*. Ya George Scelle fue tajante al teorizar sobre la idea de que la comunidad internacional es una comunidad de Estados. Ello implica que dicha exclusividad estatal se transforme en una abstracción paralizante del derecho internacional: “*c’est une vue fausse, une abstraction anthropomorphique, historiquement responsable du caractère fictif et de la paralysie de la science traditionnelle du droits du gens*”¹¹. Y no le faltaba razón al señalar el carácter profundamente anestésico de dicha concepción.

Lo cierto es que existe en nuestro tiempo una nueva categoría emergente compuesta por organizaciones internacionales, movimientos de liberación nacional, organizaciones no gubernamentales (ONG) y corporaciones transnacionales, a la que si bien se le reconoce cierta capacidad jurídica internacional, es en todo caso limitada. Más aún, a los nuevos actores no se les concede ni tan siquiera la denominación estricta de sujetos del derecho internacional. Y ello en virtud al carácter expansivo

of California Press, 1967, reimpr. The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2006, §42 pág. 320). Confr. las excepciones a este principio en Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) págs. 203-242. Con todo, *exceptio confirmat regulam*.

¹⁰ Una lista de Estados y entidades análogas ofrece James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005) págs. 727-740.

¹¹ George SCELLE, *Règles générales du droit de la paix en Recueils de Cours. Académie de Droit international* (La Haya), XLVI.4 (París, Sirey, 1933) pág. 343.

estatal que continúa modelando el derecho entre las naciones. El totalitarismo nominal se extiende al ámbito de los privilegios, del todo opuestos al principio de igualdad. En el universo del derecho internacional no es lo mismo ser un Estado que una organización o un “simple” ser humano. Prueba de ello es la existencia de un Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que legitima la superioridad teórica de los Estados en el derecho internacional, entregando el gobierno del mundo y la custodia de la paz al club exclusivo de la soberanía, y relegando del poder a una serie de actores, condenados al ostracismo de la consulta.

La internacionalización de los derechos humanos ha cambiado el rumbo del derecho internacional otorgando mayor protagonismo a las personas, aunque de forma insuficiente y sesgada. Incluso permitiendo la excesiva ideologización de los entes que participan de su defensa. El desarrollo del derecho humanitario (*ius in bello*) -especialmente a partir de los Convenios de Ginebra (1949) que aprobaron la normativa aplicable a las personas, sean militares o civiles, pero fundamentalmente heridos, enfermos y detenidos, en tiempos de conflicto bélico- denota este renovado interés personal, no sólo estatal. También, ha influido sobremanera la ampliación del campo de actuación del derecho internacional privado: la responsabilidad por productos nocivos, el transporte de materiales tóxicos, los conciertos medioambientales, las transferencias electrónicas de fondos, el comercio de armamento, la custodia de niños, la contratación internacional, etc. Todas ellas son cuestiones relevantes que afectan directamente tanto a los individuos como al propio derecho internacional. Pero en todo caso a ambos, como es evidente.

El derecho internacional continúa considerando a las personas, a lo más, como una suerte de *subject-matter*¹², sin advertir que la persona es origen y centro de la vida jurídica, no sólo un fin secundario o un hito deleznable. La nacionalidad es el punto de contacto entre el Estado y el individuo. Ella, a efectos internacionales, vincula definitivamente a la persona con un Estado concreto, hasta el extremo de que es su Estado y no otro cualquiera el que debe determinar la normativa que ha de aplicarse a un ciudadano en el ámbito del derecho internacional, y ésta

¹² Confr. Malcolm N. SHAW, *International Law* (5ª ed., Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2003) pág. 232.

ha de ser, en principio, reconocida por el resto de Estados miembros de la comunidad mundial.

Opino, como Kelsen, que es insostenible (*unteneable*) la doctrina tradicional que defiende que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades y confiere derechos sólo a los Estados, y no a los individuos. Los individuos también son sujetos de derecho, en tanto ciudadanos de un Estado. “*The subject of international law, too, are individuals*”, afirma el constitucionalista, con la rotundidad y complejidad que lo caracterizan¹³. En efecto, Kelsen sostiene que los sujetos del derecho internacional son los Estados en cuanto personas jurídicas, pero ello no implica que, a su vez, no lo puedan ser los individuos en virtud a las mismas razones y en similar calidad. Estos son sujetos, aunque, por supuesto, lo serían de una manera distinta a como lo son en un ordenamiento nacional.

Sin embargo, Kelsen se empantana en un paso intermedio, cediendo a su construcción lógica excesivamente dependiente de la soberanía, e intentando otorgar a la persona la calidad de sujeto internacional mediante una ficción: la cualificación de persona jurídica, en la medida en que ésta no es una realidad (*reality*) ya sea en el derecho positivo o debido a su naturaleza. Por ello, los pretendidos derechos y deberes de los Estados serían, en verdad, derechos y deberes que los individuos tienen en calidad de órganos o miembros de una comunidad representada a modo de una persona jurídica¹⁴. Sin embargo, a mi juicio, no debería existir mayor diferencia entre formar parte de una comunidad nacional y ser miembro de una colectividad internacional. Urge reconocer, en su verdadera dimensión y abandonando el malabarismo jurídico, la capacidad real de las personas para ser sujetos del derecho internacional, sin mediación alguna.

¹³ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) pág. 180. Confr. También *Reine Rechtslehre* (2ª ed., Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960 reimpr. 1967) págs. 325: “*Das bedeutet nicht -wie man zumeist annimmt-, das Völkerrecht verpflichte und berechtere nicht die Einzelmenschen*”.

¹⁴ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) pág. 181.

La persona no precisa de ficciones alambicadas ni formalismos vacuos para encontrar su lugar bajo el sol. El camino específico (*a specific way*) al que alude Kelsen¹⁵ tan sólo es válido bajo una concepción del derecho internacional hoy en día superada por las nuevas circunstancias globales. Cuando el razonamiento jurídico se aleja de la realidad y crea ficciones para definir situaciones concretas nos encontramos frente a un derecho unidimensional, auténtico galimatías legal, inválido para el análisis porque sus herramientas han sido limitadas por su propio creador. Aquí radica el problema del positivismo kelseniano.

III. La agonía del Estado moderno

Ornado con un sinnúmero de atuendos que moderaron su pretendida omnipotencia secular -Estado liberal, federal, social, de derecho, democrático y un largo etcétera-, esta unidad jurídico-política soberana, territorial y éticamente coactiva, sufre, angustiada e irremisiblemente, una prolongada agonía. Asistimos a una muerte lenta, muy lenta, como lento, sosegado y paulatino ha sido el declive de las más egregias instituciones políticas. Los estertores estatales alteran, sin duda, el reparto del control del mundo, permitiendo el surgimiento de nuevos actores políticos que claman por un mayor protagonismo en la escena global. Estos nuevos protagonistas desgastan el carácter omnipotente del Leviatán decimonónico y permiten, con sus actuaciones, el surgimiento decidido de un cúmulo de derroteros para-estatales que responden con eficacia a las complejas relaciones que se forjan al calor de la sociedad civil¹⁶.

¹⁵ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2ª ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., New York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) pág. 180: "... it means that individuals are subjects of international law in a specific way, in another than the ordinary way in which individuals are subjects of national law".

¹⁶ Antes que de muerte, Sandra Braman defiende el "*change of state*", proceso por el cual, el Estado de bienestar, caracterizado por su estructura burocrática, cede su lugar al "*informacional state*", en el que el control sobre la información, desde su creación hasta su empleo, se convierte en el medio más efectivo para ejercer el poder. Sin embargo, la información -en todas sus formas- siempre ha sido un elemento fundamental para la

Vástago de Maquiavelo y Bodino, el Estado nació con el propósito de superar las guerras de religión que assolaban nuestro continente centralizando el poder real que amenazaba con disgregarse ante los privilegios sempiternos del feudalismo. Mediante la consolidación de un absolutismo monárquico soberano, el Estado logró imponerse como la estructura gubernamental más asequible en todo el orbe, uniendo su destino al del modelo democrático. Sin embargo, la configuración de una nueva democracia más participativa y directa conlleva el imperativo de una remodelación estatal. En efecto, ni la democracia del siglo XXI es la misma que analizó con brillantez Tocqueville ni el Estado del nuevo milenio es el ente moderno que responderá con eficacia a los retos de la globalización. La circunstancia ha mudado. El orbe no es el mismo. Sin caer en el gatopardismo jurídico, si la democracia pretende permanecer fiel a su esencia, ha de renovarse. También, por supuesto, debe hacerlo el Estado, si pretende liderar la etapa de cambios sociales que son propios de una civilización posmoderna.

Así, el Estado -configurador del *ordo orbis* hasta la irrupción de la globalización y el 11-S-, al esencializar la modernidad y fundirse con ella, ha firmado su partida de defunción. El evidente cambio del paradigma mundial requiere de nuevas formas de organización política que trasciendan el formalismo público y lo complementen. La crisis estatal es, sin lugar a dudas, la crisis de la modernidad, la hecatombe de un modelo pretérito que no resuelve los problemas contemporáneos. Ante un mundo de corte posmoderno, en el que nuevos valores y principios determinan la discusión intelectual y dirigen la praxis política, el ente estatal se ve enfrentado a una peculiar coyuntura que precisa de instrumentos de los que carece el derecho nacional.

La política internacional supera con creces los moldes del consenso creado por las Naciones Unidas. Aquella utopía indicativa internacionalista de la que participaron las naciones más poderosas pronto hubo de estrellarse con la realidad del poder. La globalización ha trastornado la hegemonía estatal permitiendo el desarrollo de una sociedad civil que

operatividad del ente estatal. Este hecho, de por sí obvio, nos permite hablar de la existencia permanente de un “*informational state*”. Vid. Sandra Braman, *Change of State. Information, Policy, and Power* (Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2006).

expande y enriquece la base del demos político. El imperialismo estatal -sumamente acaparador- se niega a entregar cotos de influencia a los entes supranacionales. Y es reacio a implementar nuevas formas de participación. He ahí, por ejemplo, la razón fundamental del fracaso de la Constitución europea o de los tribunales internacionales, boicoteados una y otra vez por algunos Estados hegemónicos, que han reducido a la impotencia al resto de la comunidad internacional. Obnubilados como están los defensores de la estatolatría, se niegan a aceptar que es preciso poner en marcha nuevos mecanismos institucionales que respondan a nuestro espacio-tiempo histórico. Por ahora, cualquier afán corporativo y de consenso termina estrellándose con los tentáculos estatales que se afanan en conservar todos sus espacios de influencia, *aut concilio aut ense*.

El Estado se ha quedado pequeño para los asuntos globales y resulta excesivamente grande para las cuestiones locales. Las decisiones más importantes de nuestros días -como la seguridad en el mundo, la eliminación de la pobreza, la defensa del medio ambiente, la educación de las masas o la reducción del armamento nuclear- deben adoptarse en el marco de unas estructuras que superan con creces las fronteras materiales y conceptuales del Estado, incapaz de aportar soluciones prácticas y de materializar una hoja de ruta coherente. Por lo demás, la sociedad civil, día a día, reclama con más fuerza la implantación de una democracia directa que se ocupe de los asuntos menores: *de minimis non curat res publica*.

La tensión entre lo global y lo local genera en el Estado moderno una posición incómoda, artificial, que exige cesiones de soberanía a través de tratados internacionales, como en el caso de la Constitución de la Unión Europea, o cesiones de competencias a instancias de decisión que actúen con mayor eficacia. Sin embargo, endosar soberanía con frecuencia se ha convertido en un recurso retórico antes que en una propuesta pragmática. Los tratados han dejado de ser un refugio seguro y la legalidad internacional se ve con frecuencia vulnerada por el afán político de un puñado de naciones que detentan el poder real.

La igualdad jurídica exigida por el derecho internacional para los Estados es sólo *de iure*, más no *de facto*. ¿Tiene el mismo peso en el panorama internacional un país del tamaño de Andorra que otro de la extensión del Brasil? Ni por el número de habitantes, ni por las posibilidades de desarrollo, ni por las relaciones internacionales se puede pretender

alcanzar esta equiparación por una vía, aunque jurídica, ficticia¹⁷. Y es que la igualdad entre los *entia moralia* no es comparable a la igualdad entre las personas, ya que ésta se basa en su radical dignidad. En efecto, la tan mentada igualdad interestatal está condicionada por la capacidad económica de una sociedad determinada, por su poder material y su importancia en el contexto global. Incluso por su *soft power*. De ahí que la independencia de tantos países sea más un mito que una realidad. Ello no implica, por supuesto, que los países que por uno u otro motivo asuman el liderazgo regional o global tengan carta blanca para hacer y deshacer a su antojo. El derecho es el arte del equilibrio, y no el triunfo de la anomia.

La crisis del Estado se origina en una excesiva burocratización -por lo demás, propia del devenir estatal-, de la superación del concepto de fronteras, de la compartimentación territorial y de la incorporación de *new players* en las relaciones internacionales con estructuras más flexibles y dinámicas e intereses heterogéneos. La burocratización ha hecho mella en el entramado de las Naciones Unidas, ralentizando su capacidad de respuesta a las diversas crisis que han asolado a la humanidad en el siglo XX. Heredera de la fisonomía estatal -esto es, de sus instituciones- la O.N.U. se ha convertido en un ente paquidérmico incapaz de reducir el riesgo de conflicto, en una especie de actor secundario de los acontecimientos globales que modelan la política del tercer milenio.

La burocracia mina la gobernabilidad global pues no ha logrado convertirse en un instrumento adecuado que canalice ágilmente las demandas de paz y equilibrio. Por el contrario, la excesiva burocratización estatal ha creado un sistema deudor del formalismo, ajeno a la realidad, lento en la respuesta e idílico en los objetivos. Más aún, las taras de los Esta-

¹⁷ El recurso a la analogía entre el Estado y la persona es una constante del derecho internacional moderno. Vid. en este sentido, Charles R. BEITZ, *Political Theory and International Relations* (2nd ed., Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1999) pág. 69: “*Perceptions of international relations have been more thoroughly influenced by the analogy of states and persons than by another device. The conception of international relations as a state of nature could be viewed as an application of this analogy. Another application is the idea that states, like persons, have a right to be respected like autonomous entities. This idea, which dates from the writings of Wolff, Pufendorf, and Vattel, is a main element of the morality of states and is appealed to in a variety of controversies in international politics*”.

dos-Nación han sido trasladadas a los organismos internacionales. Aquellos que actúan con normalidad y se convierten en foros pragmáticos en los que es posible alcanzar algún tipo de acuerdo medianamente respetado por sus miembros son por entero deudores de las directrices de las potencias o de una criptocracia extendida y multiforme.

Por otro lado, los organismos y tribunales que naufragan ante la laxitud e inercia de las naciones no cuentan con el respaldo del poder establecido y deben conformarse con emitir sendos pronunciamientos de condena, repulsa o solidaridad, según sea el caso. Lo determinante es que, pese a los esfuerzos legalistas, el gobierno del mundo se cuece al margen del derecho internacional. Y, sin ir muy lejos, contra sus postulados teóricos. Es en el plano de la realidad, en la política activa en donde se evidencia el desfase entre la teoría que esgrime el derecho internacional y la política que aplican los Estados ante un hecho concreto. Hay un abismo a menudo infranqueable. Esta doble moral que se ha enquistado en las relaciones internacionales no ha podido ser liquidada por la burocracia de las Naciones Unidas. No es un tema de eficacia. Se trata, más bien, de un asunto de poder. Sí, de poder. En el plano internacional, el poder ha terminado doblegando al derecho. Y sabemos bien que cuando la ley es debilitada por la *potestas*, termina convirtiéndose en un simulacro de justicia, un agente cortesano de los intereses más mundanos que podamos imaginar.

Por otro lado, el orden fronterizo y el territorialismo de viejo cuño se han visto sometidos, en los últimos años, a un intenso debate. El nacionalismo territorial, como es obvio, no ha perecido. Muy por el contrario, conflictos como el recientemente desatado en el Cáucaso entre Georgia y Rusia confirman la vigencia del sentimiento nacional y la animosidad virulenta del chauvinismo expansivo, sólo comprendido a cabalidad si se analiza bajo la óptica soberanista. Efectivamente, es la soberanía la variable definitiva a la que hemos de apelar si intentamos desbrozar los vericuetos del belicismo o la asimetría que impera en las relaciones internacionales. Sólo el nacionalismo explica fenómenos tan disímiles como el indigenismo y el antiamericanismo.

Además, la irrupción de nuevos actores en el escenario global reconfigura los códigos de comportamiento presentando un manojito de problemas que superan con creces el enclave estatal. Los *new players* no comprenden el lenguaje soberanista. Lo desafían. Lo trascienden. A veces, por motivos estrictamente prácticos, pactan con él. Se impone, ante esta situación, un diálogo fecundo que emplee un código reforma-

do capaz de aquilatar la sensibilidad de esta época, sus mimbres, su estilo. El derecho, en este sentido, ha de servir como un catalizador efectivo que permita construir y afianzar este nuevo lenguaje supranacional, interpretándolo, moldeándolo y haciéndolo cumplir hasta sus últimas consecuencias.

La debacle estatal está íntimamente ligada a la crisis de la soberanía, a la del principio de territorialidad -al menos en el plano teórico- y a la reforma del concepto de nación en su sentido más político. De todo ello trataré a continuación.

A. La soberanía y el pueblo soberano

La soberanía es el pilar del Estado. Sin sus aciertos y sin sus crueldades y genocidios, la evolución del Estado no podría comprenderse¹⁸. No me refiero a la llamada soberanía internacional que justifica el reconocimiento mutuo de Estados o territorios independientes, ni a esa soberanía doméstica, dominadora de los actos internos estatales. Tampoco aludo a la soberanía interdependiente, que permite al gobierno de un país controlar el flujo de información y las operaciones que se llevan a cabo más allá de sus fronteras. Todas estas acepciones de la soberanía son versiones flamantes y edulcoradas de esa “organizada hipocresía” (*organized hypocrisy*), como la calificó Stephen Krasner¹⁹, que vivificó y ensalzó el derecho internacional moderno, sobre todo a partir del Tratado de Westfalia, alterando sustancialmente los sujetos del derecho internacional, y permitiendo que el derecho de gentes se convirtiera, con el tiempo, en un derecho interestatal. La soberanía, de esta forma, se transformó en un instrumento de superación y reforma, de modernidad y desarrollo. Hoy, sin

¹⁸ Confr. en este sentido la bella descripción de Alan Cranston, *The Sovereignty Revolution* (ed. Kim Cranston, Palo Alto, California, Stanford University Press, 2004) pág. 9.

¹⁹ Stephen D. KRASNER, *Sovereignty. Organized Hypocrisy* (Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1998). Puede consultarse también su obra más reciente *Problematic Sovereignty. Contested Rules and Political Possibilities* (Nueva York, Columbia University Press, 2001).

embargo, ha devenido en una rémora que debe abandonar su letargo pernicioso. O desaparecer²⁰.

El concepto de soberanía -que sustituyó al romano de *maiestas*, cualidad propia del *Populus Romanus*- clausuró definitivamente las puertas a un orden internacional armónicamente constituido, homogeneizando, artificialmente, un sistema de Estados con poderes plenos en sus respectivos territorios, cercados por fronteras. Por ello, soberanía es a Estado, lo que la voluntad a la persona: su dueña y esclava.

La soberanía es, pues, la cualidad inherente a un Estado que le otorga suprema potestad en su territorio, control de su ordenamiento jurídico y derecho a reconocer a los actores externos que con él entablan contacto. Hoy en día, está del todo cuestionada como instrumento útil en la era de la globalización, donde las comunicaciones, el comercio y la vida diaria se han mundializado creando una interdependencia en las relaciones incompatible con sus postulados teóricos. El imprescindible pluralismo de una sociedad global se enfrenta al exclusivismo del Estado-nación. Las numerosas declaraciones de universalidad de los derechos humanos y diversos hitos históricos como el nacimiento de la Unión Europea o el establecimiento de tribunales internacionales cuestionan claramente los alcances del concepto de soberanía, a pesar de los esfuerzos cosmopolitas de reconceptualización. La sociedad abierta, por otro lado, requiere de nuevos mecanismos que articulen las exigencias de la sociedad civil, reivindicaciones que no siempre pueden ser atendidas empleando los formalismos burocráticos que establece un poder soberano, apoyado en una doctrina superada²¹.

²⁰ Confr. Charles R. BEITZ, *Political Theory and International Relations* (2ª ed., Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1999) pág. 69: “While the idea of state autonomy is widely held to be a fundamental constitutive element of international relations, I shall argue that it brings a spurious order to complex and conflicting moral considerations”.

²¹ Confr. en este sentido Karl R. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, 2 vols. (4ª ed., Londres, Routledge & Kegan Paul, 1962) pág. 124, que, no sin cierta ironía, afirma que “... the theory of sovereignty is in a weak position, both empirically and logically. The least that can be demanded is that it must not be adopted without careful consideration of other possibilities”.

La soberanía apareció por vez primera en *Les six livres de la République* (1576), de Jean Bodin (1530-1596)²², y fue entendida por este pensador francés como la potestad absoluta y permanente que ejerce una República en un contexto determinado: “*la puissance absolue et perpetuelle d’une République*”²³. En la versión latina de la obra, la definición aparece matizada y libremente traducida, inspirándose en parte en la famosa frase de Ulpiano, *princeps legibus solutus*²⁴. Dice así: “*maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*”. Se trata, por tanto, de un poder exclusivo y excluyente que residía en manos del Príncipe, capaz de imponer leyes a sus súbditos sin requerir su consentimiento y sin quedar por ello él mismo vinculado. La soberanía, así concebida, implicaba una absoluta indivisibilidad del poder. El soberano, por definición, dejaba de serlo en el momento en que existiese otro como él dentro del territorio. No cabía solidaridad en el poder, como entre los cónsules romanos, sino una titularidad total, radicalmente absolutista.

No había transcurrido siquiera un siglo cuando Thomas Hobbes también defendió, en su *Leviathan*²⁵ (1651), el carácter soberano del monarca, así como la indivisibilidad de su poder²⁶. La indivisibilidad esencial de la soberanía fue tomada en consideración por Jean Jacques Rousseau, en su libro *Du contrat social* (1762), aunque desde una perspectiva muy distinta. En efecto, el traslado de la titularidad de la soberanía del monar-

²² Los antecedentes medievales, sobre todo a partir de la fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, pueden verse en FRANCESCO CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità* (3ª ed., Milán, Giuffrè, 1957). La teoría, con todo, necesita una revisión.

²³ JEAN BODIN, *Les six livres de la République* I (París, Librairie Arthème Fayard, 1986) pág. 179. Bodino utiliza como sinónimo de soberanía el término latino *maiestas*. Así, por ejemplo, en el Cap. 10 de su libro I que versa *Des vrays marques de souveraineté* (págs. 245-341), habla de “*la première marque de la souveraineté*” (pág. 306), pero de “*la seconde marque de majesté*” (pág. 310).

²⁴ ULPIANO, D. 1.3.31, a propósito de su comentario a la legislación caducaria de Augusto.

²⁵ Confr. HOBBS, *Leviathan* (ed. Richard Tuck, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 1996), parte II, Cap. 18: *Of the Rights of Sovereigns by Institution*.

²⁶ Al comienzo del Cap. 19 de su obra maestra, advierte Hobbes que esta indivisibilidad es predicable de las tres formas de gobierno: la monarquía, la democracia y la aristocracia: “*Other kind of commonwealth there can be none: for either one, or more, or all, must have the sovereign power, which I have shown to be indivisible, entire*”.

ca a la “*volonté générale*” exigía también la indivisibilidad de aquella, pues de lo contrario dejaba de ser voluntad general del pueblo, para convertirse en la aspiración de tan sólo una parte²⁷ lo que debilitaba los afanes controlistas. Por lo demás, el parlamentarismo inglés se había encargado de limitar el poder regio, como queda reflejado en la expresión “King in Parliament”, que sintetiza el principio de soberanía parlamentaria de la Constitución de Inglaterra²⁸.

La reflexión sobre la soberanía ha sido una constante en el pensamiento de todos los teóricos del Estado: Kant y Hegel, Locke, Bentham y Austin, Montesquieu y Tocqueville. También ha ocupado la acción política de los prácticos, como los *founding fathers*²⁹ norteamericanos. Como es obvio, el uso que de ella se dé tiene una relevancia política de incalculables consecuencias. Matizada por el pensamiento inglés³⁰, ocupó un lugar central en la formación y consolidación de los Estados Unidos de América bajo el signo del federalismo y en torno a la Constitución de 1787, aunque luego no se incorporase a ella de manera efectiva³¹.

²⁷ Confr. Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Libro II, Cap. 2, en *Oeuvres complètes* III (París, Éditions Gallimard, 1964) págs. 369-371: “*la souveraineté est indivisible*”.

²⁸ Confr. en este sentido: Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8ª ed., Londres, MacMillan & Co. Limited, 1915) pág. 37 y todo el Cap. II sobre: “*The Nature of the Parliamentary Sovereignty*”.

²⁹ Una historia del concepto hasta la caída del Sacro Imperio Romano ofrece Helmut QUARITSCH, *Souveränität, Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806* (Berlín, Duncker & Humblot, 1986). Es interesante la visión de Charles Edward Merriam, jr., *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau* (Nueva York, Ams Press, Inc., 1900). Para un estudio de la soberanía en el ámbito anglosajón, Edmund S. MORGAN, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (Nueva York, Norton, 1988). Para la relación entre soberanía y derecho natural, Ian Hunter y David Saunders (eds.), *Natural Law and Civil Sovereignty. Moral Right and State Authority in Early Modern Political Thought* (Nueva York, Palgrave Macmillan, 2002).

³⁰ Así se desprende del comentario de Joseph Story, que se apoya en el pensamiento de William Blackstone y, en menor medida, de Henry Wheaton; confr. Joseph STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States* vol. I (2ª ed., Boston, Little & Brown, 1851) Libro III, Cap. 3 §§ 362-363, págs. 243-244; Cap. 13, §§ 940-948, págs. 660-666.

³¹ En efecto, la palabra soberanía aparece en la Declaración de Independencia, en los artículos de la Confederación, de marzo de 1781 (art. 1º: “each state retains sovereignty,

James Madison defendió, con su ardor característico, la necesidad de admitir la divisibilidad de la soberanía de cara al futuro de la Unión. Por eso, “*el acto de establecer la Constitución no es un acto nacional, sino federal*”³², y hablar de “*una soberanía sobre soberanos*” (*a sovereignty over sovereigns*) era, para él, destructivo³³. Sin embargo, ésta no fue la única opinión³⁴.

Con todo, la genialidad de la Revolución americana se halla, precisamente, en haber logrado superar el conflicto de la soberanía apelando al pueblo. En el caso *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), el Tribunal Supremo, por boca de Joseph Story, se resignaba a centrar la fuerza de la revolución en una cuestión de soberanía y apelaba a los ciudadanos: la Constitución de los Estados Unidos fue establecida, no por la capacidad soberana de los Estados, sino por el pueblo³⁵. Se trataba, como veremos, de una noción más próxima a la idea romana de *maiestas*, ya que recono-

freedom and independence”) en la Ordenanza del Noroeste del 13 de julio de 1787 (in fine: in the year of our Lord 1787, and of their sovereignty and independence the twelfth), todos ellos textos fundacionales del constitucionalismo americano, pero no en la Constitución federal. Un interesante comentario sobre este tema ofrece Jeremy A. RABKIN, *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States* (Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2005) págs. 45-47, en el que el autor defiende unas ideas del todo opuestas a las que sostengo en este libro.

³² Confr. James MADISON, “The Conformity of the Plan to the Republican Principles”, en *The Federalist Papers*, núm. 39 en versión on line de *The Avalon Project at Yale Law School* (www.yale.edu/lawweb/avalon): “The act, therefore, establishing the Constitution will not be a national but a federal act”.

³³ James MADISON y Alexander HAMILTON, “The Insufficiency to the Present Confederation to Preserve the Union”, en *The Federalist Papers*, núm. 20, en versión on line de *The Avalon Project at Yale Law School* (www.yale.edu/lawweb/avalon).

³⁴ Confr. Jonathan Elliot (ed.), “Political Rights and Sovereignty”, en *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia, in 1787*, vol. I (2ª ed., Filadelfia, J.B. Lippincott Company; Washington, DC, Taylor & Maury, 1861) págs. 63-67. Peso específico tuvo el pensamiento de John C. CALHOUN, *A Disquisition on Government* (1851), en *The Papers of John C. Calhoun*, vol. XXVIII (Columbia, University of South Carolina Press, 2003) págs. 1-67, al que se opuso, entre otros, Daniel Webster.

³⁵ *Martin v. Hunter's Lessee* 14 U.S 304 (1816): “The Constitution of the United States was ordained and established, not by their states in their sovereign capacities, but emphatically, as the preamble of the Constitution declares, by the people of the United States”.

ce la intervención directa de la nación sin crear una ficción de la que luego se puedan apropiar los poderes fácticos.

A partir de la progresiva descomposición del Imperio Otomano -que comienza con el reconocimiento de Grecia como Estado en 1832-, así como con el proceso de independencia de América Latina, la soberanía pasa a ocupar un lugar destacado en el nacimiento de los nuevos Estados. En el plano europeo, sin la cuestión soberana no se entiende la convulsa historia política teutona del siglo XIX, que comienza con la caída del Sacro Imperio Romano (1806), continúa con la Confederación Germánica (1815) y la Revolución del 1848 para finalizar con la unificación alemana (1871), tras la proclamación del Imperio Alemán.

En efecto, la implantación del nuevo Estado federal alemán obligó a los juristas a modernizar el concepto de soberanía, alterando sustancialmente la visión de Bodino. Hombres de la talla de Georg Jellinek, Hugo Preuss, Georg Meyer, Paul Laband y Otto Gierke centraron su atención en ella, analizándola desde una nueva perspectiva nacida de los nuevos imperativos políticos. Hubo alguno, incluso, que sostuvo que el concepto de Estado soberano de Bodino no podía tener un alcance general para todos los pueblos, erigiéndose en el fundamento de toda la ciencia política hasta el fin de los tiempos. Hugo Preuss³⁶ lo explica con acierto: el significado de una expresión técnica (*eine technische Ausdruck*) en una ciencia determinada ha de ser configurado en primer lugar por la propia ciencia y no puede, por ello, depender exclusivamente de consideraciones filosóficas, ni acarrear consecuencias negativas, ya que en dicho caso habría que eliminar el tecnicismo (pág. 135). El concepto de soberanía en Bodino se refiere a un Estado absoluto y poco tiene que ver con un moderno Estado constitucional de derecho (*Rechtsstat*), como era -o pretendía ser- por aquel entonces, el alemán (pág. 136). Como es obvio, el maquillaje jurídico al que fue expuesta la soberanía permitió su supervivencia en el nuevo orden de cosas -de la misma manera que otras instituciones han evolucionado a lo largo de los siglos- apelando a la modernidad y plegándose a la nueva coyuntura. Sin embargo, la reforma fue

³⁶ Confr. Hugo PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (Berlín, 1889; reimpr. Scientia Verlag, Aalen, 1964) pág. 106, pero en general puede verse todo el Cap. V, págs. 100-136 sobre su análisis del concepto de soberanía.

de tal calado que la soberanía terminaría convirtiéndose en una concepción más ligada al utilitarismo político que a la reflexión iusfilosófica.

Por otro lado, para Georg Jellinek, la soberanía sería “*la cualidad de un Estado en virtud de la cual él sólo puede vincularse jurídicamente con su propia voluntad*”³⁷. Precisamente por ello, los actos en los que el Estado ejerce su voluntad son actos de autoobligación (*Selbstverpflichtung*). Se trata, en este caso, de un poder exclusivo de autodeterminación por derecho propio, que le lleva también a decidir acerca de sus límites. Para Jellinek no estamos frente a una potestad que carezca de límites (*Schrankenlosigkeit*), sino más bien ante un poder que contempla la posibilidad de autolimitarse (*die Möglichkeit der Selbstbeschränkung*).

Entre los intentos del siglo XX por juridificar técnicamente la soberanía³⁸, destaca, particularmente, el de Hans Kelsen³⁹, duramente criticado por Hermann Heller⁴⁰ y desautorizado por Carl Schmitt⁴¹. El padre de los Tribunales Constitucionales considera que la soberanía es uno de los puntos de ignición, o focos (*Brennpunkte*)⁴², de la Teoría del Estado y del

³⁷ Georg JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (Viena, Alfred Hölder, 1882) pág. 34: “*Souveränität ist demnach die Eigenschaft eines Staates, kraft welcher er nur durch eigenen Willen rechtlich gebunden werden kann*”.

³⁸ Es interesante a este respecto, la obra de Hymen Ezra COHEN, *Recent Theories of Sovereignty* (Chicago, The University of Chicago Press, 1937), que recoge con profundidad la importante discusión conceptual europea en el cambio del siglo XIX al XX.

³⁹ Confr. ya su conocida obra *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tubinga, J.C.B. Mohr, 1920).

⁴⁰ Hermann HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1927) págs. 20-23.

⁴¹ Para Schmitt es soberano quien decide sobre el estado de excepción. Por eso, la soberanía no puede corresponder a un ente abstracto como el Estado; confr. Carl SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922, 7ª ed. Berlín, Duncker & Humblot, 1996). Complementario es *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921, 2ª ed., Munich, Leipzig, Duncker & Humblot, 1928), en el que sólo menciona a Kelsen en la nota de la pág. 148.

⁴² Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tubinga, J.C.B. Mohr, 1920) pág. III: “*Die Souveränität des Staates ist einer der Brennpunkte der juristischen Konstruktion*”.

derecho, a la que habría que despojar de ataduras políticas y dotarla de un contenido jurídico con características propias. Este contenido no sería otro que el de la cualidad de un Estado como ordenamiento jurídico pleno, sin personalidad jurídica. Como es obvio, despojar de la soberanía de su vestimenta política, es poco menos que imposible.

Muy por el contrario, la historia de los pueblos, desde la irrupción de la soberanía en el orbe moderno, ha estado signada por su instrumentalización por parte del poder. A ella han apelado los más insignes demagogos de la era moderna para afianzar su posición en el Estado o para dar rienda suelta a sus sueños megalómanos. Basándose en ella se han llevado a cabo los eventos más disímiles, desde la independencia de las colonias de todos los imperios hasta las masacres genocidas más aberrantes. El viejo pulso entre soberanistas y cosmopolitas no parece decaer con el transcurso de los años y pese a las enormes transformaciones internacionales que acarreó el 11-S, aún interpretamos muchos hechos que acontecen en la realidad tomando en cuenta este eje, que divide y fragmenta.

Para Kelsen, sin soberanía, no hay Estado, y sin éste, no existe el derecho, porque el Estado no es otra cosa que el ordenamiento jurídico. De ahí que la soberanía del Estado (*Souveränität des Staates*) se identifique con la positividad del derecho (*Positivität des Rechts*). Esto hace que la soberanía sea suprema, independiente y que pueda autolimitarse a través del ordenamiento jurídico⁴³. Estamos, pues, ante un determinismo soberanista que vicia el entramado jurídico y lo secuestra de manera permanente porque ata la existencia del derecho a la supervivencia de la soberanía.

Como es obvio, el derecho es anterior a la irrupción política de la soberanía -anterior y superior- y, aunque se encuentra influenciado por ésta, no debe caer totalmente en su esfera de acción. Si ello ocurre, si la soberanía termina apoderándose de los fueros del derecho, entonces surgirá, sin mayores barreras, la politización de la justicia, la incardinación en el entramado orgánico legal de una serie de actores e instituciones que

⁴³Hans Kelsen, *Principles of International Law* (2^a ed. revisited and edited by Robert W. Tucker; Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Chicago, San Francisco, Londres, 1966) págs. 247-250, 331, 446-448, 581-585.

minan la independencia judicial y lastran el desarrollo autónomo de la judicatura. He aquí un peligro real, cierto, numerosas veces contrastado, y que ocurre más a menudo de lo que sostienen los teóricos que pregonan la independencia de los poderes del Estado. En efecto, en virtud a la soberanía, se invaden espacios concretos alegando el interés superior del pueblo, debilitando la gobernabilidad y socavando la *auctoritas* de las instituciones.

A pesar de la redefinición del concepto de soberanía, sea en el pensamiento americano, desde una perspectiva más política, o en el europeo, acogándose a una óptica más jurídica, lo cierto es que ella -en tanto presupuesto teórico- ha cumplido su fin y es muy difícil, por no decir imposible, compatibilizarla con nuevas formas de organización acordes con la globalización, por más que alteremos su contenido nuevamente, empleando para ello formulaciones maquilladas y coyunturales. Soberanía y universalidad son conceptos inconciliables, como lo son, a su vez, universalidad y totalidad. La globalización es universal. No así el binomio nacional-internacional, que ha gobernado la modernidad y pugna por prolongarse en el tiempo, reformando accidentalmente a la soberanía. La universalidad reclama la idea de persona, y en un segundo momento ape-la a la noción de pueblo: una vez más, *publicum ex privato*.

Si apostamos por el fortalecimiento del Estado sobre todas las formaciones políticas que no comparten su estructura, la soberanía, exacerbada hasta sus límites, podría transformar el sistema interestatal y la organización de las naciones en un Superestado mundial del que fuera titular la Humanidad (*domina mundi*), cumpliendo así con la vieja aspiración de los emperadores medievales: el dominio del mundo. Esta voluntad de poder absoluto, criticada por Vitoria, se basa en la falta de reconocimiento de un ente superior (*superiorem non recognoscere*). Así lo defiende, por ejemplo, Martin Shaw, en su libro *Theory of the Global State*⁴⁴.

Para Shaw, la formación de un “Estado Global” es un hecho indetenible⁴⁵, y su culminación configurará el triunfo de una revolución democrática global que ha de liderarse desde Occidente. Comenzó a mediados del

⁴⁴ Martin SHAW, *Theory of the Global State* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2000).

⁴⁵ Martin SHAW, *Theory of the Global State* (Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2000) pág. 265.

siglo pasado con la crisis de los imperios nacionales y continuó en los estertores del siglo XX con la caída de los bloques de poder que se repartieron el orbe conocido. Y esto nos conduce hacia una peligrosa, compleja y enmarañada acumulación de *potestas* en manos de una criptocracia rampante que sueña con un solo bastón de mando que poseer. Sin embargo, la crisis mundial que atravesamos exige instituciones globales integradas hábilmente que permitan responder a las demandas de una sociedad civil que reclama por un mayor protagonismo. No necesariamente un Estado mundial logrará catalizar las necesidades de un demos global. Por el contrario, la sombra de la tiranía o el espectro de un Gran Hermano podrían imponerse a los moldes civiles de una poliarquía colegiada. ¿Sería posible la subsistencia de la democracia en un ente que ostenta una esencia de este tipo? Sería difícil. Más aún si éste se basa en un modelo soberano de Estado, en el que, aunque puedan existir facciones, elimina cualquier capacidad de disentir en el plano exterior. Y liquida la propia noción soberana y con ello cualquier atisbo de alteridad y consenso. Me explico.

El mundo necesita ordenarse globalmente. De ello no cabe duda. Ahora bien, tomando en cuenta la perspectiva de la soberanía, es una *contradictio in terminis* la creación de un Estado global. La soberanía exige pluralidad, por su esencia territorial y por su carácter excluyente, y reclama, además, la existencia de otras comunidades soberanas susceptibles de ser excluidas. Lo mismo se puede decir del Estado. No cabe la existencia de un Estado único, global, ya que la frontera territorial se demarca necesariamente con otro ente estatal, y un Estado sin fronteras, es decir, sin territorio, dejaría de serlo, al menos conceptualmente. Un Estado planetario dejaría la exclusión de lado, esencializando la inclusión legal. Un solo Estado, un solo derecho, un solo poder. Y, por supuesto, una amenaza totalitaria más real que sus predecesoras. Del totalitarismo estatal transitaríamos al absolutismo global, sin posibilidad de retorno⁴⁶.

Al Estado le sucede lo que a los hermanos: para que existan, deben ser al menos dos. De ahí que la existencia de una entidad estatal nos

⁴⁶ Confr. en este sentido, la reciente Encíclica de Benedicto XVI, *Caritas in veritate*, del 29 de junio de 2009, núm. 41 (www.vatican.va): “Al igual que se pretende cultivar una iniciativa empresarial diferenciada en el ámbito mundial, también se debe promover una autoridad política repartida y que ha de actuar en diversos planos”.

conduzca inexorablemente a un derecho entre Estados soberanos, y éstos, al derecho internacional. La idea de soberanía se cristaliza por entero en el derecho internacional, y éste no es sino su consecuencia más evidente. La historia nos muestra que la soberanía nacional es incompatible con la anarquía internacional. Hermann Heller se refiere a este aspecto con precisión: hay derecho internacional -decía- “*en la medida en que haya al menos dos unidades universales y eficaces de decisión territorial*”⁴⁷. Esto es, cuando dos Estados empiezan a dialogar.

Juridificar el concepto de soberanía ha sido un acierto, como lo fue positivizar la ley. También lo es cuestionar seriamente su esencial indivisibilidad. Sin embargo, si no se quiere caer en un reduccionismo absurdo, no ha de olvidarse que la juridificación de un concepto pluridimensional es sólo una instrumentalización por motivos técnicos o metodológicos. No admitir las restantes dimensiones es cerrar los ojos a la realidad de las cosas. La hegemonía actual de los Estados Unidos de América es consecuencia de una aplicación, *sui generis*, eso sí, del concepto de soberanía. Y es que ésta, a causa de las reformulaciones americanas y alemanas, se ha democratizado internamente, mas no externamente, esto es, en el ámbito de las relaciones internacionales, en el que el derecho internacional continúa siendo su aliado insustituible: un *ius inter nationes*.

No lo olvidemos: el ex presidente George W. Bush defendió, en ocasiones, la invasión de Irak apelando a sus deseos de devolver la soberanía al pueblo iraquí, oprimido por la tiranía de Sadam Husein: “*we restored sovereignty to the Iraqi People*”⁴⁸. ¿Es posible amparar acciones armadas invocando la restauración de la soberanía como la panacea para los males de un país? Se ha hecho y se seguirá haciendo. Por eso, cuando el instrumento se convierte en un fin por sí mismo, el mundo se vuelve un lugar más inseguro y un derecho que legitime tal proceder no pasa de ser una farsa legal.

⁴⁷Hermann HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1927) pág. 118: “*Völkerrecht gibt es nur, solange es wenigstens zwei universale und wirksame Gebietsentscheidungsseinheiten gibt*”.

⁴⁸Discurso del presidente George Bush Jr., del 28 de junio de 2005, en Fort Bragg, Carolina del Norte; versión on line: www.whitehouse.gov/news/releases/2005.

B. La crisis de la territorialidad

No hay derecho internacional sin Estados. Ni Estados sin soberanía. Ni soberanía sin territorio. He aquí uno de los dogmas esenciales del derecho internacional⁴⁹. En efecto, el territorio es el escenario geográfico en el que los poderes del Estado despliegan su máxima capacidad y en el que una población determinada busca desarrollarse a plenitud. Por ello, el principio de territorialidad ha ocupado en la ciencia política y en la praxis internacional, desde el Tratado de Westfalia (1648) hasta nuestros días, un lugar preferente, que, en cierta manera, no le corresponde. Con el fin de proteger la integridad territorial de los Estados, el derecho internacional ha desarrollado un cúmulo de reglas que pretenden frenar cualquier tipo de agresión que menoscabe el territorio soberano⁵⁰.

Sin embargo, todo esto ha quedado en evidencia a lo largo de las últimas décadas del siglo XX. En mayo de 2000, cuando un joven hacker filipino, desde Manila, logró inyectar el virus “I love you” en Internet, ocasionando graves problemas a gobiernos y compañías del mundo entero y provocando, al mismo tiempo, una situación de emergencia, la territorialidad naufragó catastróficamente. Filipinas, en aquel momento, carecía de legislación en materia de uso de ordenadores. Más recientemente, hemos contemplado las deficiencias del principio de territorialidad en el caso de la base de Guantánamo, cuando el gobierno de los Estados Unidos apeló a su carácter territorial con el fin de incumplir la normativa internacional vigente en materia de derechos humanos⁵¹. De esta mane-

⁴⁹ Confr. por todos Malcolm N. SHAW, *International Law* (5ª ed., Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2003) pág. 409 y LASSA OPPENHEIM, *International Law I* (8ª ed. cuidada por Hersch Lauterpacht, Longmans, Green & Co., Londres, Nueva York, Toronto, 1955) pág. 563.

⁵⁰ Por ejemplo, arts. 2(4) y 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas, pero también la Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre relaciones de amistad y cooperación entre Estados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, o el art. 1º del Consensus sobre Definición de agresión adoptado por la Asamblea General de la O.N.U. por Resolución 3314 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974: “uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, integridad territorial o independencia política de otro Estado”.

⁵¹ Una historia de la cuestión ofrece ahora Jana K. LIPMAN, *Guantánamo. A working-class history between empire and revolution* (Berkeley, University of California Press, 2009).

ra, la soberanía ha terminado convirtiéndose en una especie de carta blanca para realizar cualquier atropello en un ámbito determinado.

El principio de territorialidad es, sobre todo, un principio organizativo y, por ende, secundario. Su misión es comparable a la del freno de mano en los coches. Proporciona seguridad, resuelve un conflicto concreto. Sin embargo, impide avanzar. Su abuso, paraliza. Este sentido auxiliador del principio de territorialidad ha quedado parcialmente reflejado en la expresión “poner tierra por medio”, que se emplea como solución de urgencia para superar una crisis. Si entre dos personas que trabajan juntas se produce un desencuentro, es posible que el jefe los separe (principio de territorialidad), lo que no significa que en el futuro se vayan a reconciliar. Se trata, sin duda, de una solución fácil, rápida, despreocupada, pero, ciertamente, no es la más adecuada. Lo correcto, en nuestro ejemplo, es que el departamento de dirección de personas de la empresa se esfuerce por conseguir la reconciliación de ambos trabajadores (principio de personalidad), fomentando un diálogo fecundo entre ellos, mediando con denuedo, y, de ser el caso, separándolos durante una temporada, si fuera conveniente. Así, el principio de territorialidad es un complemento del de personalidad, pero no el reemplazo cabal, como pretende en su praxis el Estado moderno.

Una sociedad es verdaderamente posmoderna cuando aplica el principio de territorialidad como medio y no como fin. Ello no implica relegar la territorialidad completamente, ya que cumple una importante función auxiliadora en el entorno global. Sin embargo, no es saludable concederle un protagonismo inapropiado. Sólo debe intervenir cuando se aplique a cuestiones territoriales. En efecto, lo territorial se resuelve territorialmente, y no de otra manera. Debemos tener en cuenta que la ola migratoria de los países subdesarrollados está en camino de transformar la faz de la tierra. La territorialidad encorseta la libre circulación de las personas. Y nos impulsa a vivir en un espejismo. Por un lado, aceptamos que la libertad de mercado es una condición indispensable para el desarrollo de los pueblos. Apostamos también por la libre circulación de las materias primas, por la eliminación de barreras arancelarias, por la libertad jurídica y por el establecimiento de normas más homogéneas. Y defendemos estas premisas a capa y espada en cuanto foro sea preciso. Sin embargo, ignoramos una realidad acuciante que nos interpela día a día: la inmigración⁵².

⁵²Discrepo por completo de los temores infundados de Samuel P. Huntington esbozados en su libro *Who We are? The Challenges to America's National Identity* (Nue-

En efecto, el fenómeno de la inmigración está íntimamente ligado a la exacerbación del principio de territorialidad. El nacimiento y la nacionalidad determinan a un ser humano de por vida. Y la territorialidad sella esta condición. Un territorialismo mal entendido, protegido a su vez por un derecho soberano excluyente, podría terminar asfixiando la sana aspiración de cientos de miles de ciudadanos -provistos de dignidad- que encuentran en el acto de migrar la única solución a sus problemas. Los muros materiales de las fronteras, amparados legalmente por un derecho concreto, provocan que muchedumbres enteras se inclinen por la ilegalidad. El territorialismo excluyente provoca una reacción en cadena al margen del derecho. Sólo cuando es demasiado tarde, se emplea la ingeniería jurídica para intentar paliar los efectos nocivos de un sistema jurídico que privilegia el territorio frente a las personas. El desborde popular a escala global es ya una realidad. Masas enteras se desplazan y vulneran fronteras y territorios con el fin de alcanzar una vida mejor. El territorialismo corre el riesgo de convertirse, en este punto, en letra muerta. O, lo que es peor, en nebulosa teórica, sin asidero en la realidad.

El principio de territorialidad es un principio elemental, parecido al sentido del tacto para la persona. Aunque es fácilmente superable por la vista y el oído, no deja de ser útil y, a veces, imprescindible. La territorialidad es al derecho lo que la ocupación a la propiedad: su primer eslabón. Pero no el único, ni el más importante. El problema del Estado radica en que ha condicionado su supervivencia al territorio. Por eso, el derecho internacional, al ser un derecho interestatal, apostó primero por la hegemonía totalitaria del principio de territorialidad, debilitando con ello a la persona. Lo que hasta ahora no se ha establecido -por supuesto- es el *minimum* de territorio necesario para constituir un Estado (los hay diminutos como Malta, San Marino, Liechtenstein, Ciudad del Vaticano, etc.) ni la necesaria

va York, Simon & Schuster, 2004). Muy particularmente, de su política cerrada y reduccionista expresada en pág. 256: “*There is not Americano dream. There is only the American dream created by the Anglo-Protestant society. Mexican-Americans will share in that dream and in that society only if they dream in English*”. La inmigración transformará a las sociedades, dotando de nuevos contenidos a los “sueños” y aspiraciones de la comunidad receptora. Oponerse a un hecho tangible no es ciencia, sino malabarismo.

contigüidad. Pero sí el requisito del territorio: “*Sovereignty comes in all shapes and sizes*”, señala Crawford, con frase concluyente⁵³.

La globalización instaaura un mundo sin fronteras, que no acepta fácilmente el dogma moderno de la territorialidad. Y menos el de las jurisdicciones extraterritoriales, tan frecuentes en el siglo XIX (en China, Turquía, Japón) absolutamente contrarias al principio de reciprocidad. La Humanidad necesita espacios globales (*Global Spaces*) de uso común, con unas reglas de juego propias. Espacios no interestatales, esto es, no dominados por los Estados, propios de unos ciudadanos que puedan y quieran servirse de ellos. Ahora, con las nuevas tecnologías, todo ello es posible.

Por eso, si queremos que perpetúe su misión, el principio de territorialidad ha de ser flexibilizado, tanto en el *civil law* como en el *common law*, quizás más en éste que en aquél, pues el *common law*, y muy particularmente el derecho de los Estados Unidos, apostó con fuerza, debido a razones históricas, por el principio de territorialidad. En el orden jurisdiccional, la territorialidad ha de convertirse en un principio de conveniencia, de oportunidad, pero no en el criterio decisivo de justicia, ni mucho menos en una exigencia de la soberanía estatal o en impulso que finalice con la secesión⁵⁴.

En mi opinión, la clave se encuentra en separar la territorialidad de la soberanía, en “desoberanizar” el territorio, si se me permite el neologismo, pues el principio de territorialidad es anterior al de soberanía, y pudo sobrevivir durante siglos sin ella. Lo aplicó, a gran escala, por ejemplo, el emperador Diocleciano, a fines del siglo III d.C., cuando decidió dividir el Imperio romano en doce diócesis, circunscripción que

⁵³ James CRAWFORD, *The Creation of States in International Law* (2ª ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005) pág. 47.

⁵⁴ En este sentido, Allen BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination. Moral Foundations for International Law* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2004) pág. 378, rebate el argumento electoral de un secesionismo posmoderno: “*It is a mistake to think that the commitment to democracy requires recognition of a plebiscitary unilateral right to secede, because the chief justifications for democratic governance within given political boundaries do not support the thesis that boundaries may be redrawn by majority vote*”.

posteriormente adoptaría la Iglesia Católica⁵⁵. El gran problema del principio de territorialidad es que, al encontrarse vinculado a la soberanía estatal, se halla inseparablemente unido a la teoría del dominio sobre el territorio de un Estado.

En efecto, el monarca disponía sobre el territorio del Estado de un poder similar al del *dominus* sobre la *res*, es decir, de una potestad total. Con las revoluciones americana y francesa, esa titularidad se trasladó, respectivamente, al pueblo y a la nación. Cambió, pues, el titular, pero no el contenido del derecho, que continuó siendo absoluto. Se le siguieron aplicando, por tanto, las mismas reglas que el derecho romano inventó para el *dominium* sobre los bienes inmuebles. Y ello es, hoy en día, simplemente indefendible.

El derecho internacional relega un principio fundamental que se impone en nuestro tiempo, debido a la particularidad de la migración y los nuevos espacios: la tierra es de todos. Pertenece a la Humanidad. No es un objeto que pueda ser empleado en función a intereses espurios y cortoplacistas. Y no es la copropiedad de todos los Estados, sino de todos los hombres, sin mediación de entes artificiales o colegiaturas inescrupulosas. En este sentido, ha sido de gran interés para la ciencia del derecho internacional la generalización de la expresión “patrimonio común de la Humanidad”, empleada por primera vez por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1970, en su Declaración sobre protección de los fondos marinos y oceánicos, hoy firmemente consolidada⁵⁶.

En cierto sentido, la tierra en sí es el patrimonio común de la humanidad por antonomasia. El único patrimonio que tenemos. Sin embargo, a veces, lo que es de todos, termina siendo de los más fuertes y por ello,

⁵⁵ Sobre este tema, *vid.* mi artículo Rafael Domingo, “Los principios de territorialidad y personalidad en el concepto de diócesis”, en *Actas del IX Simposio Internacional de Teología* (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989) págs. 273-278.

⁵⁶ Resolución 2749 (XXV), del 17 de diciembre de 1970. Posteriormente se ha repetido en el art. 11 del Acuerdo 34/68, del 5 de diciembre de 1979, que debe regir las actividades de los Estados en la Luna, y en los arts. 136 y 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 10 de diciembre de 1982, que declaran la Zona, es decir, los fondos marinos y oceánicos y sus subsuelos fuera de los límites de la jurisdicción nacional (confr. art. 1.1), así como sus recursos, patrimonio común de la humanidad.

precisamente por esta espada de Damocles que puede pervertir un alto ideal solidario, el derecho debe bregar por el establecimiento de un sistema equitativo, en el que se respeten las prerrogativas de los habitantes de un entorno concreto, y que elimine las aporías del sistema. Ahora bien, emplear la noción de patrimonio común de la humanidad tiene consecuencias jurídicas evidentes. Lo que es de todos puede ser administrado por todos o por una delegación representativa de todos. Y la administración es susceptible de ser llevada a cabo de diversas formas. El territorialismo no necesariamente debe intervenir en todas ellas. Trascender las fronteras -creaciones jurídico-políticas al fin y al cabo- es uno de los retos de un territorialismo moderno, que recoja la existencia de espacios globales en los que es posible interactuar sin las ataduras de la soberanía.

C. La jurisdicción ¿pertenece al Estado?

Al apropiarse del territorio, la soberanía se adueñó de la jurisdicción que no es otra cosa que la potestad de aplicar el derecho coercitivamente en un entorno determinado. Desde la Edad Moderna se encuentra íntimamente vinculada a la soberanía estatal. La jurisdicción, tal y como fue concebida en los laboratorios ilustrados, es una función de carácter estatal, debido a la pertenencia del ordenamiento jurídico al Estado. Más aún, con frecuencia, ambos se confunden. Pero este poder jurídico coactivo, sin el cual el derecho deviene en pura ciencia, no siempre ha estado unido a la soberanía. La jurisdicción es anterior a ella. Se remonta al genio jurídico romano y, por lo tanto, no es consustancial al Estado. Conviene, pues, detenerse en este aspecto.

La palabra jurisdicción procede del latín *ius dicere*, que expresa la declaración coactiva del derecho por quien tiene potestad, principalmente, el magistrado. Distinta de ella es la judicación, de *ius dicare*, que significa la declaración jurídica de quien tiene autoridad, principalmente el juez. *Dicere* y *dicare*⁵⁷, de la misma raíz griega *deik* (mostrar, señalar)

⁵⁷ Confr. VARRÓN, *De lingua latina* 6.61, que cita a Ennio: “*Hinc Ennius: ‘Dico qui hunc dicare’. Hinc iudicare, quod tunc ius dicatur*”. Sobre esta distinción, Alvaro

son, pues, las dos actividades centrales que permiten el devenir del *ius*. *Dicare* hace referencia a las declaraciones jurídicas razonadas (*indicare, iudicare; adiudicare, abdicare*); *dicere*, en cambio, a las coactivas (*ius dicere, addicere, edicere, interdicerere*).

La diferencia entre *ius dicere* y *ius dicare* se halla en la esencia misma del procedimiento formulario romano, y fue la que permitió, en gran medida, el espectacular desarrollo jurídico que se produjo a partir del siglo I a.C.⁵⁸. Por tratarse de un derecho esencialmente casuístico (*case law*), este binomio ha quedado mejor reflejado en el sistema del *common law* (*jurisdiction and adjudication*) que en el *civil law*. Este prefirió, sobre todo a partir de la Revolución Francesa, hacer de la ley la fuente del derecho por antonomasia, dejando al juez en una posición secundaria, “boca muerta de la ley”, en ya clásica expresión ilustrada.

La aplicación de los criterios jurisdiccionales al ámbito internacional adolece de todos los vicios de la propia soberanía. Al ser la jurisdicción función soberana, los Estados han de respetarla como parte integrante de su propia constitución, mediante la aplicación del principio de no intervención en la jurisdicción interna o doméstica de los otros Estados. Sin embargo, la propia dinámica de las relaciones internacionales impuso al Estado la necesidad de entrometerse en la soberanía ajena bien para cumplir actos propios (*executive jurisdiction*), bien para resolver casos con un elemento extranjero (*judicial jurisdiction*) o para aplicar las leyes cuando estuvieran afectadas por un elemento foráneo (*legislative jurisdiction*)⁵⁹. Así, como hija adoptiva, la jurisdicción internacional iba

D'ORS, “Las declaraciones jurídicas en derecho romano”, en *Anuario de Historia del derecho español* 34 (1964) 565-573, y Rafael Domingo, “Judicación y jurisdicción”, en *La Ley* (Madrid) 2125 (1988) págs. 1-3; y “¿Poder judicial?”, en *Nuestro Tiempo* (Pamplona) 516 (1997) págs. 106-116.

⁵⁸ El proceso clásico constaba de dos fases: una *in iure*, ante el pretor, a quien correspondían los actos propios de su jurisdicción, es decir, de declaración coactiva para que el proceso se desarrolle conforme al *ius*, y una fase de judicación o *apud iudicem* en que el juez -un ciudadano romano- daba su opinión (*sententia*) sobre el caso (*ius dicare*). Sobre procedimiento romano, *vid.* por todos MAX KASER y KARL HACKL, *Das Zivilprozeßrecht* (2ª ed., Munich, Beck, 1996).

⁵⁹ Confr. en este sentido: *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States* (Boston, American Law Institute, 1987) § 401.

de la mano de la soberanía, siempre que ésta traspasaba sus propias fronteras. Para ello, el derecho internacional privado estableció las reglas aplicables en caso de conflicto de leyes entre Estados.

El incremento de las relaciones comerciales transnacionales, la existencia de problemas comunes a la humanidad -como la delincuencia internacional, el terrorismo mundial, la regulación del ciberespacio, la protección del medio ambiente y otros- imponen una inmediata revisión del concepto de jurisdicción, que, ante este nuevo panorama, tendría que separarse de la soberanía. Es bastante lo que se ha avanzado en este campo con la firma de tratados internacionales que establecen una jurisdicción convenida, como sucede con la Corte Internacional de Justicia de La Haya; ceden jurisdicción a organismos supranacionales, como en el caso de la Unión Europea; o, más recientemente, fijan una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, como ocurre con la Corte Penal Internacional. Recuperar la autonomía de la jurisdicción es fundamental de cara a construir espacios globales independientes de la soberanía.

Capítulo aparte merecen el arbitraje internacional y la mediación en cuanto instrumentos eficaces para la resolución de conflictos globales, que han logrado implantar un nuevo estilo de ejercer el derecho alejado de los órganos jurisdiccionales del Estado. Con ser mucho, es poco, pues el principio de fondo se mantiene inalterado: la jurisdicción sigue siendo, por esencia, estatal en la medida que no se ceda mayor capacidad de decisión a los organismos internacionales. ¿De qué depende ello? Sin duda estamos frente a un bloqueo político que tiene consecuencias jurídicas. ¿Ceder jurisdicción implica debilitar la soberanía estatal? No necesariamente. Como hemos afirmado, la jurisdicción es anterior a la soberanía y puede recuperar su identidad.

Relativizar la soberanía en pro de los organismos internacionales -o de nuevas instituciones globales- se impone como la única solución viable para el mantenimiento de la paz y la justicia⁶⁰. El fracaso de las

⁶⁰ Confr. en este sentido: Charles R. BEITZ, *Political Theory and International Relations* (2ª ed., Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1999) pág. 69: “While the idea of state autonomy is widely held to be a fundamental constitutive element of international relations, I shall argue that it brings a spurious order to complex and conflicting moral considerations”.

Naciones Unidas tiene que ver con este punto en concreto. El muro soberano ha frenado los diversos intentos de la Asamblea General para encauzar la búsqueda de la paz. Existe, lamentablemente, una especie de *entente cordiale* entre las grandes potencias que bloquean cualquier consenso en el seno de la Asamblea. El Consejo de Seguridad no es otra cosa que la materialización del poder soberano de las potencias hegemónicas, su larga mano justiciera. Se trata, en fin, del enfrentamiento dialéctico entre la soberanía y el consenso, entre el poder y la autoridad. O, lo que es más frecuente, entre la guerra y la paz. La inercia a la que ha sido condenada la O.N.U. se encuentra íntimamente ligada al hiper poder que le hemos otorgado a las decisiones soberanas. Existe un ámbito reducido de acción en el que las Naciones Unidas pueden intervenir, a trancas y barrancas, con el riesgo de ser rechazadas ante el menor indicio de violación de la soberanía estatal. Por el contrario, es mayor el ámbito en el que los Estados hegemónicos intervienen directamente en sus esferas de influencia.

El caso de los Estados Unidos e Irak o el de Rusia y Georgia son ejemplos concretos del intervencionismo de las potencias. La unión económica de diversos bloques a lo largo y ancho del mundo aunque relativiza ciertos aspectos de la soberanía no la ha liquidado ni mucho menos relegado a un lugar secundario. Muy por el contrario, en una especie de reacción soberanista -apuntalada por el nacionalismo- ha guardado para sí diversas esferas de influencia esenciales para la configuración de las relaciones internacionales. Se mantienen, por ejemplo, los ejércitos nacionales, la capacidad legislativa está prácticamente intacta, la política continúa pergeñándose en términos territoriales y la burocracia que han creado los nuevos espacios globales es más decorativa que eficaz. Pululan por doquier los órganos de consulta y aunque se han creado diversos tribunales con aspiraciones cosmopolitas, las potencias se muestran reacias a apoyarlos, en mayor o menor medida. La soberanía contraataca y pretende mediatizar la labor de dichas cortes -o, lo que es lo mismo, entorpecerla- defendiendo los fueros de la justicia nacional. Las Naciones Unidas no logran destrabar esta situación y demuestran, con el paso del tiempo, una pasividad preocupante. Revitalizar su actuación o crear nuevas instituciones globales implica redefinir los límites de la soberanía y los alcances de una jurisdicción libre del lastre estatal.

Ahora bien, con cierta timidez, una jurisdicción universal se venía aplicando tradicionalmente en casos de piratería⁶¹. Al término de la Segunda Guerra Mundial, los aliados se apoyaron en ella para juzgar los crímenes de lesa humanidad y de guerra en los procesos de Nüremberg y Tokio. También fue recogida en los convenios de Ginebra de 1949, que imponen el principio de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), así como en otros instrumentos más recientes⁶². Actualmente, la idea de una justicia universal ha vuelto a cobrar fuerza a raíz del caso del general Augusto Pinochet, detenido en Londres, en 1998, por orden del juez español Baltasar Garzón, que buscó el amparo de la jurisdicción universal con el fin de que no quedara impune la represión política llevada a cabo por el gobierno de la Junta Militar pinochetista. Sin embargo, el caso de los piratas somalíes ha denotado hasta qué punto la falta de coordinación en este tema puede poner en peligro a los ciudadanos que no logran ser protegidos a tiempo por las fuerzas conjuntas de Naciones Unidas.

Una justicia universal admite la posibilidad de que un Estado conozca sobre determinados delitos -normalmente crímenes contra la humanidad- sin mediar vínculo tradicional alguno, bien por haber sido perpetrados en su territorio nacional, bien por haber sido realizados por ciudadanos nacionales. Se argumenta, para ello, que la comunidad internacional queda afectada por dichos crímenes, lo que permite que cualquier tribunal del mundo *ratione materiae* pueda conocer de ellos. Es, en cierta manera, una aplicación indirecta de la teoría del caos. El aleteo de una mariposa puede provocar un huracán. En este sentido, un hecho jurídico llevado a cabo en tierras araucanas tiene repercusiones evidentes en la totalidad del ordenamiento global de los derechos humanos. Ello, de por sí, cambia la percepción que empleamos al analizar la jurisdicción.

⁶¹ Una historia de la cuestión ofrece M. CHERIF BASSIOUNI, "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", en Stephen Macedo (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2004) págs. 39-63.

⁶² Confr. por ejemplo, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aportada por la Asamblea General por Resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948; o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por Resolución de la Asamblea General 39/46, del 10 de diciembre de 1984.

Y es que la jurisdicción es patrimonio de la comunidad política, sea o no soberana; y por eso caben distintos niveles jurisdiccionales, tantas como distintas comunidades políticas superpuestas pueden coexistir, desde la familia hasta la humanidad. Los crímenes contra la humanidad son universales; y han de ser resueltos universalmente. No se trata de un problema de cesión de soberanía. Es, más bien, un asunto de organización, un tema de *management* de la sociedad global, ya que ésta funciona de manera deficiente si se encuentra artificialmente compartimentada⁶³. Y eso es lo que ha provocado la desviación soberanista, que antes que integrar, desune y retarda la síntesis viviente de culturas y civilizaciones.

El Tribunal Constitucional español ha defendido la jurisdicción universal en STC 237/2005, del 26 de septiembre. En dicha resolución judicial, el Alto Tribunal amparó el recurso de la líder indígena Rigoberta Menchú Tumn frente a la sentencia y auto de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, por causa de delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala, dejando en claro que la jurisdicción universal se encuentra por encima de los intereses nacionales. Sin embargo, éste es sólo un primer paso hacia una judicialización universal del derecho de tribunales permanentes, con jurisdicción *ratione materiae* y resoluciones coactivamente vinculantes, emanadas de órganos ejecutivos separados y preparados para ello.

D. Estado-nación: un matrimonio de conveniencia

Desde que el derecho internacional se convirtió en un derecho interestatal, Estado y nación quedaron vinculados en las relaciones inter-

⁶³ Confr. sobre este tema, Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, , 2003); Angel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004) y Stephen Macedo (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2004), que recoge una propuesta de catorce principios de jurisdicción universal criminal, en razón de la materia (*nature of the crime*) realizada en el marco del *Princeton Project on Universal Jurisdiction*, dirigido por Stephen Macedo; confr. *Princeton Principles of Universal Jurisdiction* (Princeton, Oxford, Princeton

nacionales, formando un *unum indivisibile*: el Estado-nación. Pero no siempre ello fue así. La nación es pre-estatal, e incluso paraestatal, si hablamos del secesionismo. De la mano de la Revolución Francesa, ambas realidades iniciaron una aventura política e histórica conjunta, cuyo declive comienza a ser anunciado por los politólogos más conspicuos. Habiendo sido trazadas las líneas maestras del Estado moderno, resta exponer a grandes rasgos el desarrollo conceptual del término nación, bella dama prendada de su marido Estado, hasta tal punto de dejarse engañar por un esposo que busca satisfacer sus propios intereses políticos, económicos y étnicos.

Nascio o Natio (de *nascor*, nacer) fue el nombre de la diosa romana protectora de los nacimientos. A esta divinidad se refiere, por ejemplo, Cicerón en su *Natura deorum*, del año 45 a.C.: “*quia partus matronarum tueatur, a nascentibus Natio nominata est*”⁶⁴. Un año después, en su décima filípica contra Marco Antonio⁶⁵, el pretor emplea nuevamente este término para señalar que todas las naciones pueden sobrellevar la esclavitud, salvo Roma. También utilizan la palabra nación Tito Livio⁶⁶, en su famosa *Ab Urbe condita*, para referirse a las *nationes Histororum et Illyriorum*; un siglo después, Aulo Gelio, en sus *Noches áticas*⁶⁷ y, posteriormente, muchos otros autores clásicos.

A caballo entre el Mundo Antiguo y la Edad Media, Isidoro de Sevilla, en sus *Etimologías*, considera a las naciones como grupos de personas de la misma procedencia⁶⁸. Al final del primer milenio de la historia cristiana, continuaría teniendo el mismo sentido. Por ejemplo, es empleada en ocho ocasiones por Liutprando de Cremona⁶⁹, agudo obispo y vivaz

University Press, 2001). Más recientemente, Wolfgang Kaleck y otros (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (Berlín, Nueva York, Springer, 2007).

⁶⁴ CICERÓN, *De natura deorum* 3.47.

⁶⁵ CICERÓN, *Philippica* 10.10.20.

⁶⁶ TITO LIVIO, *Ab Urbe condita* 43.1.

⁶⁷ AULO GELIO, *Noctes Atticae* 6.16, en relación con los rodios: “*sed non Rhodienses modo id noluerunt, sed multos populos atque multas nationes idem noluisse arbitror*”.

⁶⁸ ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologiae* 9.9.4: “*a definitione certorum prognatorum, ut nationes...*”.

⁶⁹ En su *Antapodosis* (1.5), se refiere, por ejemplo, a “*ceterae vero, quae sunt sub eodem climate nationes, Armeni scilicet, Perses, Chaldei, Avasgi*”, y posteriormente, en el

historiador del siglo X, a quien le debemos abundante información sobre esta época tan desconocida. Las incipientes universidades medievales, particularmente la de París, se organizaron por naciones incluso antes de la creación de las Facultades propiamente dichas. Por ello, no es de extrañar que César-Egasse Du Boulay subtitule su extensa *Historia Universitatis Parisiensis* (1665) con la rúbrica: *Nationes, Facultates, Magistratus, Decreta*⁷⁰. Siguiendo esta tradición académica, el Concilio de Constanza (1414-1418) también organizó el cónclave por naciones⁷¹.

Durante la Edad Moderna, los padres del Estado continuaron empleando el término nación en sentido genérico. Lo hace Jean Bodin, en *Les six livres de la République* (1576), aunque escasamente. Con más frecuencia lo utilizan Thomas Hobbes, en su *Leviathan* (1651), cuando aborda la cuestión de la nación judía, o John Locke, en su *Second Treatise of Government* (1690). Sin embargo, una profunda carga ideológica alteró la idea de nación durante el período revolucionario francés, con el fin de destronar el absolutismo de *l'État c'est moi* y democratizar la sociedad. Para entonces, la nación se convirtió en la titular *ipso iure* del poder constituyente, esto es, en el corazón de la estructura estatal.

Libro VI (núm. 2) “ad graecas nationes”. En su famosa *Relatio*, trata de los italianos, sajones, francos, bávaros y suevos: “indignos vos omnesque Italos, Saxones, Francos, Bagoarios, Suevos, immo cunctas nationes” (núm. 54).

⁷⁰Las naciones constituían una forma de organización de personas muy natural y primaria, que desatendía los saberes (*omnes artes indiscriminatim*); confr. César EGASSE DU BOULAY (Bulaeus), *Historia Universitatis Parisiensis*, vol. I, 1665, reimpr. Minerva, Fráncfurt del Meno, 1966, pág. 250), que poco a poco fue dando paso a la unión por Facultades, en razón de las áreas del saber, con las que convivieron: “a longe facilius est homines dividere per nationes, quam per facultates” (vol. I, pág. 251). En la famosa bula *Parens scienciarum* de Gregorio IX (de 13 de abril de 1231, ed. Heinrich Rütthing, *Historische Texte. Mittelalter XVI*, Gotinga, Vanderhoeck & Ruprecht, 1963, núm. 10), carta magna de la Universidad de París, se prohíbe la admisión de maestros indignos, pero sin hacer acepción de personas ni de procedencias: “*nec admittet indignos, personarum et nationum acceptione sumnota*”.

⁷¹En un primer momento fueron cuatro naciones (Itálica, Gallicana, Germanica y Anglica), pero posteriormente se añadió la nación Hispánica. En las actas del concilio pueden seguirse las *congregationes nationum* (confr. Joannes Dominicus MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, Graz, 1961, l. XXVII). Así, por ejemplo, en pág. 809: “*Die Jovis 19. mensis Decembris [1415] praedicti fuerunt congregati Deputati omnium Nationum in loco Natione Germanicae*”.

En el panfleto publicado por Emmanuel Joseph Sieyès, en enero de 1789, sobre *Qu'est-ce que le Tiers État?*, el abate se interrogaba sobre los alcances del concepto de nación: "*Qu'est-ce qu'une nation? Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par la même legislature*". Meses después, sus reflexiones eran recogidas en el art. 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 agosto de 1789, que proclamaba la soberanía nacional: "el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación"⁷². De existencia nacional (*national existence*) hablaba el presidente George Washington en la carta del 17 de septiembre de 1787 en que remitía la Constitución de los Estados Unidos al presidente del Congreso⁷³. El texto constitucional, sin embargo, no califica en ningún momento a los Estados Unidos como nación, y sí, en cambio, como pueblo⁷⁴. La nación adquiere entidad política al calor de las revoluciones y se convierte en el concepto legitimador del nuevo orden legal.

No tardó la nueva doctrina en extenderse por Europa. En su octava *Rede an die deutsche Nation*, pronunciada en el invierno de 1807-1808 durante la ocupación napoleónica de Berlín, Fichte traslada a la nación alemana los principios revolucionarios de libertad y justicia que Bonaparte, por dicha época, profanaba a lo largo del curso del Danubio, dando un nuevo vuelco a la idea de nación, más cultural desde entonces, pero sin dejar de lado su fuerte impronta política⁷⁵.

⁷² Confr. art. 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789: "Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément".

⁷³ Confr. el documento en The Avalon Project at the Yale Law School. Documents in Law, History and Diplomacy (www.yale.edu/lawweb/avalon)

⁷⁴ Confr. el conocido preámbulo: "We, the People of the United States". La palabra nación se emplea en dos ocasiones (art. 1º Sección 8): una para referirse al comercio con otras naciones (*foreign Nations*) y otra para referirse al derecho de gentes (*Law of Nations*).

⁷⁵ Se preguntaba Fichte en su discurso VIII (*Reden an die deutsche Nation*, Insel-Verlag, Leipzig, 1919, núm. 8) por lo que sea un pueblo y concluía que esta pregunta llevaba indefectiblemente a otra acerca de cuál es el amor de un individuo a su nación: "was ist ein Volk? welche letztere Frage gleich ist einer andern und zugleich mitbeantwortet diese andere, oft aufgeworfene und auf sehr verschiedene Weisen beantwortete Frage,

El constitucionalismo del siglo XIX -hijo de la Ilustración francesa y del Idealismo alemán- hizo de la nación una entidad diferenciada, territorialmente indivisible y jurídicamente solidaria, sustentada por el principio de nacionalidad -que incorporaba a la persona en el proyecto nacional, lo que no había postulado el Estado- y por el principio de autodeterminación de los pueblos que, al equiparar la nación al Estado, la convertía en la *ratio constituendi* de las nuevas entidades territoriales soberanas: así, cada nación era el embrión de un Estado. De esta manera, la fusión entre la nación y el organismo estatal se concretaba y legitimaba por el nuevo ordenamiento jurídico. Las palabras pronunciadas por Ernest Renan, en 1882, en La Sorbona, expresan muy bien el pensamiento de la época: “*la existencia de una nación es -perdonadme la metáfora- un plebiscito de todos los días, como la existencia de un individuo es una afirmación permanente de su vida*”⁷⁶. El voluntarismo renaniano tuvo, como es obvio, un correlato legal. Desde entonces, la soberanía -basada en la nación- se convertía en la piedra filosofal del entramado legal. En ella se asentó la praxis legislativa, la labor ejecutiva y la primacía judicial.

A partir de este punto, se ha producido una fuerte tensión entre la necesidad de mantener el *statu quo* determinado por la soberanía de los Estados y la libertad natural de todos los pueblos para autogobernarse y ocupar un espacio concreto de la Tierra en el que las sociedades puedan desarrollarse sin mayores barreras. Así, el derecho internacional fue consolidando poco a poco el principio de *self-determination of Peoples*, concibiéndolo como un derecho de las naciones -titulares, al menos potencialmente, de la soberanía- a erigirse en Estados, es decir, a ser sujetos plenos del derecho internacional. Se trataba, en definitiva, de dar un protagonismo al pueblo soberano en las decisiones que a él le afectaban: lo que incumbe al pueblo, debe ser aprobado por el pueblo. La nación, de esta manera, se convirtió en el centro del derecho internacional porque era ella y sólo ella la entidad encargada de vivificar al Estado. Es más, el

diese: was ist Vaterlandsliebe, oder, wie man sich richtiger ausdrücken würde, was ist Liebe des Einzelnen zu seiner Nation?”.

⁷⁶Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, conferencia en La Sorbona el 11 de marzo de 1882 (separata, París, 1882) Cap. 3 §3: “L'existence d'une nation est -pardonnez-moi cette métaphore- un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie”.

anhelo fundacional de un Estado se convirtió en la máxima aspiración soberana, no sólo por un tema formal.

Al mudar el paradigma político y al entronizarse el Estado como el sujeto por antonomasia, el derecho internacional favoreció, sin quererlo, el afán independentista de las colonias y el anhelo estatista de diversas comunidades. La soberanía sólo se sacia cuando se topa con un banquete estatal. El derrotero estatal ha terminado convirtiéndose en el arcano y la utopía indicativa de aquellas comunidades que claman por una mayor autonomía. Sin nación, no hay Estado, y sin éste el derecho internacional pierde su razón de ser. He allí el porqué no logra cuajar en fueros internacionales un globalismo que permita la cesión de soberanía de manera irrestricta en pro de organismos que abandonen la esfera discursiva y se internen de lleno en la praxis política. Si se cede soberanía, el Estado se debilita. Si éste decae, el derecho internacional pierde a sus actores fundamentales. Nos hallamos, pues, ante un círculo vicioso.

El derecho a la autodeterminación de los pueblos se halla grabado en letras de oro en la Declaración de Independencia americana (1776) y ha sido el instrumento jurídico por el que muchos pueblos de la Tierra alcanzaron la independencia, amparándose, por ejemplo, en un movimiento descolonizador que, por desgracia, todavía no ha culminado. Por otro lado, también ha servido para estimular jurídicamente los imperialismos nacionalistas, así como una ola de separatismos que poco o nada tiene que ver con la autodeterminación. Seamos cautos: con el principio de autodeterminación de los pueblos han vibrado Bolívar y Lenin, Wilson y Hitler, Gandhi y Castro. Ha servido para articular diversas comunidades políticas y crear un orden internacional pero ello no implica que la operatividad del concepto se extienda perpetuamente.

La soberanía -y con ella la jurisdicción limitada por el territorio- ha cumplido su ciclo. Y lo ha cumplido bien. Establecida una comunidad internacional interdependiente, consolidados los Estados y sus respectivas legislaciones y articulada una organización interestatal que cuenta con una burocracia profesionalizada, es menester dar el siguiente paso. Se trata, en gran medida, de un salto jurídico. El nuevo orden mundial y el cambio de paradigma en las relaciones internacionales precisan de un nuevo marco legal, edificado sobre una serie de principios globales⁷⁷ que

⁷⁷ Comparto la percepción de Allen Buchanan sobre la necesidad de evaluar moralmente las instituciones y principios del derecho internacional. Por otro lado, si los

van más allá del molde estatal. Así las cosas, la autodeterminación de los pueblos tampoco puede ser considerada como un principio absoluto que no admite excepciones o renunciaciones parciales.

Más que por una autodeterminación exagerada que busca en el fondo una federación puntual de autarquías, hemos de inclinarnos por una confederación solidaria de pueblos que luchan eficazmente por la paz. Sólo de esta manera, la solidaridad terminará imponiéndose al entramado legal apoyado en una soberanía egoísta, expandiendo las infinitas posibilidades del derecho en el tercer milenio. Pero, sobre todo, será posible consensuar una respuesta enérgica ante cualquier atentado contra los derechos humanos. No podemos olvidar que es el ansia irracional de soberanía el argumento que emplean los dictadores y los demagogos para evitar el control de los derechos humanos en los territorios bajo su jurisdicción. Un instrumento que nace para ordenar una coyuntura concreta termina convirtiéndose, merced a los vericuetos del poder, en una gran barrera infranqueable que aprisiona a los seres humanos y los deja a merced de las tiranías. El régimen cubano, la Venezuela chavista y el despotismo oriental de Kim Jong-il son algunos de los casos en los que se apela a la soberanía para evitar la democratización de una sociedad concreta y el imperio de los derechos fundamentales⁷⁸.

intentos del derecho internacional han caído en saco roto a lo largo de las últimas décadas ello se debe, precisamente, a la peligrosa instrumentalización de la moral llevada a cabo por los operadores políticos. Con frecuencia la moralidad de la mayoría ha terminado colisionando frontalmente con el pragmatismo de las minorías. Para un análisis más profundo sobre los fundamentos morales del derecho internacional, *vid.* Allen BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination. Moral Foundations for International Law* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2004).

⁷⁸ Al respecto, es sumamente descriptiva la expulsión de dos directores de Human Rights Watch por parte del gobierno chavista. La actitud del régimen bolivariano denota la creciente intolerancia ante cualquier tipo de crítica. El 18 de septiembre de 2008, horas después de realizar una conferencia de prensa en Caracas en la que se presentó el informe “Una década de Chávez: intolerancia política y oportunidades perdidas para el progreso de los derechos humanos en Venezuela”, el gobierno chavista expulsó a José Miguel Vivanco, director de la división de las Américas de Human Rights Watch, y a Daniel Wilkinson, subdirector de la división. La nota de la Cancillería venezolana apelaba, cómo no, a la soberanía: “Es política del Estado venezolano, apegado a los valores de la más avanzada y democrática Constitución que haya tenido nuestro país en su historia, *hacer respetar la soberanía nacional* y garantizarle a las instituciones y al pueblo su defensa

Y es que al haber sido fundidos soberanía, Estado, nación y territorio, ya no existe término medio en el derecho internacional. Se rompe el equilibrio. O se es Estado o no se es nada. Por eso, una nación, cualquier nación, está llamada a transformarse en un Estado, por este imperativo artificialmente construido, bien por secesión o bien por creación, ya que sólo la nación es la titular de la soberanía, como el pueblo lo es del Estado territorial. Ante esta perspectiva, una nación no estatalizada se convierte para el imaginario popular en un ente frustrado, incompleto, a medio camino hacia la tierra prometida. Y el sendero para lograrlo es la autodeterminación, que el nacionalismo ha desenfocado por completo, como se viene advirtiendo desde muy distintas esferas. Sólo desde la absoluta deificación del concepto de Estado-nación se comprenden los afanes soberanistas de diversos pueblos con mayores o menores lazos étnicos.

Como es obvio, autodeterminación no necesariamente equivale a independencia, ni al derecho absoluto a un territorio soberano⁷⁹. Autodeterminación sí es, por el contrario, autogobierno, el derecho a elegir sin influencias externas ni imposiciones internas. Con ella, es factible establecer un ordenamiento jurídico propio y desarrollar cultural, social y económicamente una determinada región⁸⁰. Consiste, además, en el derecho a ser reconocidos por el ordenamiento internacional. Sin embargo, en plena era global, el binomio dependencia-independencia ha de ser superado, porque su esencia soberanista distorsiona su finalidad, que no es otra que la solidaridad entre los pueblos y habitantes de una sociedad concreta. Todas las comunidades que forman parte de la gran familia de la Humanidad son dependientes, al menos interdependientes y, en ningún caso,

frente a agresiones de factores internacionales... Es por eso que, en el pleno ejercicio de la soberanía y en nombre del pueblo venezolano, le notificamos a los referidos ciudadanos la obligación de abandonar de manera inmediata la patria del Libertados Simón Bolívar". Vid. el comunicado completo de la Cancillería fechado el 18 de septiembre de 2008: <http://www.mre.gob.ve/Noticias/A2008/comunic-262.htm>.

⁷⁹ Confr. en este mismo sentido, la primera parte de la obra de Iris Marion YOUNG, *Global Challenges. War, Self-Determination and Responsibility for Justice* (Cambridge, Polity Press, 2007) págs. 13-76.

⁸⁰ Sobre las bondades de la regionalización y su importancia en el gobierno y la política democrática, vid. Michael KEATING, "Europeanism and regionalism", en Barry Jones and Michael Keating (eds.), *The European Union and the Regions* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 1995) págs. 1-22.

independientes. No existe la autarquía pura. Ni siquiera los Estados Unidos de América, que gozan de una hegemonía indiscutida, son un espacio libre de influencias o una isla-continente envuelta en una bruma impenetrable. Se impone, en este nuevo contexto, un nuevo equilibrio, en el que la cooperación ocupe el lugar de la asimetría.

Después del 11-S, quedó meridianamente claro que todas las comunidades han de ser libres y no son susceptibles, por lo tanto, de dominación o colonización, como desafortunadamente continúa sucediendo en nuestro planeta. La libertad y la independencia no están divorciadas de la solidaridad. El gran reto de nuestro tiempo es lograr el equilibrio entre el impulso soberanista y la necesidad de alcanzar un mundo más justo en el que prime la cooperación entre los pueblos. La colonización, al igual que la lucha violenta por alcanzar el estatus de Estado soberano son desviaciones nocivas que debilitan el entramado de la sociedad civil. La lucha contra el terror no sólo redefine las relaciones internacionales. También permite que, al relativizarse el concepto de soberanía, sea posible relanzar la solidaridad como el principio ordenador de una moderna comunidad global.

IV. El futuro de la O.N.U.

La O.N.U. ha cumplido una importante misión desde que se fundó, en San Francisco (California), el 24 de octubre de 1945. Sorprende que su labor haya sido más fructífera en aquellos objetivos que fueron secundarios para los padres fundadores que en sus directrices maestras, entonces y hoy prioritarias⁸¹. Heredera de la Sociedad de Naciones, surgió de las cenizas de una Segunda Guerra Mundial que consternó al mundo entero por la enorme capacidad letal del género humano y por un creciente armamentismo que no ha cesado desde entonces.

Formada inicialmente por 51 Estados, en nuestros días la cifra se ha extendido a 192 (tras la incorporación de Montenegro el 28 de junio de 2006). En teoría -e infructuosamente en la práctica- los miembros de Naciones Unidas están dispuestos a cumplir con sus fines de manteni-

⁸¹ Confr. en este sentido, Antonio Cassese, *International Law* (2ª ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005) pág. 323.

miento de la paz y la seguridad en el planeta, cooperación internacional, incremento de relaciones de amistad entre los pueblos y armonización de esfuerzos para alcanzar objetivos comunes (confr. art. 1º de la Carta). Se trataba, pues, de una organización internacional que nació con el deseo de eliminar la guerra de la faz de la Tierra, resolviendo de manera pacífica las controversias entre Estados y evitando el uso de la fuerza de manera unilateral, salvo en casos de legítima defensa. La organización internacional, como gran novedad, se reservaba el derecho de intervenir militarmente contra un Estado agresor que amenazase la paz. Sin embargo, de aquel sueño fundacional, lo esencial no ha llegado a cumplirse.

La O.N.U. cuenta en su haber con grandes aciertos. Basta pensar en su propia fundación, gran acontecimiento mundial, o en el hecho de que prácticamente todos los Estados soberanos reconocidos formen parte de ella: en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la promoción que ha realizado de la democracia en el mundo prestando asistencia electoral y logística; en su destacado papel en el proceso de descolonización, respetando la voluntad de las comunidades mediante plebiscitos o referendos, y en el fomento del derecho internacional, su marco de desarrollo.

Sin embargo, también pesan sobre ella serios errores, derivados principalmente del poder omnímodo del Consejo de Seguridad⁸², su órgano ejecutivo, del que, como es sabido, forman parte, como miembros permanentes y derecho a veto (art. 27.3), China, Francia, Reino Unido, Rusia y Estados Unidos. En efecto, la ONU se convertía, a través de este órgano, en un fabuloso instrumento en manos de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, que jugaban siempre a ganar, camuflando sus intereses, en un principio con unidad de intenciones, aunque empleasen para legitimarlos a otros diez países del orbe elegidos por un período de dos años por la Asamblea General. El Consejo de Seguridad pronto se convirtió en una camarilla política en la que se decidía el destino del mundo.

⁸² Sobre este órgano, puede verse, entre otros, David M. MALONE (ed.), *The Un Security Council* (Lynne Rienner Publishers, Inc., Boulder, Colorado, y Londres, 2004); Jochen PRANTL, *The Un Security Council and Informal Groups of States: Complementing or Competing for Governance?* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2006); Juergen DREDING, *The United Nations Security Council in the 1990s: Resurgence and Renewal* (Albany, State University of New York Press, 2008).

Y ello es comprensible, porque a pesar de la pátina de legalidad con la que está recubierto el sistema internacional de Naciones Unidas, la política sigue mostrándose como la fuerza motriz de la O.N.U. Si la Asamblea General es de por sí un foro eminentemente político, el Consejo pronto se convirtió en la mano ejecutora, no ya de la Asamblea, sino más bien, de los bloques ideológicos que conviven y comparten las formalidades de la O.N.U. Así, de esta manera tan prosaica y alejada de la legalidad, la política ha terminado dominando no sólo su fuero natural. También se ha impuesto en el terreno jurídico, mediatizando la legitimidad de los órganos de Naciones Unidas y empleando para ello sus propias directrices burocráticas⁸³. La ONU se ha convertido en una organización jerárquica y disfuncional, financiada -según datos oficiales de 2006- en más de un 40% por Estados Unidos y Japón, incapaz de plantar cara a las grandes potencias en momentos de crisis, principalmente a Rusia y Estados Unidos durante la Guerra Fría (1945-1989), ni al coloso norteamericano tras ella, afanado en restaurar una *pax Americana*, semejante a la *pax Romana* que impuso César Augusto. Sin embargo, si bien la hipoteca económica pesa sobre sus decisiones, el *management* de su liderazgo se ha visto, en los últimos años, seriamente comprometido. No sólo demuestra una reacción cuasinula o meramente formal ante cualquier amenaza contra la paz -cómo en el caso del conflicto georgiano- sino que ha caído en la abulia completa. La dependencia económica se ha traducido en un sometimiento político que daña su prestigio y su capacidad de concertación.

Estados Unidos no acepta una estructura internacional que le imponga normas ni que controle sus acciones internacionales. Y menos todavía, después del 11-S. Esta fatídica fecha cambió el destino de las relaciones internacionales acentuando el unilateralismo que se encuentra en la esencia de América desde sus orígenes como nación. Con ello, sentenció a la O.N.U: los Estados Unidos liderarían el proceso de paz en el mundo sin apoyarse en el multilateralismo de Naciones Unidas.

⁸³El Consejo de Derechos Humanos es una buena muestra de ello. Que China, Arabia Saudita y Cuba formen parte del Consejo denota cómo es posible cumplir con el formalismo y, a la vez, alcanzar objetivos políticos. Ser juez y parte en la delicada problemática de los derechos humanos no ayuda a establecer el imperio de la ley. Por el contrario, lo pervierte.

Jeremy A. Rabkin, en su libro *Law without Nations?*, es claro en su diagnóstico sobre el 11-.S: “*The international community offered condolences. American then had to summon its own resources to defend itself*”⁸⁴. Y continúa con un argumento que ha calado hondo en un gran sector de la población americana y más todavía en los halcones del Pentágono: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) no sólo sirvió como instrumento eficaz para independizarse del Imperio Británico, sino que continúa vigente para defenderse frente a las injerencias de cualquier poder de la Tierra, que le impida ocupar su sitial en el concierto de las naciones: “*to assume among the powers of the earth, the separate and equal station*”, según reza el texto del documento⁸⁵.

Esto significa, ni más ni menos, que la soberanía de la nación norteamericana no puede ser comprometida internacionalmente sin vulnerar su independencia, pilar constitucional de los Estados Unidos. El unilateralismo norteamericano, como vemos, está sancionado legalmente, antes incluso de ser llevado a la praxis política. Sólo desde esta perspectiva es comprensible el afán estadounidense de autonomía y su reticencia a formar alianzas, más aún ante la demostrada ineficacia logística de sus aliados naturales. Es bien conocida la incapacidad de Europa de llevar a cabo operaciones militares, no ya a nivel global, sino regional. Mientras el viejo continente se interna en la posmodernidad -con todo lo que ello implica políticamente- Estados Unidos emplea una lógica moderna en los asuntos del gobierno mundial.

⁸⁴ Jeremy A. RABKIN, *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States* (Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2005) pág. 1.

⁸⁵ Confr. Jeremy A. RABKIN, *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States* (Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2005) pág. 233. En efecto, la Declaración explica las causas de la Independencia “por un justo respeto a la opinión de la humanidad” (*a decent respect to the opinion of mankind*), pero esta deferencia no implica en modo alguno sumisión, ni deber de tomar en cuenta la opinión de la humanidad en asuntos que afecten a los Estados Unidos. Sin embargo, a mi entender, la independencia propiamente dicha ha dejado de existir, por lo que hay que interpretar la Declaración de 1776, y la propia Constitución Americana de 1787, a la luz de los nuevos tiempos, lo que no significa interpretarla frívolamente. El originalismo está reñido con el carácter cambiante de todo pueblo, que no puede quedar constreñido por decisiones tomadas siglos atrás por quienes entonces fungieron de legisladores.

La O.N.U. también comparte la metodología europea de resolución de conflictos, aunque no con tanta eficiencia. Lo cierto es que existen amenazas ciertas a la paz que, por la velocidad de los acontecimientos, no pueden ser resueltas empleando un procedimiento lento como el que caracteriza a Naciones Unidas. Con frecuencia, ante la política de hechos consumados, la O.N.U. reacciona tarde y mal. También existe, por supuesto, el peligro de caer en un exagerado belicismo que emplee indiscriminadamente las armas para asuntos en los que la diplomacia pueda y deba intervenir. El equilibrio en este punto está lejos de lograrse. Y, en el fondo, a ello se debe el inmovilismo retórico con que reaccionan las Naciones Unidas ante una crisis internacional. Despojados de las herramientas materiales para eliminar el enfrentamiento entre facciones -que no siempre son Estados- sólo atina a emitir sendos comunicados de condena y repulsa.

Para sentar una posición sobre un tema en concreto, el gesto es más que suficiente. Sin embargo, si se trata de salvaguardar vidas humanas e intervenir con presteza, los papeles no son la solución. Mucho menos si éstos no van acompañados de acciones inmediatas. Es vital dotar a las instituciones globales de una capacidad real que les permita intervenir rápidamente ante un conflicto armado de cualquier índole. De lo contrario, el país u organismo mejor dotado para ello, actuará o se abstendrá, provocando una predecible crisis de legitimidad de la operación.

La O.N.U. no ha sabido, ni ha podido, como era su deseo, mantener la paz en el mundo: la Guerra de Corea, la crisis de los misiles de Cuba, la guerra de Vietnam, la de Sudán, la invasión soviética de Afganistán, la guerra del Golfo, las guerras civiles de Nigeria, Líbano, Angola, Argelia, Somalia o El Salvador, las matanzas de Ruanda y Kosovo; la masacre de Srebrenica, el genocidio congoleño, la guerra de las Malvinas, la de los Balcanes, la de Chechenia, la guerra entre Etiopía y Eritrea, la de Irak, el reciente conflicto armado en la Franja de Gaza, etc., son algunos ejemplos de la inercia de sus afanes⁸⁶. Naciones Unidas ha sido un instrumento poco eficaz en la lucha contra el terrorismo internacional. No ha logra-

⁸⁶ Confr. sobre las intervenciones militares de la O.N.U., Mats BERDAL y Spyros ECONOMIDES (eds.), *United Nations Interventionism, 1991-2004* (2ª ed., Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2007).

do contener litigios internacionales o poner punto final a los conflictos ya desatados, ni han faltado, por supuesto, vanos y desesperados intentos por frenar cada una de estas crisis. El problema no es de buena fe, o de preparación por parte de su burocracia. El tema es de límites. El entuerto es de fronteras. La ONU, hasta donde puede actuar, actúa. Pero siempre termina tropezando con la soberanía o con los intereses nacionales de algún país en concreto.

Se piensa mucho en su reforma. Así lo han aconsejado expertos internacionales en sendos informes enviados a la Secretaría General⁸⁷. Sin embargo, en mi opinión, no es cuestión de cambios, ni reestructuraciones coyunturales. La O.N.U. es una organización de Estados con intereses tan contrapuestos como egoístas. Y no ha sido tomada en serio por quienes debieron hacerlo, especialmente Rusia, China y los Estados Unidos. Por eso, una revisión de la Carta no modificará un enfoque deficiente. Naciones Unidas, como hiciera la Sociedad de Naciones el 18 de abril de 1946, debe disolverse y ceder sus derechos a una nueva organización mundial, que nazca, no de campos de batalla assolados por armas destructoras, ni de tratados de paz con vencedores y vencidos -como las dos anteriores organizaciones-, sino del deseo irrefrenable del ser humano de organizarse, ¡por fin!, en una comunidad global. Y, por supuesto, sin un cuartel general en los Estados Unidos de América.

Esta nueva organización ha de contar con una fuerza armada creada ex profeso para hacer cumplir sus fines, pues de lo contrario quedará a merced de la ayuda material de las potencias, que no siempre serán generosas con sus recursos. Ha llegado la hora de fundar una Academia militar global, una milicia universal y unas instituciones globales que permitan actuar rápida y eficazmente frente a cualquier amenaza a la paz. Formar este tinglado de organizaciones es una premisa básica para el funcionamiento efectivo de cualquier organización con objetivos mundiales. Sólo

⁸⁷ Disponibles en la web de Naciones Unidas: www.un.org. El informe sobre la reforma de la administración de justicia califica el sistema actual como “disfuncional, ineficaz y carente de independencia” y recomienda un sistema del todo distinto “profesional, independiente y descentralizado”. Simon Caney propone una reforma de la O.N.U. incorporando “a democratically elected second assembly”. Vid. Simon CANEY, *Justices Beyond Borders. A Global Political Theory* (Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005) pág. 264, así como pág. 184, nt. 19.

así lograremos que las decisiones corporativas que se tomen en el seno de los nuevos organismos no caigan en saco roto y tengan una eficacia real. Este punto, el de la validez de las decisiones legales, es vital para consolidar el prestigio de un nuevo sistema global.

Uno de los más graves problemas de la O.N.U. radica en su carencia de credibilidad. Conforme Estados Unidos se internaba en el unilateralismo, Naciones Unidas ha sido socavada a lo largo de las últimas décadas, sí, pero también debido a la creación de otros foros internacionales -la Unión Europea, por ejemplo- en los que se construyeron espacios de actuación eficaces que cambiaron la vida de millones de ciudadanos. Cualquier intento de regular globalmente las sociedades del tercer milenio tiene que tener en cuenta este pragmatismo modernizador. El entramado legal existe. El cascarón ha sido creado con exquisitez y testado a lo largo de décadas. Hace falta, sin embargo, establecer una serie de organismos operativos que actúen al margen de los debates políticos propios de un foro reducido como es el Consejo de Seguridad de la ONU. Y para ello, por supuesto, hemos de ceder soberanía. De esta manera, convertiremos en realidad lo que ahora es letra muerta.

Estas reformas han de ser estructurales. No se trata de maquillar lo que tenemos. El gran error del actual sistema es su determinismo ciego, esencializado en una burocracia incapaz de actuar frente a un problema concreto. La velocidad es el gran signo de la globalización. La celeridad en las comunicaciones, en los negocios, en el desarrollo tecnológico. El Derecho no puede vivir al margen de la realidad. Cuando así sucede, queda desfasado. Y en muchos temas -sobre todo el de la paz mundial- los juristas nos hemos aferrado al ayer. Concluida la Guerra Fría, los instrumentos creados por las potencias para mantener un equilibrio estratégico han quedado obsoletos. La globalización nos ha impuesto un nuevo modelo de conflictos armados, una serie de convencionalismos para actuar frente a una agresión y unas amenazas que antes formaban parte de ciertos cotos periféricos. Casi todo se ha globalizado y a gran velocidad. Este hecho es tan innegable como apremiante. Si nos sumergimos en un determinismo jurídico que elimine de la ecuación variables tan importantes como la política, la economía o la sociología, las fórmulas que propondremos serán meros paliativos para la crisis global, jamás remedios efectivos.

Como juristas nos corresponde analizar e interpretar la globalización y delinear las instituciones jurídicas que permitan que la humanidad se adentre en una nueva era. Sin embargo, en tanto hombres de ciencia,

hemos de reconocer que nuestra disciplina tan sólo se ocupa de un aspecto concreto del saber, una dimensión fundamental, qué duda cabe, pero que no pasa de ser una más de las variables de una ecuación universal. Cuando hemos caído en un positivismo riguroso que se apodera por completo de la realidad sin dejar espacio a otro tipo de interpretaciones, el derecho desaparece, dando paso a un corsé, tan estrecho como ambiguo, plagado de normas y reglamentos pero sin un correlato en la sociedad.

Es preciso, por tanto, reconocer la importancia de otras disciplinas al abordar los problemas de nuestro tiempo. Una estrecha colaboración multidisciplinar permitirá que el derecho aborde los problemas que nos presenta la posmodernidad con una óptica más amplia. El caso de la O.N.U. es ejemplar. Hemos construido, pese a las presiones de las potencias, un sistema perfectamente aceitado en el plano legal, un marco impresionante de normas y unas directrices impolutas que funcionan a la perfección para dirimir hecatombes a largo plazo. Sin embargo, la celeridad del nuevo milenio produce, con mayor frecuencia que en el siglo pasado, conflictos que necesitan un marco distinto para su resolución. Y mayor premura. Todo ello debido a la enorme capacidad bélica que arrastra consigo la tecnología.

La *Blitzkrieg* se ha globalizado. Decenas de miles de vidas humanas pueden ser aniquiladas en cuestión de días, incluso si se trata de un conflicto focalizado y convencional. Es precisamente allí, ante un hecho de esta envergadura, cuando nos perdemos en los vericuetos de la norma, discutiendo bizantinamente sobre la pertinencia o no de una acción. La imposibilidad de gestionar corporativamente una crisis puntual consiente que dejemos a merced de la violencia a cientos de miles de inocentes. Por ello, aunque las normas sean claras, los juristas no debemos olvidar que el derecho con frecuencia va de la mano con la política. Y que la política, en tanto ciencia del poder, intenta abarcarlo todo. Devora independencias. Este afán inclusivo, evidentemente, tiene repercusiones fácticas. Una de las más importantes radica en que la expansión de los móviles políticos termina por condicionar la praxis y la reflexión jurídica.

El entrapamiento político tiene consecuencias en el mundo del derecho. Es lamentable comprobar cómo la *potestas* intenta imponerse -con frecuencia lo logra- a la autoridad. Ignorar este hecho es caminar a oscuras por un sendero al borde del precipicio. La injerencia del poder ralentiza la capacidad de respuesta del derecho. La O.N.U. puede estar pertrechada jurídicamente para una crisis, pero al carecer de la capaci-

dad real que le permita actuar ante ella, se hunde en el abatimiento y reacciona tarde y mal⁸⁸. Existe, además, una especie de hermetismo que rodea las decisiones del Consejo de Seguridad. Un difícil equilibrio de voluntades que pretenden imponerse al margen de las mayorías coyunturales de la Asamblea General. Si esto es así, se debe en gran parte, a la inoperancia de la propia Asamblea, dividida con frecuencia en los temas más importantes, o neutralizada cuando alcanza la mayoría por el evidente control que ostenta el Consejo.

La gran democracia norteamericana -la más avanzada del planeta- acaba de dar una lección histórica de igualdad de oportunidades. Barack Hussein Obama es el nuevo presidente de la hiperpotencia mundial. Su triunfo electoral consolida la premisa de que todos, absolutamente todos, en un marco de igualdad de oportunidades, somos capaces de desarrollar al máximo nuestras virtudes. Lo que importa, en el fondo, es la persona. Y en torno a ella ha de desplegarse una red institucional que no le robe el protagonismo social. Interpolando esta verdad objetiva, es patente hasta qué punto Naciones Unidas no cumple con el principio de realidad. Al otorgar la preeminencia a los Estados, se obstruye el camino hacia una comunidad global jurídicamente organizada.

En efecto, un sistema democrático globalizado sólo es posible en el marco de un Derecho que reconozca la primacía de la persona. Por ello, Estados Unidos, la nación que abandera la lucha por la democracia y que reconoce la importancia del individuo en la configuración de sus libertades, debe liderar también la refundación de Naciones Unidas en un nuevo organismo que represente mejor la unión indisoluble entre el Derecho y la persona⁸⁹. No entre el Estado y las normas. El *empowerment* de los

⁸⁸ Han de cumplirse, por supuesto, las dos condiciones desarrolladas inteligentemente por Fernando R. TESÓN en *A Philosophy of International Law* (Colorado, Oxford, Westview Press, Boulder, 1998) págs. 59-65: “*Two conditions apply to the potential intervntor: its cause has to be just and its government has to be legitimate*” (pág. 59). Aunque se refiera a un Estado, es posible extrapolar estos requisitos al despliegue de las fuerzas de un organismo global eficiente.

⁸⁹ Como acertadamente señala Henry Kissinger, el liderazgo global norteamericano no impidió que durante mucho tiempo éste haya sido asumido con cierta indiferencia por su propia población. Sin embargo, esta tendencia profundamente nociva ha ido cambiando lentamente en los últimos años, debido, entre otras razones, a la implosión

individuos está ligado a la eficacia en el funcionamiento de las instituciones globales. Si los Estados Unidos han apostado por romper diversos tabúes y encumbrar al despacho oval al primer presidente mestizo de su historia, también pueden hacer gala de la madurez suficiente para impulsar un proceso serio de reformas en el seno de la comunidad internacional. Y este proceso implica aparcar -como antes lo hizo en beneficio de todos- su inclinación hacia el unilateralismo. La presidencia de Barack Obama es, en este sentido, una oportunidad única. No podemos desperdiciarla.

Enfrentados como estamos a diversos totalitarismos que igualan y superan las amenazas del siglo XX, los pueblos del mundo deben replantear los mecanismos de control que han establecido a lo largo de la historia. Algunos de ellos son manifiestamente obsoletos y han de ceder paso a nuevas instituciones. No se trata de echar por la borda cientos de años de intentos y fracasos. Estamos, más bien, ante una coyuntura magnífica para establecer nuevos parámetros de colaboración, identificando cabalmente aquello que merece permanecer en el acervo de una tradición de paz y solidaridad. Refundar la O.N.U. en un nuevo ente implica desechar los pasivos que ha acumulado a lo largo de estas décadas.

En un mundo en el que las principales potencias se plantean refundar el capitalismo y garantizar la estabilidad financiera, cabe preguntarse por qué este proceso de introspección económica no se realiza en el seno de las Naciones Unidas. Si bien el unilateralismo norteamericano ha sido fatal para responder eficazmente a los retos del nuevo orden, también es cierto que este afán de protagonismo internacional no sólo es patrimonio de los dirigentes norteamericanos. El G-20 busca renovar el sistema económico tras una crisis que sacude los cimientos de la economía global. Sin embargo, al cónclave reformista no fueron invitadas todas las naciones

del antiguo orden y a los ataques directos que sufrió Estados Unidos por parte del radicalismo islámico. En palabras de Kissinger, el liderazgo norteamericano es indiscutible: *“At the dawn of the new millennium, the United States is enjoying a preeminence unrivaled by even the greatest empires of the past. From weaponry to entrepreneurship, from science to technology, from higher education to popular culture, America exercises an unparalleled ascendancy around the globe”*. Vid. Henry KISSINGER, *Does America Need a Foreign Policy? Toward a Diplomacy for the 21st Century* (Nueva York, Simon & Schuster Paperbacks, 2001) pág. 17.

que sufren los estragos de la radicalización crematística, ni los países hundidos en la miseria por los errores de la globalización.

Sólo las grandes potencias se consideran legitimadas para remediar los males que en buena medida han causado sus propias administraciones. Y por ello, prefieren crear un *petit comité* en el que entablar la discusión pertinente, alejándose de un consenso mayoritario que le otorgue legitimidad a cualquier programa de reforma. La crisis del capitalismo ha demostrado que el gobierno global se resuelve en foros reducidos, clubes criptocráticos y alianzas uniclasistas. Hasta cierto punto ello es comprensible, debido a la discusión sin término que implicaría un debate en el marco de un escenario más plural. Se impone, por supuesto, la necesidad de resolver los problemas con la mayor brevedad posible. Sin embargo, incluso dentro de la O.N.U. -o de su Consejo de Seguridad- pudo crearse, ante la amenaza de bancarrota global, un comité especial para estudiar los posibles remedios a la crisis mundial, sin que ello implique desoír las recomendaciones de las naciones afectadas.

Ahora bien, la refundación del capitalismo -tan mentada en los últimos tiempos y más desde la elección de Barack Obama- no se llevará a cabo de la noche a la mañana, ni en una cumbre de potencias, ni tras un debate alturado y diplomático en el que intervengan todas las naciones del orbe. Redefinir los alcances de la debacle del sistema financiero es un proceso a mediano, y quizá a largo plazo. Para este tipo de eventos, los mecanismos pertinentes de Naciones Unidas son relegados. Y lo son porque al margen de los discursos, la retórica pomposa y el análisis ríguoso, las conclusiones y recomendaciones que emanan de sus entrañas no pueden tornarse efectivas, debido a su incapacidad para unir fuerza y derecho. La O.N.U. no ha logrado catalizar las demandas de la humanidad en torno a la dimensión económica. Entre otros motivos, debido a su lentitud bizantina.

La crisis global amenaza con agravarse y debilitar a las ya de por sí débiles poliarquías de los países en vías de desarrollo. Los infructuosos intentos de paliar sus nefastas consecuencias no han tenido como marco los amplios salones neoyorkinos de la O.N.U. Estados Unidos recibió al G20 en Washington y mostró cómo el liderazgo y la capacidad de respuesta en un entorno problemático pertenecen a otros foros. El APEC, el G20 e incluso una Cumbre planificada para este fin por la Unión Europea tienen mayor capacidad de convocatoria y *potestas* efectiva. Más aún, ya en el plano de los símbolos, una reunión de estos clubes internacionales

que lideran la economía es un hecho mediático más apetecible que cualquier foro organizado en Naciones Unidas sobre el mismo tema.

¿Por qué la O.N.U. ha cedido tanto protagonismo? Pese a representar a la comunidad internacional con más amplitud que ningún otro organismo, no toda la pérdida de su hegemonía emana del cambio de paradigma tras la guerra fría. También, preciso y doloroso es reconocerlo, sus propios errores y taras de diseño han contribuido a deteriorar su imagen. No sólo se trata de una profusa y peligrosa ambivalencia en el tema de los derechos humanos, tema sumamente delicado -como señalamos en lo referente al Consejo de Derechos Humanos- ya que disminuye su exigua autoridad. También, lamentablemente, se extiende la pasividad aburguesada de sus elites que no han logrado aglutinar en torno a sí un grupo de presión eficaz que sirva de contrapeso al resto de foros con auténtico poder.

Si queremos revertir esta situación, es preciso refundar el organismo. Sus vicios de origen lo han convertido en inmanejable. La coyuntura internacional lo permite. La elección de Barack Obama no sólo está redefiniendo el frente interno de la política norteamericana. También sus aspiraciones internacionales y la política norteamericana de comienzos de siglo⁹⁰. Urge democratizar las decisiones que a todos nos incumben y ello será posible sólo si el nuevo presidente aplica una política aperturista, no sólo en los temas comerciales. El retorno a la persona como actor fundamental de la acción internacional es la condición indispensable en cualquier intento de renovación. Democratizar las relaciones internacionales implica otorgar suficiente poder al ciudadano global como para cambiar las estructuras y dejar de estar determinado por ellas. El valor de la ciudadanía se encuentra intrínsecamente ligado al valor que otorguemos a la persona. Y esta cualidad, tan denostada en los últimos tiempos -incluso asediada por diversas desviaciones ideológicas- es fundamental

⁹⁰Confr. el importante discurso inaugural del presidente Obama (*President Obama's Inaugural Address* of 21 of January 2009; www.whitehouse.org): "What is required of us now is a new era of responsibility -a recognition on the part of every American that we have duties to ourselves, our nation and the world; duties that we do not grudgingly accept, but rather seize gladly, firm in the knowledge that there is nothing so satisfying to the spirit, so defining of our character than giving our all to a difficult task".

para reconstruir un orden mundial que trajo guerra, hambre, crisis y destrucción, jinetes de un apocalipsis que no sabemos cuándo ha de acabar.

No quisiera terminar mi discurso de incorporación sin agradecer, de nuevo, a los académicos presentes el honor de incorporarme a esta Academia y, muy particularmente, a su presidente Luis Moisset de Espanés, quien me mostró por vez primera, hace ya casi veinte años, las excelencias de esta docta casa. He dicho.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE DR.
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero

Cada vez que la Academia Nacional de Derecho de Córdoba incorpora un miembro de número o correspondiente, más allá del cumplimiento puntual de las exigencias reglamentarias, se viste de gala y experimenta la inocultable alegría que deviene por la toma de conciencia de marchar en el rumbo correcto, que para una corporación como la nuestra, no puede ser otro que hacerlo en el sentido de su razón de ser institucional, esto es, poner todos sus empeños y esfuerzos al servicio de la difusión del derecho, la búsqueda constante de las más correctas soluciones de Justicia, como así del desarrollo moral y técnico de las ciencias normativas.

Ello no obstante, cuando se toma la determinación de asignarle la investidura de académico del Prof. Dr. Emanuele Lucchini Guastalla, tal satisfacción se vuelve mucho más intensa, por diversas razones que corresponde exteriorizar en esta solemne ceremonia, a los efectos de comprender en su cabal dimensión la trascendencia que se le atribuye, a la par de los alcances de futuro que se esperan de la aludida decisión.

Tampoco es factible omitir o silenciar que esta incorporación aparezca desvinculada o ajena a las circunstancias de tiempo y lugar en que se adopta, es decir, deberá insertársela dentro del marco brillante de la celebración en nuestra ciudad de Córdoba, de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y del Quinto Congreso Nacional de Derecho Civil, reunión esta última que hacía exactamente cuarenta años que no se repetía, todo ello en coincidencia con la vieja tradición que se iniciara allá por las primeras décadas del siglo pasado, cuando el Prof. Dr. Arturo Orgaz reclamara del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, la necesidad del llamado a la reunión de los

juristas nacionales más destacados, en miras a considerar el balance de la vigencia de nuestro Código Civil, cuando habían transcurrido cincuenta años desde su promulgación.

Lo hemos dicho en otras circunstancias, pero resulta conveniente repetirlo en esta oportunidad, que la pertenencia -como ocurre con nuestro histórico ordenamiento-, al sistema continental o del *civil law*, importa disponer de un cuerpo escrito cerrado y sistemático de leyes, circunstancia que constituye una ventaja considerable desde el punto de vista de previsibilidad de las soluciones de justicia y, consecuentemente, la dosis de certidumbre que acuerda al derecho pero paralelamente, se muestra de imprescindible necesidad el mantener una vigilia permanente respecto de la influencia que hacen sentir sobre el mismo el signo de los tiempos, la mutación de los hábitos o costumbres sociales de forma tal que como decía Savigny, en su famosa polémica con Thibot, se tenga siempre actualizado "*la evolución del alma de los pueblos*".

Una vez más y como tantas otras veces -según es factible apreciar de las enseñanzas del pasado-, esta vieja ciudad de Córdoba, que naciera a fines del siglo XVI signada con un destino eminentemente universitario y científico, hace honor a su ilustre pasado congregando ahora a los más destacados y relevantes juristas nacionales y extranjeros, para que pongan sus talentos y vocaciones al servicio no sólo para el perfeccionamiento del derecho privado nacional, sino también y esto es lo importante, de los propios fundamentos científicos de nuestra disciplina.

Este escenario constituye el presupuesto intelectual y afectivo en virtud del cual nuestra corporación acoge como miembro correspondiente al Prof. Emanuele Lucchini Guastalla, digno representante de la cultura jurídica italiana que ha ejercido su influencia y gravitación sobre tantas instituciones del derecho privado nacional, a punto tal que resulta factible afirmar, que el importante proceso de *aggiornamento* emprendido por el país durante el siglo XX, tuvo casi siempre como fuente directa ese ordenamiento que ha sido juzgado por la doctrina universal, como la última manifestación técnica o síntesis lógica de un proceso o corriente histórica que se inicia en el año 1804, con el Código de Napoleón, alcanza un nivel de contrapunto de alto voltaje, a través del BGB de 1900 y, por último, logra una suerte de síntesis a través del Código Civil italiano de 1942 el que, además de receptor todos los avances científicos producidos por la doctrina durante más de un siglo, como así la recepción de fenómenos sociales y económicos propios de la modernidad, nos brinda el primer

gran precedente en orden a demostrar que las diferenciaciones entre el derecho civil o común, y el especial o comercial, carecen de contenido valedero y debe marcharse incuestionablemente hacia una unificación legislativa por carencia de sustento esencial que las diferencie.

No es incorrecto sostener o pensar entonces, que cuando sumamos a esta Academia a un jurista de la talla de Emanuele Lucchini Guastalla., estamos agregando talento, experiencia y posibilidades en miras al emprendimiento de un trabajo común, con el objetivo de lograr avances significativos y acordes con estas aspiraciones compartidas que han vinculado de una manera tan estrecha a través de la historia la Argentina, con Italia, a punto tal que podría afirmarse, sin incurrir en hesitación alguna, que nuestros pueblos reconocen ascendencias comunes y profundamente relacionadas a través de una vinculación familiar, cultural, profesional o económica con este gran país, al cual jamás podremos considerarlo ajeno a nuestra propia idiosincrasia nacional.

Otro elemento que merece una consideración especial, con motivo de la vinculación que establecemos a partir de hoy, lo constituye el acercar nuestros investigadores a un profesor de los antecedentes y trayectoria del Dr. Guastalla, -distinguido integrante del cuerpo docente de la Universidad Bocconi de Milán-, con la finalidad de poder encontrar nuevos cursos de trabajo e investigación sobre una temática que a nuestro modo de ver, ejerce particular influencia en el derecho privado de nuestros días. Nos referimos, por cierto, a la estrecha relación que media entre "*derecho y economía*", o también denominado el "*derecho económico*", capaz de insuflar a una cantidad considerable de instituciones y figuras jurídicas, nuevos aires y proyecciones anteriormente impensadas u otras perspectivas de interpretación para abarcar fenómenos que tuvieron siempre una visión discordante con las que le asigna esta nueva corriente doctrinaria.

Y precisamente es la Universidad Bocconi de Milán, la que ha trabajado y se distingue con particular empeño en la clarificación y estudio de los contenidos y alcances de esta temática, circunstancia que seguramente servirá para acercar nuestros juristas a tendencias científicas que tratan de interpretar las grandes mutaciones y cambios experimentados en las sociedad posmoderna y de la existencia de una especie de derecho supranacional inferidos de acuerdos interregionales o supranacionales con entidad suficiente como para modificar radicalmente el curso de la evolución natural de estas disciplinas.

Aunque ya lo decía a su manera Ortolan, a través del viejo adagio latino en el sentido que “*cada derecho, corresponde a un determinado hecho*”, y que la “*variedad de los hechos, da lugar a la diversidad de los derechos*”, lo cierto es que hoy en día el plexo normativo en general y de manera inequívoca, aquellos de contenido patrimonial, nutren su esencia de una fuerte connotación economicista, muchas veces a costa de su propia conformación jurídico formal, a punto tal que diversas figuras e institutos de estas disciplinas han experimentado cambios profundos respecto de su concepción tradicional, todo ello con marcada influencia para la determinación de sus contornos estructurales y funcionales, los que han debido ajustarse ante esta nueva perspectiva de las ciencias del derecho.

No es de extrañar entonces que dentro del importante *curriculum* del Prof. Guastalla, se aprecie en su formación académica la influencia inevitable de esta inclinación científica, en cuanto ejerce el magisterio en distintos cursos de formación de posgrado de derecho empresarial, *Bussines Law*, en el reconocido MBA *Master of Bussness Administration*, de la Escuela de Dirección Empresarial de la Universidad Bocconi, donde estos dos vectores constituidos por el derecho y la economía, se conjugan y subsumen en el desarrollo de una currícula atractiva y práctica para las necesidades del tráfico actual, como así de las exigencias de una sociedad donde cada vez se encuentran más entrelazados ambos presupuestos. Tampoco resulta extraño, en este sentido, que haya sido galardonado durante el año 2007-2008, con el premio al mejor docente de la *School of Law* de la prestigiosa Universidad en la que desarrolla sus actividades académicas.

Sobre esta misma plataforma, luce de manera clara y determinante su participación en la Escuela de Especialización de las Profesiones Legales, a través del dictado de las dos asignaturas que disponen del más fuerte contenido económico del derecho común, como lo constituyen el curso de Obligaciones y Contratos, cerrándose de esta manera, el círculo que se infiere de la existencia de una vocación bien definida, a la que se une el complemento de esta formación propia de los tiempos modernos que perfecciona y acerca a la excelencia en centros de estudios de nivel internacional y prestigio consolidado, como ocurre con la Universidad Bocconi de Milán.

En su extensa trayectoria universitaria, corresponde destacar que se desempeña en la actualidad, como profesor titular de la Cátedra de Dere-

cho Privado y director de la carrera de Abogacía de esta misma Universidad y al mismo, tiempo lo hace también en la Universidad de Bérgamo, donde ocupa igualmente la Dirección del Departamento de Ciencias Jurídicas, circunstancias que nos permiten concluir que nuestro incorporado ostenta el valioso antecedente académico de haber transcurrido por todos los estamentos de la docencia, con particular relevancia y distinguida actuación, circunstancias que honran a su persona y acrecientan nuestras posibilidades de encontrar caminos comunes en la larga aspiración de profundizar y actualizar los derechos de nuestros respectivos países.

Sin entrar en el debate acerca de la influencia del estudio de la jurisprudencia en la determinación y precisión del concepto mismo del derecho, lo cierto es que para una formación completa no podría faltar obviamente, el contacto con la realidad, en tanto se trata de resolver de la mejor manera posible el conflicto que se suscita entre particulares cuando ambos invocan en su favor el beneficio del valor justicia y en este sentido merece la pena recordar que nuestro incorporado se desempeña como miembro de número de la comisión editorial de la famosa revista *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, a lo que debe agregarse también la Dirección de *Responsabilità civile e previdenza*, antecedentes que permiten apreciar la sumatoria de una extraordinaria preparación técnica a la que se agrega una experiencia propia del derecho vivo, el que aplicamos, luchamos, bregamos y sufrimos en el diario quehacer de los operadores jurídicos.

Para cerrar entonces el círculo en esta descripción de la vida y antecedentes académicos del Prof. Guastalla, conviene por último recordar que ejerce su profesión de abogado en la ciudad de Milán, encontrándose habilitado para el patrocinio en las causas que abren la competencia de Corte de Casación, que como todos conocen, constituye un estamento del ejercicio profesional al que llegan solamente aquellos que pueden ostentar un conjunto de títulos como los que hemos recordado con relación al incorporado en la sesión de hoy. Vienen a nuestro recuerdo las reflexiones, que Emilio Betti hacía a este respecto, en el sentido que es muy difícil comprender en toda su dimensión la angustia y las contradicciones de la lucha por el derecho, si es que no se ha abogado en una causa real, asistiendo al hombre de carne y hueso que se acerca a los estrados de la Justicia peticionando el reconocimiento de su derecho, porque sólo la práctica de la abogacía es capaz de explicar y transferir una experiencia que no resulta factible obtenerla por la vía del de la transmisión teórica del conocimiento científico.

Si lo expuesto hasta el momento habrían sido razones suficientes como para justificar la decisión de nuestra Corporación de incorporar como miembro correspondiente al Prof. Guastalla, existen sin embargo otros motivos, si se quiere de orden afectivo o sentimental, que le dan una consistencia aún más significativa que la que emana del campo estrictamente racional o técnico. Nos referimos a la evidente y notoria inclinación que ha demostrado en acompañar a los argentinos en sus diversas etapas y marchas en orden al perfeccionamiento de las ciencias normativas.

Esta vocación por América, no es siempre común en los catedráticos europeos, muchas veces demasiados absortos en una problemática propia de la región y, por lo mismo, un poco evasiva de los grandes desafíos que provocan los países ajenos a la comunidad regional.

No estamos frente a esta modalidad con el Dr. Guastalla, sino que muy por el contrario, lo encontramos participando casi como uno de nosotros, en congresos, jornadas nacionales e internacionales y además, preocupado por encontrar espacios de actuación común como ocurre con la organización de reuniones académicas italo-argentinas, donde es posible analizar problemas desde la doble perspectiva que brinda cada país, lo que no hace falta abundar en consideraciones para advertir la importancia que reviste esta actitud al momento de sumar a un jurista al seno de nuestra corporación, cuando una de sus primeras funciones consiste precisamente, en el logro de objetivos semejantes.

Estamos persuadidos que de los precedentes técnicos y trayectoria señalada precedentemente, es factible augurar que tendremos con nosotros un nuevo impulsor y principal protagonista de los objetivos institucionales de esta Academia y quisiéramos manifestar que este sentimiento trasciende lo estrictamente personal y corresponde a todos los miembros de esta corporación que han expresado y meritado al momento de prestar sus conformidades, la valoración de tanpreciado conjunto de virtudes y capacidades en orden al emprendimiento de tareas comunes de investigación y estudio del derecho.

A todos estos antecedentes que conforman una amplia y valiosa trayectoria profesional y técnica, deben destacarse otros datos de la vida del Dr. Guastalla que merecen una consideración especial a los efectos de tener una visión completa de su personalidad, más allá de lo estrictamente académico: se halla casado desde hace cinco años. con la Dra. Gabriela Fernández Rojo, a quien conociera durante su participación de las Jorna-

das de Derecho de la localidad de Junín, por lo que los lazos con Argentina se enmarcan nada menos que en el terreno estrictamente familiar.

Como ocurre generalmente con los humanistas latinos -los ejemplos de la historia son elocuentes en este sentido, la práctica de los deportes constituye una constante y, en este caso, lo destacan en diversas disciplinas, habiendo alcanzado el título de cinturón negro en judo; practica asiduamente el sky en su dos versiones, tanto en la nieve como el acuático y la natación, donde incluso en su juventud fue instructor en algunas de las piscinas más importantes de Milán, todo lo que revela el grado de perfección alcanzado en este sentido.

Sin embargo, no podría terminar este aspecto de su historia personal, sin aludir a su pasión por los caballos, en la que participara en numerosas competencias hípicas tanto a nivel nacional como internacional, preferencia que entendemos y compartimos plenamente, como un rasgo propio y distintivo de su perfil individual.

A la luz de todos estas consideraciones, en homenaje sea a la verdad, cuesta mucho explicar a los presentes que estamos incorporando a un jurista extranjero. Si bien es cierto como dijimos al comienzo, que siempre ha resultado difícil establecer las diferencias genéticas, culturales o afectivas entre italianos y argentinos, en algunos casos realmente parece que esta misión se vuelve imposible, ya que del *curriculum* y vinculaciones del Dr. Guastalla, surge un grado de participación e inserción nacional en grado equivalente a la de uno de nosotros, circunstancias que realmente importa desdibujar los horizontes, introducir una suerte de bruma que obstaculiza las diferencias y nos lleva a sentirnos más cerca, casi al lado, del que hoy pretendemos asignarle la situación de extranjero.

Por ello, estimado Profesor, es que queremos expresarle que lo recibimos con el afecto y el entusiasmo que provoca nuestras coincidencias, y aspiramos que Ud. pueda sentirse como en su propia casa, y experimentar el convencimiento de que dispone de amigos dispuestos a emprender de manera conjunta este maravilloso camino de la búsqueda permanente de la justicia como valor supremo de la vida en sociedad.

LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS JURÍDICOS Y LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS ¹

por EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA

Como es bien sabido, el derecho no es estático, sino que se halla sujeto a continuas variaciones. Partiendo de esta simple observación, los estudiosos del derecho comenzaron a interrogarse si las mencionadas variaciones respondían a ritmos o a reglas inteligibles y, consecuentemente, acerca de las causas de dichas variaciones ².

En general, el jurista tiende a reconducir las mutaciones normativas a presiones sociales de distinta índole. Dichas presiones de la norma se ejercen de manera uniforme sobre el legislador, el juez y el jurista. De todos modos, sería exagerado considerar que la práctica confirma una correspondencia perfecta entre la necesidad social y la variación de la norma jurídica.

De acuerdo a lo señalado por la doctrina que más se ha ocupado del fenómeno en cuestión ³, en muchas oportunidades, la jurisprudencia parece oponer una resistencia más o menos consciente a la nueva ley, obligándonos así a postular que esta última no se halla precedida de necesidades sociales tan unívocas.

¹ Conferencia pronunciada en sesión extraordinaria el 22 de septiembre de 2009, con motivo de su incorporación como académico correspondiente.

² En general: O. KAHN-FREUND, *On uses and misuses of comparative law*, 37 Mod. L. Rev. 1 (1974); R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., reimp., Turín, UTET, 2003; G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies*, The Mod. L. Rev., 1998, 1, 11; A. WATSON, *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens-London, 1993.

³ En especial, R. SACCO, op. op. cit., e *infra* en nota.

En este último caso, la jurisprudencia se “rebela” a la ley sólo a los fines de conservar lo que existía anteriormente ⁴. Un ejemplo de la hipótesis planteada lo ofrece la sustancial conservación del mecanismo de la entrega como modo de transferencia de la propiedad, no obstante la abolición del instituto operada por el Código Napoleónico ⁵.

Otra explicación profunda acerca de las variaciones de la norma, es la planteada por Marx y Engels en su análisis de la sociedad y de la Historia ⁶.

Según tal doctrina, el derecho evoluciona sólo por efecto de impulsos económicos: en las sociedades caracterizadas por el antagonismo entre las clases; las variaciones estarían causadas por el juego dialéctico de los impulsos contrapuestos, provenientes de las clases opuestas.

Por lo tanto, las modificaciones del equilibrio de las relaciones de clase, comportarían correspondientes modificaciones en el orden jurídico. Y, en el mismo orden de ideas, las revoluciones comportarían el cambio total del derecho aplicado a la sociedad de que se trate.

Sin embargo, la experiencia común, nos permite constatar que ciertas reglas jurídicas son insensibles a las revoluciones. En efecto, se puede razonablemente afirmar que las normas de tránsito no se hallan sujetas a cambios causados por una revolución: la circulación de los automotores por la derecha o por la izquierda no parece tocada o provocada por acontecimientos revolucionarios, salvo quizás, por improbables supuestos de privilegios de casta o de rango relativos a carriles preferenciales o estacionamientos reservados.

Aún más significativamente, basta pensar que la acción de reivindicación del antiguo derecho romano fue utilizada por sociedades esclavistas, feudales, liberales y socialistas. Sin embargo, el ordenamiento inglés jamás la incorporó.

Por otro lado, la evidencia muestra que ciertas normas han permanecido inmutables a través del período de la revolución socialista, como por ejemplo, las referidas al homicidio.

⁴ R. SACCO, voz *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, en Dig. disc. priv., II, Turín, UTET, 1988, págs. 365 y ss. y 366.

⁵ R. SACCO, “Un cryptotype en droit français: ¿la remise abstraite?”, en *Etudes Rodière*, París, Dalloz, 1981, pág. 273 y ss..

⁶ Véase una síntesis en R. SACCO, *Circolazione e mutazione*, op. cit., pág. 366.

En realidad, una gran masa de normas tiende a permanecer inalterada a través de las revoluciones, no tanto porque permanezca inmutable su valor de base, sino fundamentalmente porque el derecho es un conjunto de formas culturales, muchas de las cuales son independientes de las ideologías del momento.

En virtud de lo antedicho, debemos subrayar que el fenómeno de la circulación de los modelos no puede ser analizado correctamente sin tener en cuenta la teoría de los formantes ⁷. Si se nos pregunta cuál es el objeto de la comparación, la respuesta intuitiva será: “las normas jurídicas”, pero, si así fuera, los resultados de la comparación podrían ser falsos.

Por ejemplo, si un extranjero quisiera conocer cómo se halla regulada la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento jurídico italiano y se detuviera en lo prescripto por el art. 2043, su investigación tendría escaso valor, dado que las normas y los principios propios de dicha área del derecho deben identificarse a través de la evolución jurisprudencial de la materia en cuestión (pensemos asimismo a las nociones de “daño injusto” o de “daño biológico”) ⁸.

Lo mismo se puede afirmar acerca del concepto de “negocio jurídico”: término incorporado totalmente por estudiosos e intérpretes, pero ausente en el Código Civil italiano.

Por otra parte, en todo ordenamiento coexisten varios conjuntos, denominados “formantes”, entre los cuales encontramos los “formantes” legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

Por ende, el derecho vivo se halla compuesto por una pluralidad de “formantes”.

Del mismo modo, si dirigimos nuestra mirada hacia otros ordenamientos, nos damos cuenta de que los “formantes” que se encuentran dentro de un sistema, pueden actuar de diferentes maneras.

En consecuencia, el estudio comparado nos permite verificar la coherencia de los formantes dentro de un sistema dado y de llevar a la luz eventuales disociaciones entre declamaciones teóricas y reglas operativas.

⁷ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., págs. 48-64.

⁸ U. MATTEI - P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, Cedam, 1997, 38 (quienes hablan en términos de “transplante oculto”).

Luego de estas necesarias premisas, podemos apuntar nuestra atención al fenómeno de la circulación de los modelos y de las mutaciones jurídicas.

La temática de las mutaciones y de la evolución de un sistema dado cautiva desde hace mucho tiempo al estudioso del derecho.

Es así que, según las teorías llamadas “difusionistas”, la mutación se verificaría por contacto entre culturas y, sólo en casos excepcionales, como consecuencia de una innovación original; la teorización más completa de la mutación jurídica por difusión se debe, por un lado, a Rodolfo Sacco⁹ y, por el otro, a Alan Watson¹⁰.

Para el primero, la imitación surge a través de la circulación de modelos jurídicos desde un “formante” del primer ordenamiento a un “formante” homólogo del segundo. Del mismo modo, Alan Watson describe la mutación jurídica en términos de imitación, si bien emplea las expresiones “trasplante legal” (*legal transplant*) para aludir a los hechos denominados asimismo “circulación de modelos”. Por lo tanto, la imitación sería una especie de propensión innata de los sistemas para evolucionar, utilizando modelos “tomados en préstamo del pasado”¹¹.

Veamos algunos ejemplos: el derecho del pueblo alemán ha imitado el derecho romano; el derecho ruso ha imitado el del pueblo turco y el japonés ha imitado modelos extraídos del área en donde se había radicado el derecho romano¹².

La imitación puede efectuarse de un “formante” jurídico a su “formante” homólogo: así, por ejemplo, el *Code Civil* (el Código Napoleón) ha sido imitado por los códigos sardo, borbónico y unitario en Italia, por algunos códigos suizos, por el código polaco y, más tarde, por el primer Código Civil egipcio mixto y, posteriormente, a través de este último, por numerosos códigos de países árabes.

⁹ Tal tema ha sido objeto de numerosos trabajos del autor: para ver una síntesis de tal orientación, se reenvía a la bibliografía mencionada.

¹⁰ Confr., ad esempio, A. WATSON, *Legal transplants*, op. cit. e Id., *From legal transplants to legal formants*, 43 Am. J. Comp. L. 469 (1995).

¹¹ A. WATSON, *Legal transplants*, op. cit., *passim*.

¹² K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, trad. it., Milá, Giuffrè, 1992, *passim*.

De la misma manera, también las sentencias pueden dar lugar a imitaciones: se ha demostrado, por ejemplo, que en materia contractual, el juez inglés se transformó en “deudor” de los Tribunales de la Rota del Vaticano o de demás órganos judiciales continentales ¹³.

En el mismo orden de cosas, la imitación puede generarse desde un “formante” hacia otro “formante” heterólogo: el “negocio jurídico” nace en la doctrina alemana y desde allí es importado por el BGB. Consecuentemente, a través de un traspaso de doctrina a doctrina, se difunde en Escandinavia, Rusia, Rumania, Italia y desde aquí pasa a España. Sin embargo, en estos últimos países queda confinado a las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Por otra parte, las circulaciones contradictorias pueden asimismo invertir los distintos “formantes” de un mismo ordenamiento: Turquía, por ejemplo, transformó su Código Civil imitando el de Suiza, sin embargo, aparece más influenciado por la jurisprudencia francesa y alemana.

Yendo ahora a las causas de la imitación, según una autorizada postura doctrinaria, son sustancialmente dos: la imposición y el prestigio ¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha podido verificar que las incorporaciones debidas puramente a actos de fuerza son reversibles y tienden a cesar en sus efectos una vez mutadas las relaciones de fuerza.

Contrariamente, el elemento principal de la base de los fenómenos de imitación es, sin lugar a dudas, el prestigio. El prestigio acompañó la difusión del *Code Napoléon* en Europa y estableció el triunfo de la doctrina alemana aun fuera del área romanista.

Pasando ahora al análisis de la realidad de América Latina, debemos señalar, en primer lugar que, como es bien sabido, la formación y la evo-

¹³ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, 1981, pág. 543 y ss..

¹⁴R. SACCO, *Circolazione e mutazione*, op. cit., págs. 369-370.

En contra, haciendo una crítica a la idea del “prestigio” como causa de la imitación, U. MATTEI - P.G. MONATERI, op. cit., pág. 43.

Asimismo, véase, entre otros, U. MATTEI, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, 15 *Americ. J. Comp. L.* 195 (1994), según el cual la noción de prestigio conllevaría a dar fuerza a la idea de que un modelo circule aunque sea reconducible a un sistema “débil desde el punto de vista económico y político”.

lución de los ordenamientos latinoamericanos se halla estrechamente vinculada a los complejos acontecimientos históricos de la conquista y de la colonización de América centro-meridional.

En cuanto a lo que se refiere a la dominación española, la misma implicó la adopción en dichos territorios de los principios e institutos vigentes en la España de entonces y, marcadamente, en Castilla y León, aunque el significado y el valor de dicha adopción se hallan, aún hoy, sujeto a diferentes interpretaciones.

En efecto, según una primera orientación historiográfica ¹⁵, el derecho de matriz española, se habría integrado con las antiguas costumbres indígenas, dando lugar a un nuevo y original “Derecho de Indias”.

Por ende, la causa de tal fenómeno debería buscarse en las características intrínsecas de la conquista.

Desde otra postura, la recepción del modelo español en los territorios de América Latina, constituye un ejemplo de circulación debido a la imposición, justamente en virtud de las características de la colonización en dichas áreas, aun en desprecio de las tradiciones y de las poblaciones autóctonas.

Obviamente, lo anterior no excluye que el ingreso en tal área de institutos de origen extranjero haya posteriormente interactuado con el derecho local, o bien, que se hayan producido mutaciones del dato jurídico originario, a la luz de las demandas sociales, políticas y económicas de la nueva realidad.

En apoyo de dicha tesis, podemos enunciar, por ejemplo, el instituto de la *encomienda*, una forma particular de esclavitud, transformado luego en un instituto típico de América centro-meridional ¹⁶.

Este, puede ser descripto someramente como aquel fenómeno en el cual un grupo de “indios” (como los conquistadores españoles llamaban a los pobladores aborígenes) reunidos en familias o tribus con sus caciques, debía someterse a la autoridad de un encomendero, cuyo nombramiento operaba por orden de un funcionario en virtud de reglas preestablecidas.

¹⁵ En general, A. ALVARADO VELLOSO, “Diritto dei Paesi latino-americani”, en *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI, pág. 1 y ss..

¹⁶ Confr. A. ALVARADO-VELLOSO, op. cit., 1.

El encomendero estaba obligado a proteger a los indígenas que tenía a su cargo y a ocuparse de su instrucción religiosa con la ayuda de un sacerdote. Como contraprestación, el encomendero adquiriría el derecho de gozar de las prestaciones profesionales y de los servicios de sus “s subordinados”, así como el de establecer el pago de impuestos y tributos a cargo de estos últimos.

Asimismo, dicho personaje, asumía (a cambio del privilegio que ostentaba) la obligación de servir “militarmente a caballo” al soberano español. El dato más relevante, que señala la primera mutación respecto al instituto originario, es la circunstancia de que enseguida se identificaron dos formas diferentes de encomienda.

Por un lado, la *mita*, o sea aquella forma en favor del indio sumiso (*mitayo*), que no se había opuesto a la conquista y que se hallaba obligado (sólo temporáneamente) a trabajar por turnos para varios encomenderos, quienes le pagaban un salario (si bien bajísimo) por sus prestaciones profesionales y sus servicios.

Por otro lado, el denominado *yanaconazgo*, o sea aquella forma de encomienda en la cual el indio rebelde se hallaba sojuzgado y se lo obligaba a trabajar de por vida al servicio de un encomendero, generalmente para la realización de las tareas más duras, a cambio solamente de comida y alojamiento ¹⁷.

Por lo tanto, no parece apropiado emplear los términos “fusión” entre el modelo cultural y jurídico de los colonizadores y aquel local y originario, sino que correspondería encuadrarlo dentro de la aplicación coactiva -imposición- de un modelo distinto, que luego dio lugar a fenómenos y resultados diferentes respecto del modelo original, por ende, constituyendo una verdadera mutación del modelo de referencia.

Los mismos autores que niegan la subsistencia de un modelo originario latinoamericano adoptan una orientación totalmente distinta si se considera la posterior evolución jurídica de dicha área, reconociéndole características originales debidas a una fuerte reacción frente a los excesos de la colonización y motivadas por una notable ansia independentista y nacionalista ¹⁸.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ J. AROSEMENA, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América latina con suplementos hasta 1888*, I-II, París, 1888, en A. ALVARADO-VELLOSO, cit., 2.

Dicha afirmación aparece con toda evidencia, si se considera la difusión y la importancia del llamado *movimiento constitucionalista*, que se difundió en el área mencionada bajo el impulso del estímulo independentista y constitucionalista que se echaban raíz en Estados Unidos.

Basta considerar que las constituciones de toda la América Latina libre fueron promulgadas entre 1819 y 1863. Y fue justamente a partir de dicho momento que comenzaron a aflorar y a consolidarse las características salientes de las familias de sistemas latinoamericanos.

Es así que se puede afirmar en una breve y apretada síntesis que el rasgo particular de los sistemas latinoamericanos es el de poseer un sistema constitucional y de derecho público basado en el modelo que se hallaba radicado en los ordenamientos del *common law* (en especial en el estadounidense).

En cambio en lo que respecta a la regulación de los aspectos regulados por el derecho privado, revelan una estructura tomada de la tradición codificadora de los países de *civil law*, principalmente de matriz europeo-continental¹⁹. De todas maneras, incurriríamos en un gravísimo error metodológico si nos detuviéramos solamente en dichos aspectos, omitiendo desarrollar consideraciones mucho más específicas²⁰.

Por un lado, porque estaría ausente la indicación de algunos rasgos originales y novedosos, pertenecientes a algunos países de Latinoamérica (como, por ejemplo, Argentina) y, por otro lado, porque se omitirían ciertas diferencias, en algunos casos, extremadamente significativas, entre distintos países latinoamericanos (como podrían ser Argentina y Brasil).

Una vez aclarado dicho punto, si se analiza la óptica del derecho público, se observa que las leyes fundamentales de los Estados latinoamericanos aparecen mancomunadas en cuanto a que comparten los mismos principios y valores fundamentales:

- 1) la importancia de los derechos y libertades fundamentales;

¹⁹ Acerca de la dicotomía de los modelos inspiradores, si bien brevemente, véase P. GALLO, voz *América Latina*, en *Dig. disc. priv.*, Turín, UTET, 1987, I, pág. 295 y ss. y, en particular, pág. 297.

²⁰ R. SACCO en S. SCHIPANI, "I paesi latino-americani", en *Che cos'è il diritto comparato*, P. Cendon (director), Milán, Giuffrè, 1992, pág. 151.

2) la afirmación de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales (a título de ejemplo, en Argentina, Brasil y Colombia el trabajo goza de una tutela legislativa especial, destinada a garantizar condiciones de trabajo dignas y adecuadas).

En lo que concierne a las relaciones entre los particulares, otro rasgo en común es la presencia de codificaciones civiles, consideradas necesarias para garantizar, en concreto, los derechos de los individuos, de acuerdo a la fascinación que la sola idea de una codificación había provocado en relación con los ideales de libertad e igualdad de la Revolución Francesa y, más en general, del Movimiento Iluminista ²¹.

Con anterioridad a la puesta en vigencia de dichas codificaciones, en los países latinoamericanos aún se hallaba en vigencia la *Recopilación de Indias* de 1680, la cual establecía la jerarquía de las diferentes fuentes subsidiarias, para los supuestos de que ésta presentara lagunas.

Asimismo, a la primera y a las fuentes subsidiarias se sumaban las fuentes subsidiarias de segundo rango, como por ejemplo, el *Fuero Real*, los *Fueros Municipales*, los *Fuero Juzgo* y los *Leyes de Partidas*.

Es diferente el caso de Brasil, como es bien sabido, dada la dominación portuguesa: juntamente con la herencia lingüística, recibió asimismo elementos del sistema jurídico portugués.

Una vez formados los distintos gobiernos nacionales, cada Estado comenzó a dotarse de una legislación autónoma: fue así que se inició el proceso de codificación del derecho civil de América Latina. En lo que respecta a este último aspecto, el único modelo y prácticamente la única guía de tal proceso fue representado por el derecho francés. En efecto, el derecho español estaba fuera del juego, en virtud de ser el derecho de la ex potencia colonial.

Asimismo, no se hallaba aún codificado y se caracterizaba -también en la Madre Patria- por la falta de unidad, a causa del mantenimiento en vigencia de las antiguas costumbres locales.

Contrariamente, el *Code Civil* francés, aparecía como una obra de la Revolución y se caracterizaba por un estrecho ligamen con el derecho romano, aspecto que para las poblaciones de idioma y tradición española

²¹ Véase una síntesis del tema en: A. ALVARADO-VELLOSO, op. cit., págs. 2-3.

y portuguesa habría significado evitar una ruptura imprevista con las categorías jurídicas tradicionales²². En consecuencia, todos los códigos civiles de los países latinoamericanos, si bien cada uno a su manera, revelan las huellas dejadas por el *Code Napoléon*.

Por otra parte, la influencia francesa disminuyó notablemente en el transcurso del siglo XX, por efecto de la consolidación de soluciones novedosas (entre ellas, el derecho aeronáutico argentino) o de la circulación y afirmación de otros modelos objeto de imitación (como por ejemplo, los derechos italiano, alemán y suizo, en un primer momento y, más recientemente, la praxis del derecho de los contratos internacionales).

En particular, si analizamos más detalladamente América Latina, podemos individuar un grupo de países en los que el Código Civil no es otra cosa que una traducción literal del Código Civil francés (como República Dominicana y Bolivia).

Viceversa, un segundo grupo, más importante, compuesto por Chile y Argentina que, si bien han adoptado una disciplina de derecho privado basada en el modelo francés, representan la obra más original e independiente de la ciencia legislativa sudamericana.

El redactor del Código Civil chileno (1855) fue el venezolano Andrés Bello.

En dicha obra se recurre tanto a las fuentes francesas, como a las tradiciones jurídicas romanas, para las cuales el autor de la norma se remitió a las leyes de las Siete Partidas y a la obra de Savigny²³.

En su primer libro, referido a los derechos de las personas, el Código Civil chileno es el primero que le dedica un título entero al concepto de persona jurídica, que reconoce el contrato en favor de terceros y a disciplinar la propiedad fiduciaria (totalmente desconocida para el Código Civil francés). Dicha obra ha ejercido una notable influencia y fue tomada como modelo en Ecuador y Colombia, así como inspiró igualmente el Código Civil de Venezuela (1862) y de Uruguay (1868).

En decir, que ésta es un claro ejemplo de circulación de un modelo y de su imitación fundada en su “prestigio”.

²² K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., págs. 140-141.

²³ *Ibidem*.

En lo que se refiere a la Argentina, el Código Civil -promulgado en 1869 y cuya entrada data de 1871- ha sido redactado, como es bien sabido, por Dalmacio Vélez Sársfield, un profesor de la Universidad de Córdoba, a quien asimismo (como es bien sabido) se le debe, el Código de Comercio argentino de 1869.

Como todos sabemos, Vélez Sársfield se basó, para la redacción de su obra, en el modelo francés del *Code Civil*, aunque también tuvo presente la doctrina francesa y de otras nacionalidades: algunas disposiciones derivan directamente de la obra de Aubry y Rau, mientras que la estructura de derecho internacional privado funda sus raíces principalmente en la doctrina de Savigny y de Story ²⁴.

Otro modelo de referencia fue justamente el Código Civil chileno, algunas leyes españolas y los trabajos preparatorios de la codificación brasileña. Hizo uso también de otros materiales, en conjunto de manera genial y ecléctica. El texto legislativo así elaborado fue introducido (con poquísimas modificaciones) en Paraguay.

El Código Civil argentino, si bien declaradamente tomado del modelo francés, presenta características originales, ya sea por la pluralidad de fuentes tenidas en consideración, ya sea por la originalidad misma de algunas soluciones de método y de contenido.

Efectivamente, dicho aspecto ha sido subrayado por la doctrina que se ha ocupado del tema. Como fue señalado por el ilustre presidente de esta Academia ²⁵, la codificación argentina no sólo ha tenido en cuenta la realidad económica y social de la época, sino que poseía dentro de sí la actitud para regular asimismo una realidad futura.

Dichas peculiaridades -como puntualiza el Dr. Moisset de Espanés- emergen, tanto de la originalidad metodológica (como surge por ejemplo de la clara distinción entre la Teoría de las Obligaciones y de los Contratos), como de la originalidad del contenido (atestiguada, por ejemplo, por las normas de la “ausencia con presunción de fallecimiento”, o de “resarcimiento del daño moral”).

²⁴ Remitimos a la nota siguiente para un brillante y profundo estudio del sustrato filosófico-jurídico de la obra de Vélez Sársfield.

²⁵ L. MOISSET DE ESPANÉS, “Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield”, en Revista Notarial de La Plata, 1977, N° 831, pág. 315.

Aun en épocas más recientes Argentina ha estado involucrada en fenómenos de circulación de modelos jurídicos.

Con referencia a tal aspecto, podemos recordar que precisamente Argentina ha sido el primero de los países latinoamericanos en poseer una legislación específica sobre la protección de los datos personales. El esfuerzo hecho para alzar el nivel de protección de dichos datos se plasmó en la emanación de la norma de rango constitucional que introdujo el llamado *habeas data* ²⁶.

La ley que tutela los datos personales delinea asimismo el marco jurídico de dicha protección, dilucidando los derechos de que goza el titular de los datos y los deberes que pesan sobre quienes los recolectan y hacen uso de ellos. Es por ello que el modelo argentino de protección de la privacidad de los datos se ha transformado en el modelo por excelencia para todos los demás ordenamientos latinoamericanos.

Continuando con el tema de la protección de los datos personales, cabe recordar que en el presente año se modificó, a través del decreto N° 511/2009 la normativa del “Banco Nacional de Datos Genéticos”, uniformándolo con los principios de la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de la UNESCO ²⁷.

Otro ejemplo significativo de la circulación de modelos de origen extranjero en el panorama jurídico argentino, lo representa la decisión de adoptar una ley de arbitraje en consonancia con los estándares consolidados en el comercio internacional (que poseen como referencia los estándares UNCITRAL).

Si bien aun antes de la entrada en vigencia de esta última norma, el recurso del proceso arbitral se hallaba reconocido, todavía permanecían algunos obstáculos y límites debidos a reglas, tanto de derecho sustancial (la necesidad de un acuerdo separado para la devolución a los árbitros de la controversia) como de derecho procesal (en especial se verificaba una

²⁶ Véase, en particular: M GAKH, “Argentina’s Protection of Personal Data: Initiation and Response”, 2 ISJLP 781 (2006).

²⁷ Dicha problemática ya había sido analizada en profundidad por el Dr. Juan Carlos Palmero, en su reciente conferencia sobre el “*Derecho a la intimidad y el genoma humano*”.

actitud desfavorable por parte de una parte de la jurisprudencia argentina con respecto a los laudos arbitrales)²⁸.

Las breves observaciones expuestas hasta ahora, si bien no pueden agotar un tema tan complejo y rico de perspectivas de análisis, nos permiten desarrollar algunas consideraciones a modo de conclusión.

En primer lugar, el fenómeno de la circulación de los modelos y de la transformación de los sistemas jurídicos se considera un proceso intrínsecamente innato en lo que se refiere al diálogo entre experiencias diferentes, así como al devenir de toda experiencia jurídica.

Del mismo modo en que mutan las costumbres, las convenciones sociales y así como migran los pueblos, se trasladan, el derecho muta y evoluciona. Es justamente lo que ha acontecido con respecto de los sistemas latinoamericanos.

Sin embargo, la consideración de dicho fenómeno no puede legitimar de ninguna manera la opinión apresurada de quien quisiera resolver el tema de los sistemas latinoamericanos como la enésima imitación de los modelos de origen, estructurada según la simplista dicotomía derecho público de *common law*, derecho privado de *civil law*.

Al contrario, lo expuesto hasta aquí nos permite considerar la familia de los sistemas latinoamericanos como una familia dotada de dignidad científica y de investigación comparatista específica, en virtud de su connotación peculiar y de puntos de vista novedosos y merecedores de valorización y profundización.

Uno podría interrogarse por qué en una sociedad mundial globalizada, caracterizada por la inmediatez de la información (pensemos, por ejemplo, en la televisión satelital, en Internet, en las tecnologías modernas), permanezcan en la actualidad herencias de semejantes diferencias conceptuales.

Una primera respuesta parcial podría residir en las posibilidades de acceso al material de referencia. Como ilustra la doctrina comparatista²⁹, un trasplante jurídico deviene mucho más fácil, cuando más accesible es

²⁸ Véase, M.B. BURGHEITTO, *Notes on Arbitration in Argentina*, 9 Law & Bus. Rev. Am. 471 (2003).

²⁹ A. WATSON, *Legal transplants*, op. cit., pág. 111.

como objeto de conocimiento y, por ende, de imitación, lo que conlleva a la formación de un determinado modelo. Consecuentemente, la posibilidad de tener acceso a las fuentes constituye un formidable instrumento para el conocimiento, la valoración y, por lo tanto, la circulación del modelo.

De todas maneras, en la realidad de nuestros días, el acceso a la información debe estar unida a otro requisito irrenunciable: la inmediatez del conocimiento.

El acceso inmediato nos trae a la mente las oportunidades que ofrece Internet, los buscadores y, con particular referencia a la realidad jurídica, los bancos de datos. Hoy en día, quienquiera profundizar el propio conocimiento de un sistema jurídico dado, basándose, ya no en los textos (los cuales corren el riesgo de devenir obsoletos), sino en datos actualizados continuamente, no podrá prescindir de los modernos bancos de datos jurídicos, totalizadores y bien organizados (pensemos, por ejemplo, en Lexis Nexis).

De todos modos, en lo que se refiere a dicho aspecto, nos parece oportuno precisar que los bancos de datos mencionados, aunque incluyan referencias específicas a una gran variedad de Estados (por ejemplo, a través de Lexis Nexis pueden consultarse las recopilaciones de leyes o de los códigos argentinos), resultan aun declaradamente *common law-oriented*, especialmente si se considera la doctrina, tendencialmente ausente en las *folders* dedicadas a un país no perteneciente al área del *common law*.

Lo anterior significa que, por ejemplo, el jurista italiano que necesita conocer en detalle la evolución sistemática del ordenamiento argentino acerca de una cuestión específica, tendrá que esperar, para poder adquirir el conocimiento deseado, hallar un artículo de doctrina redactado en inglés y posiblemente publicado en una *U.S and Canadian Law Reviews and Journals*” (que es la *folder* más amplia entre las presentes en Lexis).

No obstante, esto comporta el recurso a un código lingüístico (el idioma inglés) hoy en día, dominante en el panorama doctrinario mundial, así como la referencia a una fuente de país tercero (la *folder* se halla dedicada a la doctrina estadounidense).

En cuanto al idioma, resulta claro que hay una pérdida, debido a que existen mayores similitudes y mayor familiaridad lingüísticas y conceptuales entre el castellano y el italiano jurídico, que en lo que respecta a la lengua inglesa (expresión de un sistema con significativas diferencias respecto a los primeros).

En lo que se refiere al segundo aspecto, el dato relevante es que, dado que la doctrina no se publica en inglés, cada vez, más frecuentemente, las ideas tendrán dificultad para circular.

Análogamente, lo antedicho implicará obstáculos para la circulación de nuevos modelos a imitar; más que el prestigio o el conocimiento. Por ende, la imitación y la adopción de aquellos se deberán, mayormente, a una nueva forma de selección: el idioma.

Es justamente en virtud de esto último que América Latina podría, en el futuro, jugar un rol primordial, aunque a condición de un gran esfuerzo. El siglo XX se caracterizó por la dominación del idioma inglés -debido a razones geopolíticas y económicas- dominación que, en el mundo del derecho, ha significado una expansión del modelo del *common law* en perjuicio del de *civil law*.

Sin embargo, el futuro podría reservarnos algunas sorpresas. Según algunos sociólogos, la dominación geopolítica y económica de los países anglosajones es vista, en el mediano y largo plazo, en decadencia y, con ella, muy probablemente, asimismo, el uso del idioma inglés.

Contemporáneamente, asistimos a un fenómeno inverso, por lo que se refiere al idioma español que -a causas de los flujos migratorios y por razones demográficas- está viviendo una fuerte expansión también dentro de los países anglosajones. El siglo XX ha sido el siglo del inglés, el futuro de este siglo podría ser el siglo del español.

Si sucediera tal fenómeno, podría tratarse de una ocasión irrepetible para América Latina, pudiendo hallarse en condiciones de desempeñar un rol de primer lugar para el cual sería deseable que se encuentre perfectamente preparada.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE DR.
ALEJANDRO VENEGAS FRANCO

Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Horacio Roitman

Sr. presidente de la Academia, Sres. académicos de número.

Es para mí un grato momento el presentar en esta oportunidad al académico colombiano Dr. Alejandro Venegas Franco.

El Dr. Venegas Franco es un destacado jurista colombiano, que desde su especialización en el derecho comercial, ha sabido ocupar un lugar destacado en el ambiente jurídico del país andino.

Sería extenso aludir a cada uno de los antecedentes académicos que ilustran la talla de este jurista, por lo que solamente procederemos a mencionar aquellos que consideramos de mayor valía.

El Dr. Venegas Franco es abogado, egresado del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Colombia en 1982, y se ha desempeñado como Profesor de Derecho Privado, en particular en el derecho de las obligaciones y derecho de seguros en la Universidad del Rosario, en la cual es decano de la Facultad de Jurisprudencia desde el 2004. Ha tenido a cargo varios cursos de especialización y Maestrías, entre ellas los cursos de Seguro de Personas y de la Seguridad Social y Derecho Comparado y Seguro de Responsabilidad Civil en la Maestría en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Por su amplia experiencia en su campos de estudio, ha sido invitado como profesor en universidades nacionales e internacionales. Es autor y coautor de libros y revistas sobre temas de Derecho de seguros, Arbitraje comercial nacional e internacional. Desde el 2003, es miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; es conjuer de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, como también conjuer de la Corte Constitucional de Colombia. Es miem-

bro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Asimismo, fue presidente en el período 2004 al 2006 del Subcomité colombiano de Prácticas y Costumbres Mercantiles de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y ha sido miembro de la Comisión redactora de la ley uniforme de seguros para América Latina y consultor de la UNCITRAL en temas de garantías de largo plazo, entre otros antecedentes.

Debemos destacar también que el estimado colega que hoy se incorpora a esta Academia, tiene un fino aprecio por las artes y la historia, fruto de esto último es la exposición que hoy nos brindará sobre los aportes de un compatriota al derecho constitucional argentino en surgimiento.

Sres. académicos, sin más preludeos, dejo con ustedes, al Sr. académico Dr. Venegas Franco para que lleve adelante su presentación.

FLORENTINO GONZÁLEZ, JURISTA Y BUEN CIUDADANO COLOMBO-ARGENTINO ¹

por ALEJANDRO VENEGAS FRANCO

SUMARIO: Vida y obra del doctor Florentino González. Primera etapa vital de don Florentino.

Señor doctor Luis Moisset de Espanés, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores académicos, señores profesores, señoras y señores:

Para mí es motivo de satisfacción el encontrarme en este recinto con tan selecto grupo de colegas y amigos, y de orgullo por haber sido honrado con la alta distinción de Miembro Correspondiente Extranjero de esta ilustre Academia, cargo que me permite hacerme presente en calidad de beneficiario.

Sea ésta la oportunidad para expresar ante vosotros el agradecimiento por la grata presencia en la sede de nuestra Academia Colombiana de Jurisprudencia de vuestro presidente, el doctor Luis Moisset de Espanés, en septiembre del 2000, con ocasión de nuestra coparticipación en la celebración del segundo centenario del nacimiento del ilustre codificador doctor don Dalmacio Vélez Sársfield.

Como ustedes saben, en su merecido tributo se hizo la publicación en dicho año de un libro-homenaje de cinco tomos, en el que contribuyó más de un centenar de conspicuas autoridades científicas americanas y euro-

¹ Conferencia pronunciada en sesión extraordinaria el 10 de diciembre de 2009, con motivo de su incorporación como académico correspondiente.

peas. La realización de esta magna obra fue posible gracias a la actividad concertada y de consuno de ambas academias, en su organización.

En nuestra Academia, cuatro de mis colegas también han sido honrados con el nombramiento como académicos correspondientes de la vuestra. Ellos son los doctores Marco Gerardo Monroy Cabra, actual presidente de la Academia; Jaime Vidal Perdomo, actual vicepresidente, y quien hace poco tiempo vino aquí a tomar posesión del cargo, Jorge Vélez García, antiguo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, y quien ejerció la presidencia de nuestra Academia durante varios años, y Fernando Hinestrosa, rector de la Universidad Externado de Colombia y eminente tratadista de Derecho Civil.

A estos recientes vínculos directos entre nuestros institutos podríamos remontarnos en el tiempo para contemplar los aportes recíprocos en el devenir histórico argentino-colombiano.

Hemos sido afortunados con la difusión y asimilación de ideas y valores de común recepción, así como con la presencia cruzada de nacionales de ambos países -física en algunos casos e intelectual en todos-; personajes notables en nuestros dominios profesionales de las Ciencias Jurídicas y Sociales, al igual que en actividades humanísticas como las artes y la literatura.

En Bogotá, Medellín y otras ciudades colombianas, desde hace años algunas facultades de Derecho han sido beneficiadas con las enseñanzas impartidas en cursos de posgrado y pregrado por distinguidos catedráticos visitantes de la Universidad Nacional de Córdoba, asimismo vinculados a vuestra Academia.

La nómina de autoridades científicas y culturales que a través de la historia influyen o hacen presencia física en las dos naciones es extensa y variada, pero, en atención al tiempo, debo hacer sólo una breve descripción de la vida y obra de un eminente jurista, a quien no sería exagerado considerar como un buen ciudadano colombo-argentino, en gracia a la generosa acogida que le brindó esta tierra que con un *ethos* humanitario fue desde los orígenes de su independencia abierta a la inmigración de seres humanos amantes de la libertad.

Ya habréis supuesto que el personaje que con vuestra venia quisiera rememorar en esta noche es el fundador de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, en los años sesenta del siglo decimonono, el doctor Florentino González.

No podría proseguir sin antes manifestar el sentimiento de gratitud colectiva proyectado en el tiempo por generaciones de universitarios colombianos que han recibido inspiración en el *Manifiesto de Córdoba* de 1919. Este memorable documento, cargado de ideas liberadoras y modernizadoras, produjo un eco que fue acogido por las comunidades de la inteligencia con una receptividad comprensiva de todo lo largo y ancho de nuestro continente latinoamericano, provocando transformaciones culturales y políticas más allá de su eje programático de la autonomía de las instituciones de educación superior, forjadoras de los liderazgos seculares en todos los saberes integradores del conocimiento científico.

Fue así como nuestra revolución cultural de los años veinte llegó a ser factor determinante del subsiguiente cambio político y jurídico hacia la democracia representativa y el Estado de derecho en Colombia.

Esta radical transformación de la sociedad, el Estado y la política en nuestra patria fue protagonizada en los años treinta del siglo XX por una élite liberalizante proveniente de variados campos, en especial del derecho, las humanidades y el periodismo.

El *Manifiesto* cordobés fue divulgado en Colombia por el maestro Germán Arciniegas y acogido emblemáticamente por profesores y estudiantes ansiosos del cambio hacia el racionalismo y la secularización, tras el largo período histórico de fundamentalismo y dogmatismo político y cultural.

En esos centros de docencia e investigación, en mi alma mater, la Universidad del Rosario en Bogotá, y en muchos más en las principales ciudades del país, entre los años cincuenta y sesenta sucesivas generaciones de profesionales del derecho cursaron las asignaturas de sociología general o jurídica incorporadas a los *syllabus* de las respectivas facultades, instruyéndose en esas disciplinas académicas en los textos forjados por la ilustración del siempre recordado jurista y sociólogo doctor Alfredo Poviña, quien fue presidente de esta Academia Nacional.

Vida y obra del doctor Florentino González

Por hallarme en vuestra acogedora nación, la tierra que generosamente le brindó albergue y oportunidad de comunicar sus ilustradas enseñanzas y le otorgó un merecido reconocimiento al doctor Florentino

González, permitidme que sea ésta una feliz ocasión para rememorar algunos episodios de la vida, obra y pensamiento de quien estuvo entrañablemente vinculado a la Argentina como residente y docente durante los últimos ocho años de su existencia.

Este personaje, que obtuvo una muy favorable crítica de su obra académica en el siglo XIX, en las esferas universitarias e intelectuales de los países latinoamericanos, fue un conocedor en profundidad, además de su disciplina profesional como abogado y jurista, también de las Ciencias Económicas, Políticas y Administrativas, temas sobre los que recibió enseñanzas en Francia e Inglaterra, y que expuso con rigor académico en libros y en incontables ensayos y artículos publicados en la prensa periódica, como veremos.

Los 59 años vividos por don Florentino pueden ser descritos considerando dos etapas con trasfondos de acontecimientos que permitan entender la situación histórica del personaje. Una primera etapa sería la comprendida entre su infancia y juventud: su educación formal en Santa Fe (Bogotá), los eventos en la Gran Colombia y, desde 1831, en la flamante República de la Nueva Granada y su viaje de cuatro años a Inglaterra y Francia para realizar estudios avanzados (1841-1845). Y una segunda etapa sería desde su retorno a Colombia en 1845, con su brillante actuación como senador durante la aprobación por el Congreso Nacional de la célebre reforma constitucional de 1853, su elección en ese año como procurador general de la Nación -cargo que ejerció desde febrero de 1854 hasta septiembre de 1858- y un aspecto final, desde 1859, cuando parte hacia el Sur, donde permanece por espacio de 15 años, hasta su muerte, acaecida en Buenos Aires el 13 de enero de 1875.

Pero permitidme, distinguidos señores académicos, que rompa el hilo cronológico de la biografía e inicie la descripción por la última etapa de su vida, por haber discurrido ella en vuestra Nación en los últimos ocho años de su vida, y a modo de reconocimiento, por la generosa acogida que la Nación argentina le brindó a nuestro compatriota.

Debo declarar que tal vez por la lejanía espacial de las fuentes, en los diversos bocetos biográficos de los estudiosos colombianos sobre don Florentino escasean los datos y registros de eventos pertinentes de la etapa final de la vida de nuestro autor, por lo que se explica el que en este *in memoriam* no podamos abundar en una amplia descripción bibliográfica como sería deseable.

Don Florentino sale de Colombia por última vez y sin retorno en febrero de 1859, inicialmente hacia Lima y luego hacia Santiago de Chile y Valparaíso (1860-1866), hasta su final destino en Buenos Aires (1867-1875). Previamente, en los años cuarenta y cincuenta había estado en tres ocasiones en Europa en viajes de estudio o de refugio político y también por unos pocos meses como encargado de Negocios en Francia e Inglaterra.

Quien, como él, había sido ministro de Relaciones Exteriores encargado, cuando era titular del Ministerio de Gobierno en la administración del presidente Francisco de Paula Santander, y había escrito ensayos y enseñado sobre derecho internacional, debió padecer injustas vicisitudes en las tres misiones que le fueron encomendadas en el exterior.

Poco antes de finalizar su primer período presidencial, Tomás Cipriano de Mosquera lo designa encargado de Negocios en Francia e Inglaterra, y don Florentino viaja a sus destinos en febrero de 1849; esa misión fue intempestivamente interrumpida por decisión tomada en octubre del mismo año por el recién posesionado presidente José Hilario López, un notable reformador institucional cuya elección en colegio electoral -al no haber obtenido la mayoría absoluta requerida- fue perfeccionada en segunda ronda por el Congreso en la célebre sesión del 7 de marzo de 1849. Toma, entonces, posesión el presidente en la fecha usual determinada para este acto en la Nueva Granada, la del 1° de abril cada cuatro años.

Las vicisitudes de don Florentino no cesarán en los casos de las misiones diplomáticas ante los gobiernos de Perú y Chile, las que podrán comprenderse mejor si revisamos el contexto político y militar de esta turbulenta coyuntura histórica. Quien lo designa es el presidente Mariano Ospina Rodríguez, su compañero en la aventura conspiratoria contra la integridad física del Libertador Simón Bolívar, por fortuna frustrada en la noche del 28 de septiembre de 1828. El período del presidente Ospina (del 1° de abril de 1857 a igual fecha de 1861) coincide parcialmente con el del procurador general González, quien es elegido en votación popular para ese cargo, acto por el que se restablecía la función del Ministerio Público.

Puede ser interesante anotar que en las elecciones de finales de 1853 para ambas cámaras del Congreso Nacional, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de tribunales, jueces y procurador general, por primera vez en nuestra historia republicana se pone en práctica el sufragio

universal masculino directo y secreto, por norma introducida en la reforma constitucional del 20 de mayo de 1853, en la que desde su curul de senador don Florentino se destacó como orador en la promoción de su proyecto de reforma constitucional, basado en un régimen intermedio entre centralismo y federalismo, elección popular de gobernadores y voto secreto y directo.

El proyecto es acogido por el Congreso y adicionado con la norma sobre elección popular directa de los jueces en los ámbitos nacional e intermedio y del Ministerio Público. Este procedimiento para la integración del Poder Judicial es abolido poco después, primero en la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y a continuación en la más perdurable de los Estados Unidos de Colombia, expedida en Ríonegro en 1863.

Por causa de sus ideas del libre cambio, el 8 de junio de 1853 don Florentino es objeto de una agresión verbal y física por parte de los artesanos miembros de las llamadas Sociedades Democráticas, que requerían por su interés laboral y económico el proteccionismo aduanero.

En este ambiente turbulento se configura la división conflictiva entre la alianza de conservadores y liberales gólgotas, por una parte, y liberales draconianos, por la otra, complicada por el golpe de Estado del general Melo en abril de 1854 al presidente José María Obando, que da origen a una guerra civil que culmina con el triunfo de la alianza conservadora-liberal gólgota el 5 de diciembre del mismo año.

Días después de la ofensa, en junio de 1853 don Florentino viaja a Europa por tercera vez. Cuando habían transcurrido siete meses, el 6 de febrero de 1854, se efectúan las elecciones para procurador, en las que por mayoría de votos populares, como candidato de la coalición referida y hallándose en ausencia del territorio nacional, es elegido Procurador General de la Nación.

La guerra civil de 1854 le impide tomar posesión del cargo, por lo que aplaza su retorno a la Nueva Granada hasta cuando hubiese terminado el conflicto, el que en efecto culmina el 4 de diciembre de dicho año.

Retorna al país en enero de 1855, y el 12 de febrero de ese año toma posesión del cargo, el que desempeña con lujo de competencia durante tres años y medio, cuando hace entrega de éste a su sucesor, don Bartolomé Calvo, en septiembre de 1858. En ese mes se celebran por segunda y última vez elecciones populares directas para magistrados de la Rama Judicial y Procurador General de la Nación.

Un año más tarde, a mediados de 1859, se inicia en el estado de Santander una nueva guerra civil, seguida de acciones rebeldes en los estados de la región del Caribe, conflicto que se prolongará en otros estados de la Confederación hasta 1862. El 3 de septiembre de 1859 el presidente Ospina dicta un decreto de declaratoria de estado de guerra interna; no obstante, la contienda discurre en estados periféricos, lo que determina que el Jefe de Estado logre terminar su período como tal; durante más de un año y medio ha de resistir a los rebeldes, y permanece en el poder hasta el 1° de abril de 1861.

Sin embargo, tres meses y medio después de esa fecha, el 18 de julio, los rebeldes liberales encabezados por el General Mosquera ingresan pacíficamente a la capital de la nación, y en esta fecha cesa en la función de encargado del Poder Ejecutivo el procurador Bartolomé Calvo.

Este raro caso de sucesión interina se explica porque en esa coyuntura la vicepresidencia había sido suprimida en la Constitución de 1858, y en su lugar se creó la institución de tres “designados” nombrados por el Congreso Nacional. Esta corporación no hizo estos nombramientos al no haber podido reunirse en esta legislatura “por falta de *quorum*” debido a la guerra. Sin embargo, la norma preveía que en su defecto el desempeño de la sucesión temporaria correspondería al procurador general de la Nación.

Por otra parte, a finales de 1860 el gobierno de Ospina organiza unas elecciones presidenciales consideradas ilegítimas por su ínfima tasa de participación en medio de la guerra, y porque a ellas sólo concurren a votar unos pocos conservadores por el candidato único, don Julio Arboleda, quien por lo demás se halla ausente de la capital para la fecha de la transmisión del mando. Cuando ingresa a la capital, sin resistencia por parte del gobierno, Mosquera ya ostenta el título autodesignado de presidente provisorio y Jefe Supremo de la guerra. En aquel carácter, Mosquera toma acciones de soberanía al dictar en los primeros meses de ejercicio del poder factual importantes decretos-leyes de Estado de sitio que fueron cumplidamente ejecutados (desamortización de bienes de manos muertas, extinción de las comunidades de religiosos y, el 28 de julio, expulsión de la Compañía de Jesús).

En este difícil contexto político, cuando ya se avizoraba el inminente conflicto bélico, don Florentino acepta el nombramiento diplomático del presidente Ospina, viaja a Lima en febrero de 1859 y presenta credenciales el 3 de mayo de dicho año, con el título de Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario ante el gobierno del Perú.

Tal misión encomendada por su viejo amigo (aunque adversario ideológico) debía procurar un acercamiento entre dos países suramericanos en situación de tensión (Perú-Ecuador), delicado objetivo que no puede realizarse por razones ajenas al ejercicio del diplomático González, y porque un gobierno debilitado por la insurrección perdía autoridad para actuar como mediador internacional, ya que tal era su pretensión.

De la capital peruana el doctor González se traslada a Chile en 1860 como embajador de Colombia en ese país. En la legación permanece hasta 1861, cuando es forzado a abandonarla por decisión de su antiguo amigo el General Mosquera, que había librado la guerra en alianza con los liberales gólgotas o radicales, a quienes se había opuesto don Florentino, pese a que en su ideario no dejó de ser un liberal doctrinario del tipo de dos autores por él preferidos, Benjamin Constant y John Stuart Mill, y de los padres fundadores de la Constitución estadounidense de 1776.

González había sostenido públicas controversias políticas e ideológicas, de modo especial con el jefe liberal radical Manuel Murillo Toro, a quien paradójicamente había dado su apoyo en las elecciones presidenciales de 1856, en oposición al ganador, Ospina Rodríguez, y al General Mosquera, quien había obtenido la tercera votación en importancia en dicho certamen comicial, el único en el siglo XIX en el que el presidente fue elegido mediante sufragio universal masculino y voto directo y secreto. Murillo, junto con Mosquera, se hallaba en un momento triunfal del conflicto bélico y en ese momento las relaciones interpartidarias no daban para colaboraciones o consensos.

Mientras desempeña la legación en Santiago, don Florentino se ocupa de la redacción de dos obras en materia civil: el *Diccionario de Derecho Civil chileno* y el *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil de Chile*, impreso por cuenta del gobierno chileno, según autorización oficial fechada el 2 de mayo de 1861.

Retirado don Florentino de la legación en Santiago, y con el propósito de radicarse en Valparaíso, en agosto de 1861 revalida su título de abogado en la Universidad de Chile. Acompañado de su familia, se establece en ese puerto, donde ejerce su profesión, enseña, hace traducciones de obras de autores como Grimke y Stuart Mill (de éste, *El gobierno representativo*, publicada allí en 1865), y escribe artículos y editoriales publicados entre 1861 y 1864 en *El Araucano* de Santiago, en 1862 en *El Tiempo* de Valparaíso y entre 1864 y 1865 en *El Mercurio*, que por entonces se imprimía en esa ciudad.

En 1865 muere allí su esposa, doña Bernardina Ibáñez. Una de sus dos hijas, Belén, se había casado con un oficial de la marina francesa y establecieron su residencia definitiva en París, donde ella fallece en 1880, mientras la otra hija, Soledad, aun cuando residía en Valparaíso, permanecía enclaustrada por pertenecer a una comunidad religiosa. Así, don Florentino queda virtualmente sin acompañamiento familiar y en 1867, tras dos años de viudez, decide trasladarse a la Argentina, donde su estancia coincidirá casi cabalmente con el período de gobierno de don Domingo Faustino Sarmiento (1868-1874).

Escribe entre 1868 y 1870 artículos en *La República*, que se editó en Buenos Aires, y entre 1869 y 1873 publica ensayos jurídicos en las siguientes revistas, asimismo de Buenos Aires: *La Revista de Buenos Aires* (1869), *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (1870-1871) y *Revista del Río de la Plata* (1872-1873). Una tarea pendiente para nuestras academias es la reimpresión de estos trabajos, completamente desconocidos en Colombia, con excepción del ensayo “Los límites de las repúblicas hispanoamericanas y el principio del *uti possidetis*”, publicado en enero de 1869 en la *Revista de Buenos Aires* (año VII, No. 69) y reimpresso varias veces en vista de su especial significado para el Derecho Internacional.

En octubre de 1868 don Florentino es designado profesor, y en marzo de 1869 inicia el ejercicio de las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires. El rector de la Universidad, don Juan María Gutiérrez, en comunicación formuló la solicitud al ministro de Gobierno para la designación en dichas cátedras de don Florentino, solicitud que recibió la aprobación gubernamental.

El 4 de noviembre de 1868 se protocoliza la fundación de la Cátedra de Derecho Constitucional, en solemne acto presidido por el rector y al que fue invitado especial el fundador de la cátedra, don Florentino, con asistencia de profesores y alumnos.

En el breve intervalo entre el nombramiento y la apertura de clases, de sólo cuatro meses, escribe su obra *Lecciones de Derecho Constitucional* para uso de sus alumnos, publicada en Buenos Aires en junio de 1869 y luego de ampliada y reeditada en varias ocasiones en Buenos Aires, París y Bogotá.

Sus clases magistrales fueron atendidas durante seis años (1869-1874) y sólo fueron interrumpidas por la ineluctabilidad de la muerte, que lo sorprendió en pleno vigor intelectual el 12 de enero de 1875.

Sus restos reposaron durante más de medio siglo en el Cementerio Norte de Buenos Aires, hasta cuando fueron repatriados, al ser remitidos por el entonces ministro de Colombia, José Camacho Carreño, el 14 de noviembre de 1933, y recibidos en Bogotá por las autoridades nacionales a principios de 1934, y colocados en el Cementerio Central de Bogotá, donde actualmente permanecen.

El rector Gutiérrez, quien había gestionado su designación y con quien don Florentino trabó una sincera amistad, en carta a su corresponsal en Bogotá don Miguel Antonio Caro, le informa que don Florentino murió “de un golpe fulminante de apoplejía”.

Y otro amigo, el escribano argentino Eusebio E. Jiménez, escribió una nota necrológica en la que manifestó: *“El doctor González vivía solo y con toda modestia en el Hotel Universal, de la calle de San Martín, donde la fatalidad quiso que un día se le encontrase muerto, sin haber tenido quien recibiera su último suspiro, que estoy seguro de que lo fue para su patria”*.

Primera etapa vital de don Florentino

El doctor González nace el 30 de julio de 1805 en el todavía Nuevo Reino de Granada, en Cincelada, una aldea de El Socorro, entonces parroquia y hoy municipio capital de la provincia del mismo nombre, perteneciente al actual departamento de Santander.

Su padre abraza la causa de la Independencia y lucha por ella en la batalla de Cachirí, en 1816, en la que es vencido por los españoles el general García Rovira. Junto con otras familias de El Socorro, la de don Ramón González Núñez, su esposa y sus tres hijos -entre los cuales Florentino, de once años de edad- emigra hacia los llanos orientales, escenario adonde se replegaron los independentistas para retomar la lucha por la causa emancipadora, en la que a poco muere el padre.

Al año siguiente en la aldea de Iza, en Casanare, Florentino es acogido por el sacerdote Juan Nepomuceno Parra, quien le ayuda a perfeccionar la escritura, y a fines de 1817 viaja a Bogotá para reunirse con su madre, viuda, y sus dos hermanos.

En el Colegio de San Bartolomé inicia en 1818 y culmina en 1825 los estudios que le permitirán recibir de una vez los grados de bachiller, licen-

ciado y doctor en Jurisprudencia, por lo cual fue autorizado para seguir cursos en algunas asignaturas simultáneamente en el Colegio Mayor del Rosario y en la Universidad de Santo Tomás (cfr. Delgado, 1981, pág. 737) (según Duarte French, 1971, Florentino González dictó clase en el Colegio del Rosario en 1831, págs. 219 y 257).

Para atender a los gastos de su madre y sus dos hermanos, mientras estudia, Florentino trabaja desde los 18 años de edad, primero en la oficina de un abogado (1823), en cargos secundarios del Poder Ejecutivo (1824-1826) y como Secretario de una comisión del Congreso en 1827. En 1828 es designado Delegado a la Convención de Ocaña, donde no es aceptado por incumplir la edad mínima requerida, por lo cual, por mayoría de votos, es designado Secretario de dicha Asamblea, la que, como es sabido, fue prontamente interrumpida por el retiro definitivo de ella de la delegación bolivariana, por lo que quedó disuelta por falta de *quórum*.

Poco después sobreviene el atentado del 25 de septiembre contra el Libertador Bolívar, en cuya conspiración participaron jóvenes de prestancia intelectual y social, entre ellos Florentino González y Mariano Ospina Rodríguez, junto a personajes como Vicente Azuero. El general Santander y el joven Florentino, entre otros, fueron condenados a muerte, pena que a algunos les fue conmutada por la de prisión en las bóvedas del Castillo de Bocachica, en Cartagena.

Allí estuvo Florentino 18 meses, y al ser liberado a principios de 1831 (poco después del fallecimiento del Libertador), viaja a Venezuela acogido por el general José Antonio Páez. Trabaja como editor de la *Gaceta Oficial* y retorna a Bogotá en agosto de dicho año. Poco después es elegido secretario de la Convención Constituyente de la República de la Nueva Granada, reunida en Santa Fe entre el 20 de octubre de 1831 y el 1° de marzo de 1832.

Disuelta la Gran Colombia, fallecido Bolívar en diciembre de 1830 y derrocado el fugaz dictador venezolano, el general Rafael Urdaneta (1830-1831), los amigos del general Santander retoman el control del poder perdido. El llamado “Fundador Civil de la República”, quien de Francia se dirige a Nueva York, se apresta a retornar a la Nueva Granada a un ritmo pausado, para ejercer la Presidencia de la República, ya no como encargado, sino como titular.

En ella estuvo durante cuatro años y medio, primero como encargado por la Convención Constituyente, durante un semestre (del 7 de octu-

bre de 1832 al 1° de abril de 1833), y luego de haber sido elegido popularmente por las asambleas electorales de cantón, por mayoría absoluta de votos, la ejerce en propiedad durante el período cuatrienal de 1833 a 1837.

En esta coyuntura política, Florentino desempeña altos cargos gubernamentales y es elegido representante a la Cámara, sin dejar de enseñar y de escribir memorias oficiales y artículos de prensa.

El presidente Santander lo designa para el cargo de secretario (ministro) de Hacienda de 1834 a 1836, cuando también fue encargado interinamente de las secretarías “de lo Interior” y de Relaciones Exteriores, y asimismo de la Gobernación de la provincia de Bogotá.

Como docente, durante siete años continuos es profesor titular en la Universidad Central de Bogotá, en las cátedras de Derecho Constitucional, Ciencia Administrativa y Derecho Internacional (1833-1839). En representación de su provincia natal de El Socorro, es elegido Representante a la Cámara para los períodos bienales 1833-1835; 1837-1839 y 1839-1841.

En 1839 es nombrado rector de la Universidad Central de Bogotá, pero el presidente José Ignacio de Márquez (1837-1841) anula el nombramiento aduciendo incompatibilidad con su investidura como diputado al Congreso, tras lo cual el profesor renuncia a sus cátedras en dicho centro docente y se dedica a terminar de escribir su obra titulada *Elementos de Ciencia Administrativa* (1840), considerada como un tratado precursor en esta área de la disciplina en Latinoamérica.

Bajo los gobiernos conservadores y antisantanderistas de Márquez y de Pedro Alcántara Herrán, tiene lugar la llamada guerra civil de los Supremos (1840-1843), en la que se pretende involucrar como rebelde a don Florentino, quien asiste a la Cámara como representante y dirige en Bogotá su periódico *El Correo*, en el que hace oposición a estos gobernantes entre agosto de 1839 y agosto de 1840. En este año, con ocasión de la muerte de Santander, el 6 de mayo, hace el elogio fúnebre del personaje.

En noviembre don Florentino es detenido en Bogotá junto con Vicente Azuero, el general Montilla y 17 personas más, acusados de conspiración contra el Gobierno. Al ser liberado el 23 de enero de 1841, y pretenderse de nuevo su aprehensión horas después, don Florentino se ve forzado a asilarse en la legación de los Estados Unidos, de donde sale precipitadamente el 13 de febrero hacia Santa Marta, con el fin de viajar a Europa. Allí debe esperar la llegada de su esposa y sus dos pequeñas hijas, en cuya compañía parte hacia su destino a finales de abril de 1841.

Este será el primero de cuatro viajes a Francia e Inglaterra, si bien el más prolongado -cuatro años, de 1841 a 1845-, pues en los demás la duración fue menor. En este cuatrienio realiza estudios en Derecho Público y Ciencias Económicas, y para atender a la subsistencia familiar funda en París una casa de comercio.

A su retorno a la Nueva Granada abre una tienda para vender mercancía importada, y en 1846, a partir del 12 de abril, escribe ensayos económicos en el periódico *El Día* de Santa Fe. Cuando el presidente Mosquera (1844-1848) llevaba dos años y medio como gobernante, el 14 de septiembre de 1846 designa a don Florentino como secretario (ministro) de Hacienda, puesto que desempeña durante los últimos 18 meses de la administración de Mosquera, esto es, hasta marzo de 1848.

Luego de ser candidato a la presidencia de la República en 1848, y en dos ocasiones candidato a la vicepresidencia, a principios de febrero de 1849 viaja por segunda vez a Europa, al ser designado Encargado de Negocios en Francia e Inglaterra. En abril toma posesión el presidente José Hilario López, y en octubre del mismo año el cargo de don Florentino es suprimido y él retorna al país en 1850.

La obra académica e intelectual de don Florentino es diversa y rigurosa, no sólo en sus libros y opúsculos, sino también en los numerosos ensayos y artículos publicados en diversos periódicos en Colombia y otros países.

Debo recordar que el periodismo colombiano del siglo XIX, antes que noticioso, era destinado a debates intelectuales y científicos por los diversos agrupamientos que confluyeron en el antagonismo de lo premoderno y lo moderno, oposición a la que tanto aportó don Florentino como un adalid infatigable de las ideas de la modernidad.

Un notable analista de los *Elementos de Ciencia Administrativa*, el politólogo mexicano Omar Guerrero, escribió de don Florentino: “*Su inagotable capacidad de trabajo ofreció espacio para que, sin interrupción, cultivara el periodismo entre 1827 y 1873*”, es decir, durante 46 años, hasta las vísperas de su fallecimiento.

Aun cuando deba considerarse una metáfora, este juicio del profesor Guerrero es en gran parte realista. En efecto, fueron numerosos los periódicos en los que escribió, ya fuera como colaborador, pero más a menudo como codirector o incluso director.

Florentino González, colombiano, cuya semblanza ratifica la acogida generosa que le dispensó Argentina, la misma de la cual hoy soy testigo.

Muchas gracias.

HOMENAJES

HOMENAJE AL DR. ENRIQUE FERRER VIEYRA

Palabras del Dr. Ernesto J. Rey Caro

Hoy, la Corporación recuerda y rinde un merecido homenaje a quien fuera uno de sus destacados miembros, Enrique Ferrer Vieyra, que se incorporara a esta Academia el 20 de agosto de 1993, y cuyo deceso se produjera el 29 de septiembre del año próximo pasado.

No es tarea fácil destacar las múltiples facetas de tan rica personalidad. Noble amigo, renombrado funcionario internacional, embajador de la República, notable académico, infatigable investigador, reconocido publicista. Sin duda, una de las grandes personalidades del mundo jurídico y cultural del país y allende sus fronteras, hoja de vida que sólo supieron forjar unos pocos privilegiados.

Ferrer Vieyra, para orgullo de Córdoba y de nuestra Argentina, defendió con singular rigor histórico y científico los genuinos intereses de la patria. Sus obras sobre aquel conflicto que comenzara en 1833 cuando se produjo uno de los despojos territoriales más lacerantes y vergonzosos de nuestro continente, constituyen bibliografía de obligada consulta para los estudiosos de la llamada “cuestión Malvinas”. Contienen una valiosa e inédita documentación que obtuviera durante sus infatigables visitas a los archivos y bibliotecas del mundo. Son entregas que han abierto variadas sendas para futuras investigaciones, comprometiendo en esta singular cruzada a varias generaciones. Su libro *Las Islas Malvinas y el derecho internacional*, como manifiesta su autor en la Introducción, tiene por objeto efectuar un aporte “a la formulación de las proposiciones en que se funda nuestra reclamación territorial”, y expone la problemática *-inter alia-* desde la perspectiva de los títulos argentinos y británicos, de la Convención de Nootka, del instituto de la prescripción adquisitiva, del principio de la libre determinación de los pueblos, y de la proyección del conflicto sobre el territorio antártico. No menos repercusión tuvo su *Cronolo-*

gía legal anotada sobre las Islas Malvinas, cuya segunda entrega fue enriquecida con documentación proveniente de algunos archivos españoles -Simancas-, archivos franceses -Palais d'Orsay- e ingleses -Kew Garden-, cuya presentación nos cupo el honor de realizar, en una sesión programada por la Sección Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), en este mismo recinto, en mayo de 1992. *“Es un estudio que sólo hoy en día -dice el reconocido historiador Enrique de Gandía-, con esta increíble revelación, puede emprenderse para asombro de los lectores especializados. Esta documentación, no lo dudamos y así lo esperamos, dará origen a valiosos trabajos monográficos y de conjunto que demostrarán, una vez más, los indiscutibles derechos de España, primero, y de la Argentina, después, a estas islas. Estos cientos de documentos, esta enorme montaña de pruebas, es el aporte más valioso y de mayor trascendencia que un historiador argentino y del resto del mundo ha hecho a esta cuestión”*. Extraordinaria síntesis de tan magna obra.

Pero esta breve reseña de dos de sus trabajos, por cierto, no agota su prolífera producción científica. Podemos recordar otros conocidos libros: *Temas de derecho y política internacionales* y *El nuevo derecho internacional del desarrollo*, como así también numerosas monografías sobre el contenido del derecho internacional actual, la Cuenca del Plata, sobre variados aspectos de la integración en Europa y América, sobre la extensión del mar territorial, entre otros temas. Muchas fueron elaboradas para ser expuestas en acreditados foros internacionales y publicadas en prestigiosas revistas nacionales e internacionales. Omitimos su análisis por razones de brevedad.

Tempranamente ejerció el cargo de director de la Consejería Legal de nuestra Cancillería y luego cumpliría con singular eficacia misiones diplomáticas en Brasil, Washington, Egipto, la Organización de Estados Americanos, etc. También fue funcionario internacional, integrando varios órganos y departamentos de la Organización de las Naciones Unidas. Siempre recordaremos su generosidad cuando durante su permanencia en Ginebra, nos enviaba una valiosa documentación internacional a la que, en esa época, no se podía acceder con facilidad.

Ejerció la docencia en prestigiosas casas y centros de estudio internacionales. Fue profesor en la Universidad de Estrasburgo, en la Universidad de Lovaina, en instituciones de enseñanza españolas, mexicanas y en los acreditados Cursos de Derecho Internacional celebrados anual-

mente en Río de Janeiro, organizados por el Comité Jurídico Interamericano, órgano principal de la Organización de Estados Americanos.

Muchos recordamos, en el despertar de las vocaciones que nos introdujeron a estudios jurídicos, sociales, económicos, el apoyo que nos ofreció, tanto material como profesional, como lo hacen los grandes maestros. Cuando en sus vacaciones volvía a su tierra natal, con su habitual bonhomía y su singular modestia, nos convocaba a su departamento de calle Bolívar o a su querida Betania para mantener señeros diálogos, para estimularnos, para enriquecer nuestros conocimientos, para brindarnos con el desprendimiento que lo caracterizaba, los valiosos libros de su privilegiada biblioteca, y para poner a nuestro alcance su nutrida documentación internacional. ¡Genuino maestro!

Su preocupación por proyectar instituciones de la capital del país al patrimonio cultural de nuestra ciudad, lo llevó, con otras descollantes personalidades, a fundar la Sección Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, institución que luego presidiría en varios períodos y en la que trabajaría para difundir sus propósitos. También su residencia de calle Bolívar fue la sede de las reuniones de su Consejo Directivo, donde las amigables tertulias obraban como atractiva convocatoria.

La Asociación Argentina de Derecho Internacional igualmente le debe no menor agradecimiento. Fue por su iniciativa que nos reunimos por primera vez en la historia del país, los profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de las universidades argentinas, en Rosario, en 1968. En este importante centro universitario propuso la creación de esta institución, que no hace mucho cumplió sus cuarenta años de existencia. Como en la anterior, fue su presidente e integró en reiteradas oportunidades su Consejo Directivo. El próximo congreso ordinario de esta institución que se celebrará en esta ciudad en octubre próximo, llevará su nombre. ¡Más que merecido homenaje!

Quienes hemos compartido en estas y muchas otras instituciones diversas actividades con Enrique Ferrer Vieyra, quienes hemos sido privilegiados por haber podido contar con tan entrañable amistad, jamás le olvidaremos.

La semblanza de Ferrer Vieyra sería incompleta si no recordáramos su predilección por los libros antiguos. Su pasión lo llevó a recorrer las más importantes librerías del mundo y su espíritu y alma de coleccionista

se regocijaba cuando hurgando en viejos escaparates, encontraba el libro que afanosamente buscaba. Los Elzevirios constituían sus predilectos -más allá de los incunables-, y así pasó a tener una de las colecciones más importantes del país. Su generosidad lo llevaba a compartir sus adquisiciones con quienes consideraba sus amigos. Cuántas veces nuestras manos temblaron cuando Enrique nos mostraba y nos ofrecía para su contemplación el nuevo y valioso material bibliográfico. Cuánto aprendimos también sobre tan noble afición.

Pero, hubo gestos de Ferrer Vieyra que pusieron de relieve un extremo desprendimiento, propio de los hombres grandes. En 2001 donó a la Universidad Nacional de Córdoba, a la institución que le abrió sus puertas en sus años mozos y en cuyas bibliotecas -particularmente la Jesuítica- pasara muchas horas y quizá de donde surgió aquella vocación, tan valioso patrimonio, orgullo para nuestra querida Casa de Estudios.

Como dijera nuestro recordado integrante de esta corporación y querido maestro Roberto I. Peña en el saludo de bienvenida a la Academia: “Enemigo por elegante recato de todo tablado, Enrique Ferrer Vieyra es un austero gozador de las cosas bellas”. Qué hermosas palabras para caracterizar y resumir tan exquisita personalidad, y qué adecuadas para cerrar esta semblanza de un auténtico “señor” y de un genuino “caballero”.

Creemos haber cumplido así, con las limitaciones de tiempo impuestas por el abigarrado temario de esta sesión, con tan honrosa encomienda. Muchas gracias.

HOMENAJE EN EL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DEL ACADÉMICO PROF. DOCTOR CARLOS LUQUE COLOMBRES

Palabras del académico profesor doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira en el acto en homenaje al académico profesor doctor Carlos Luque Colombres el 16 de junio de 2009.

Señor presidente, señores presidentes honorarios, señor presidente de la Academia Nacional de la Historia, señora presidenta y señores miembros de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, señor presidente del Instituto de Cultura Hispánica de Córdoba, señoras y señores académicos, familiares y amigos del doctor Carlos Luque Colombres, señoras y señores.

El señor presidente de esta corporación ha tenido la especial deferencia, que agradezco profundamente, de designarme para que haga uso de la palabra en este merecido homenaje a quien fuera uno de sus ilustres miembros de número, el doctor Carlos Antonio Luque Colombres.

Hace algún tiempo, la Academia instituyó este recordatorio en justa conmemoración del centenario del nacimiento de quienes la han integrado.

Ha dicho en alguna ocasión nuestro presidente, que estos homenajes tienen como finalidad, no solamente evocar la personalidad entre quienes conocieron la memoria del que se recuerda, sino también a transmitir este legado a las nuevas generaciones que no tuvieron oportunidad de conocerlo personalmente.

El doctor Luque Colombres nació en la ciudad de Córdoba el 13 de junio de 1909.

El 29 de abril de 1933 se graduó de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

En la Casa de Trejo, el doctor Luque Colombres llevó a cabo una dedicada, continua, brillante y profunda labor docente.

En 1947 fue designado profesor adjunto por concurso de Historia Argentina.

Posteriormente, ganaría la titularidad de esa cátedra por concurso.

Se desempeñó además como encargado de cátedra, en Historia Americana I y II.

Asimismo ejerció la docencia en la Escuela Normal Nacional de Córdoba y en el Liceo Anexo de Señoritas.

El 10 de marzo de 1978 culmina su carrera docente, con la designación de profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

Unió a la docencia universitaria, la gestión académica de institutos y centros de investigación científica de probada jerarquía sobre la especialidad que cultivaba.

En 1968 fue designado director del Instituto de Estudios Americanistas “Doctor Enrique Martínez Paz” de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba y en 1977, director de la Escuela de Historia de esa facultad.

En 1982 le tocó dirigir los destinos de la Casa que tanto amaba, fue vicedecano y decano de la Facultad de Filosofía y Humanidades.

Asimismo fue fundador y director de la Escuela de Historia de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Católica de Córdoba en 1969.

Destacados foros científicos contaron con su constante y entusiasta trabajo.

Entre otros, cabe mencionar su incorporación, el 10 de octubre de 1941 como miembro correspondiente del Instituto Argentino de Ciencias Genealógicas.

En agosto de 1948, fue nombrado, a su vez, miembro correspondiente del Instituto San Felipe y Santiago de Estudios Históricos de Salta.

Al año siguiente, se incorporó como miembro de número de la Asociación “Amigos de la Letras”.

En noviembre de 1950 fue nombrado director *ad-honorem* del Programa de Impresión de las Actas Capitulares del Cabildo de Córdoba.

En julio de 1952 integró la Comisión *ad-honorem* encargada de proponer un nuevo ordenamiento de la nomenclatura de calles y barrios de la ciudad.

El 7 de marzo de 1953, la Junta de Estudios Históricos de Santiago del Estero lo designó también miembro correspondiente.

Tres años más tarde, en 1957, se incorporó a nuestra Junta Provincial de Historia de Córdoba en calidad de miembro de número.

Un año después, en 1958 la Junta de Estudios Históricos de Catamarca lo nombró miembro correspondiente.

El 21 de julio de 1959 fue designado miembro correspondiente de la Academia Nacional de la Historia, donde más tarde se le concedería el sillón de miembro de número, en tanto en 1961 fue nombrado miembro correspondiente del Comité de Enseñanza y Revisión de Textos, de la Comisión de Historia dependiente de la O.E.A, y en 1963 miembro correspondiente de la Academia del Plata.

En 1965 se incorporó como académico correspondiente en Córdoba de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, de Córdoba (España), en tanto en el mes de noviembre del ese mismo año, fue nombrado miembro titular del Instituto de Cultura Hispánica de Madrid.

En 1966, fue designado miembro correspondiente del Instituto del Museo Nacional de las Islas Malvinas y Adyacencias, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y de la Junta de Estudios Históricos de Tucumán.

Un año después, en 1967 se incorporaba como miembro correspondiente en Córdoba de la Real Academia de Historia de Madrid.

Asimismo, fue miembro correspondiente de la Junta de Historia y Letras de La Rioja, de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, del Centro de Estudios Genealógicos de Salta, de la Junta de Estudios Históricos de Entre Ríos, del Instituto Chileno de Investigaciones Genealógicas.

Fue también, miembro honorario del Centro de Estudios Genealógicos, socio honorario y ex-presidente del Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Córdoba, miembro de honor de la Academia Paraguaya de Historia, miembro de honor del Centro de Estudios de la Lengua y socio honorario de la Asociación de Cronistas Oficiales de Madrid, España.

Recibió numerosos premios y distinciones entre los que se destacan: Condecoración por el Gobierno de España con la Encomienda de Número de la orden de Isabel la Católica, en 1969; Hijo Adoptivo de la Villa de Luque (Córdoba, España) en 1973 y Premio "Protagonistas del Quehacer Argentino" en 1979, etc.

El doctor Luque Colombres fue incorporado a esta Academia de Derecho y Ciencias Sociales el 15 de abril de 1977, ocupando el sillón Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta.

El doctor Luque Colombres fue uno de los primeros historiadores que con enorme erudición, estricta labor de archivo, elegancia y estilo, levanto el telón sobre la historia de los primeros tiempos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Participó en un sinnúmero de congresos nacionales e internacionales en las áreas de sus especialidades: historia, genealogía, historia del derecho.

Colaboró con numerosos artículos e investigaciones monográficas de reconocida jerarquía científica, en revistas, anuarios y publicaciones periódicas

Fue miembro fundador del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, cuya acta fundacional suscribió en 1973, juntamente con el distinguido grupo de discípulos de Ricardo Levene y miembro de número del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

A las series de congresos nacionales e internacionales organizados por ambas instituciones solía concurrir acompañado de Negrina.

Su colaboraciones esperadas con avidez por sus discípulos y sus amigos, su palabra siempre afectuosa, amable y oportuna, no exenta de agudas observaciones y consejos a los historiadores más jóvenes era siempre bienvenida porque reunía la profundidad inigualable que distingue y señala a la voces de los maestros.

Su vasta obra es múltiple, erudita, compleja, vasta, polifacética, no puedo ni debo, en el apretado marco de este homenaje mencionar o comentarla en su totalidad, sólo me voy a permitir referir brevemente lo que considero, constituyen sus cuatro líneas de trabajo más significativas.

En primer lugar, sus trabajos sobre la historia temprana de la ciudad de Córdoba, básicamente el ciclo fundacional, donde sobresalen sus trabajos sobre el Fuerte de Córdoba, el sitio de la fundación y sus traslados, estudios que inicialmente constituyeron su Tesis de Profesorado, la primera traza de la ciudad, los ejidos, el escudo de la ciudad, la temprana radicación de las órdenes religiosas, las iniciales familias de pobladores, los primeros gobernantes, las devociones, etc., estudios todos que concluyeron en su magnífica *Orígenes históricos de la propiedad urbana de Córdoba (Siglos XVI y XVII)* eruditísimo trabajo dedicado a su esposa, hijos y nietos, publicado por el Instituto de Estudios Americanistas de la

Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, que consta de 437 apretadas páginas, que condensan el esplendor de toda una vida dedicada a la investigación histórica, analizando con exhaustividad los orígenes de la propiedad cordobesa y su evolución desde las primeras distribuciones de solares practicada en 1577 consignadas en el plano del 11 de julio de ese año, hasta finalizar la centuria decimoséptima.

La obra se completa con un cabal apéndice que integra la imagen urbana y suburbana, alcanzando un perfil que aun resulta de indispensable consulta, para todo el que quiera asomarse al pasado histórico de nuestra *Córdoba de la Nueva Andalucía*.

En segundo lugar, sus estudios sobre la historia de la cultura jurídica de Córdoba del Tucumán, sus eruditos investigaciones sobre la historia de la Cátedra de Instituta, la presencia de los libros de derecho en las bibliotecas particulares cordobesas, la planificación de los estudios universitarios, la personalidad de Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta, y sus completas monografías sobre el grado universitario, el título de abogado, los abogados y la práctica forense en Córdoba, etc.

Investigaciones, por su parte que concluyeron en 1991 con la *Reseña histórica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (1941-1991)* en conmemoración de su cincuentenario, obra del entonces rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Ing. Rodolfo Martínez quien, el 29 de julio de ese año presentó al Honorable Consejo Superior el proyecto de ordenanza correspondiente, cuyos estatutos fueron aprobados el 24 de octubre.

En tercer lugar, sus prolijísimas y eruditísimas investigaciones sobre el área disciplinar de las Ciencias Genealógicas, donde sobresalen sus trabajos sobre el General Paz, la familia Alonso de Vera, la familia Navarro de Velazco, la familia Tejeda, el virrey don Pedro de Cevallos, el Obispo Colombes, el Deán Funes, etc.

Por último, en cuarto lugar -pero no por ello menos importante-, cabe mencionar la monumental dirección de la tarea de publicación de las *Actas Capitulares del Cabildo de Córdoba*, obra que lamentablemente al día de hoy aún no está concluida y que constituye un verdadero desafío para todos los historiadores cordobeses y un reto para las autoridades de provinciales y municipales sostener económicamente esta indispensable tarea, máxime con los medios de digitalización y soportes electrónicos con que hoy se cuenta.

La actividad administrativa y técnica ocupó también un considerable espacio en su desempeño laboral. Fue secretario y asesor del Departamento Provincial del Trabajo en 1934. Durante el período comprendido entre los años 1935 y 1944, se desempeñó como representante legal de la Provincia de Córdoba en Yacimientos Petrolíferos Fiscales. En ese último año, 1944, fue interventor de la Municipalidad de la ciudad de Tucumán y en 1970 fue secretario-ministro de Educación y Cultura de la Provincia de Córdoba.

Por último, quiero recordar con emoción que el doctor Carlos Luque Colombres y su entrañable amigo, Roberto Ignacio Peña, ambos miembros de número de esta Academia y de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, fueron dos profesores, dos intelectuales y dos hombres extraordinarios que tanto hicieron por la promoción y el cultivo de nuestra disciplina: *la Historia del Derecho*.

Destaco la enorme humanidad de Carlos, su trato sencillo y afable, su preocupación por los jóvenes, su cotidiano compromiso con la Universidad.

Encontrarlo caminando por las calles céntricas de Córdoba con su sombrero, era señal de que disfrutaría de una charla breve, pero amena y jugosa y siempre enriquecida por un oportuno comentario o consejo guía.

Los numerosos viajes compartidos con Carlos, Negrina, Roberto Peña, Marta y Marcela acompañándonos en el trabajo cotidiano de congresos, seminarios y jornadas, celebradas entre España y las Indias eran una dilecta ocasión de regocijo por los logros y avances académicos y por la ternura de la amistad y del afecto.

Las reuniones familiares, los pequeños acontecimientos donde se celebraba las circunstancias felices de la vida doméstica, nos reunieron una y otra vez.

Asistió con Negrina a todos los bautismos de mis hijos y Negrina y Marta, años después continuarían acompañándonos en todas las primeras comuniones.

Las visitas a su casa, para conversar sobre algún tema puntual, o adelantar la organización de conferencias y seminarios eran momentos especialmente gratos, donde Carlos nos recibía a Marcela y a mí en su elegante y atiborrada biblioteca con su franca y amable sonrisa.

Cierro los ojos y vuelve a aparecer, una y otra vez, la dulce imagen de Carlos bailando con Negrina el vals de sus bodas de oro, en un círculo de luz de la pista central de Longchamps, abrazados con todo su amor,

entrelazado con el de sus hijos Carlos Alfonso, María Mercedes y Mariana, el de sus nietos, el de sus amigos y colegas, veinte días antes que partiera de este mundo al cielo.

Y no puedo terminar estas palabras de homenaje a Carlos Luque, sin dedicar unas líneas afectuosas a nuestra querida Negrina, fiel esposa y amante compañera de trabajos, lecturas, horas de archivos y bibliotecas, viajes y estancias de investigación, seminarios, jornadas y congresos.

El difícil y, adivino, a veces ingrato papel que cumplen las esposas de los intelectuales, siempre a su lado, sacrificando mucho de su tiempo personal, para sostener el trabajo y la vocación del compañero.

Negrina lo cumplió siempre a la perfección, como también lo cumplió Marta y tantas distinguidas señoras que hoy aquí en este salón nos acompañan.

No se celebra hoy congreso de historia del derecho y de genealogía en nuestra ciudad, a los que no acuda Negrina con interés genuino y envidiable energía.

El doctor Carlos A. Luque Columbres, falleció en la ciudad de Córdoba, el 24 de mayo de 1994.

Pero su luminosa memoria, su ejemplo, su sonrisa, su obra rectora están siempre con nosotros.

Señoras y señores, pido un fuerte aplauso en homenaje al doctor Carlos Luque Colombres. Nada más.

Anexo

Lista de los principales trabajos y publicaciones del doctor Carlos Luque Colombres

Libros, folletos y artículos que se enumeran en el orden en que han sido reeditados con el título *Para la Historia de Córdoba* por Biffignandi Editores, en dos volúmenes (Córdoba, 1971 y 1973), como homenaje a la ciudad de Córdoba en su Cuarto Centenario.

El Fuerte de Córdoba, publicado en Revista de la Facultad de Filosofía y Humanidades, año 1, N° 2, Córdoba, 1949, pág. 191 y ss..

Ubicación del Fuerte y sitio de la Fundación de Córdoba (Tesis de Profesorado), publicada en el Instituto de Estudios Americanistas, Serie Histórica, N° XXI, Córdoba, 1951.

Sobre la primera traza de la ciudad de Córdoba, publicado en Revista de la Facultad de Filosofía y Humanidades, año II, N°s 1, 2 y 3, Córdoba, 1950, págs. 51 a 64.

El traslado de Córdoba, en la mencionada revista, año IV, Córdoba, 1952, págs. 73 a 86.

La traza definitiva de la Ciudad de Córdoba (11 de julio de 1577), publicada en dicha revista, año III, N°s 1, 2 y 3, 1951, pág. 67.

Antecedentes documentales sobre la tipografía del asiento urbano de Córdoba durante los siglos XVI y XVII, publicado en dicha revista, año IV, N°s 1, 2 y 3, Córdoba, 1954, págs. 7 a 26.

Un plano de la ciudad de Córdoba del Siglo XVIII, publicado en dicha revista, año V, N°s 1, 2 y 3, Córdoba, 1953, págs. 377 a 384.

Los ejidos de Córdoba y la enfiteusis, publicado en la Revista del Instituto de Historia del Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, N° 9, Buenos Aires, 1958, págs. 97 a 114.

La casa paterna del General Paz, en el diario “Los Principios”, Córdoba, 16 de abril de 1958.

Solares históricos cordobeses: Notas sobre la casa de Sobremonte, publicado en Anales del Instituto de Arte Americano e Investigaciones Estéticas, de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, N° 12, 1959, págs. 35 a 44, y reeditado en Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, Córdoba, 1967, págs. 39 a 48.

Primer Centenario de la Municipalidad de Córdoba, publicado en “Los Principios”, Córdoba, el 18 de junio de 1957.

El Escudo de la Ciudad de Córdoba, publicado por la Municipalidad de Córdoba en un folleto con el título *Escudo Oficial de la Ciudad de Córdoba*, Córdoba, 1957.

Abogados en Córdoba del Tucumán, en Instituto de Estudios Americanistas, Cuaderno de Historia N° 5, Córdoba, 1943.

Libros de Derecho en Bibliotecas Particulares Cordobesas, en Instituto de Estudios Americanistas, Cuaderno de Historia N° 9, Córdoba, 1945.

El Primer Plan de Estudios de la Real Universidad de San Carlos de Córdoba, en Instituto de Estudios Americanistas, Cuaderno de Historia N° XIII, Córdoba, 1945.

El grado universitario, el título de abogado y la práctica forense en Córdoba, publicado en la Revista del Instituto de Historia del Derecho, de la Universidad Nacional de Buenos Aires, N° 12, Buenos Aires, 1961, págs. 156 a 163.

El Deán Funes, primer historiador de la Patria, publicado en Revista de Educación, N° 2, Córdoba, 1960, págs. 61 a 67.

La Orden Franciscana en los orígenes de la ciudad de Córdoba, publicado en "Los Principios", el 19 de setiembre de 1962.

Génesis de la Parroquia de Villa del Rosario, publicado en Revista Eclesiástica del Arzobispado de Córdoba, vol. XXXI, Córdoba, 1954, págs. 191 a 196.

Vázquez de Espinosa y la ciudad de Córdoba, publicado en la Revista Historia, N° 3, Buenos Aires, 1956, págs. 144 a 148.

Gaspar de Medina - Conquistador y genearca, en Instituto de Estudios Americanistas, Serie Histórica N° XIII, Córdoba, 1948, 189 páginas.

Diego de Villarroel - Notas y referencias documentales para su biografía, publicado por la Municipalidad de San Miguel de Tucumán el 28 de agosto de 1966.

Don Juan Alonso de Vera y Zárate - Adelantado del Río de la Plata, publicado en las *Actas del Congreso de Historia Argentina del Norte y Centro*, realizado en Córdoba en 1941, t. II, Córdoba, 1944. Tirada aparte en el Instituto de Estudios Americanistas, Serie Histórica N° IX, Córdoba, 1944.

Un caso de homonimia: los Alonsos de Vera, publicado en "La Prensa", Buenos Aires, el 9 de mayo de 1943.

Sobre filiación del Capitán Diego Navarro de Velasco, publicado en el Boletín de la Junta de Estudios Históricos de Catamarca, año VIII, 1959.

El Deán Doctor Don Gregorio Funes - Arraigo de su familia en América, publicado en el Instituto de Estudios Americanistas, Cuadernos de Historia N° VI, Córdoba, 1943, 60 páginas.

El Doctor Victorino Rodríguez - Primer Catedrático de Instituta de la Universidad de Córdoba, en Instituto de Estudios Americanistas. Cuadernos de Historia N° X, Córdoba, 1947, 110 páginas.

Un documento de Ambrosio Funes - Reflexiones históricas, políticas, filosóficas y literarias, Córdoba, 1966.

La diócesis de Tucumán y Córdoba, Córdoba, 1970.

Repertorio de documentos de archivos cordobeses relativos a Catamarca, (Siglos XVII y XVIII), en Junta de Estudios Históricos de Catamarca, *Primer Congreso de Historia de Catamarca*, t. III, *Ciencias Auxiliares de la Historia*, Catamarca, 1966, págs. 171 a 199.

La fundación de Córdoba, en la Revista Acción Rotaria, N° 1, Córdoba, 1965, pág. 3 y ss.

Génesis de la Hispanidad, en “Centenario”, Asociación Española de Socorros Mutuos de Córdoba, Córdoba, 1972, pág. 45.

Algo más sobre el asiento originario de la ciudad de Córdoba, Córdoba, 1973.

Pueblos de España - La Villa de Luque en 1792 - Descripción Documental, Córdoba, 1973.

El mundo de Juan de Tejada, 1ª edición, Córdoba, 1973.

La Córdoba argentina cumple cuatro siglos, en la Revista Mundo Hispánico, N° 312, marzo de 1974, págs. 22 a 31.

Los primeros mandatarios de Córdoba durante el período virreinal, en Academia Nacional de Historia, Cuarto Centenario de las fundaciones de Córdoba y Santa Fe (1573 - 1973), Buenos Aires, 1974, págs. 89 a 121.

El mundo de Juan de Tejada, 2ª edición, Córdoba, 1976.

La primera desobediencia: la fundación, en la Revista Todo es Historia, N° 75, julio de 1973, págs. 9 a 18.

Cuarto Centenario de Córdoba - Significado de la Fundación y otros escritos, Córdoba, 1977. (Publicado por la Junta Provincial de Historia de Córdoba). Contiene los siguientes trabajos de que es autor:

41 a *La fundación de Córdoba - Significado y trascendencia*;

41 b *La Virgen de la Peña de Francia y Córdoba - Breve relación histórica*;

41 c *Los gobernantes de Córdoba durante el período hispánico - Esquema cronológico* (reedición);

41 d *Solares cordobeses - El llamado Oratorio del Obispo Mercedillo*; y

41 e *Apuntes de una Historiografía cordobesa; Investigadores, cronistas e historiadores*.

Martínez Paz, historiador, publicado en *Homenaje al Doctor Enrique Martínez Paz* por la Facultad de Filosofía y Humanidades, Córdoba, 1977.

Genealogía del Virrey Don Pedro de Cevallos, en el número especial del centro de Estudios Genealógicos de Córdoba, Córdoba 1977.

San Martín y "el grande hombre", en el diario "Córdoba", el 25 de febrero de 1978.

Breve guía histórica de la Universidad Nacional de Córdoba y del Colegio de Monserrat, Córdoba, 1978.

Iconografía cordobesa: en torno de una pintura del Siglo XVII. Interrogantes e hipótesis, en el diario "Los Principios" del 1 de octubre de 1978.

Documentos relativos a la hermana del General San Martín, Separata del Primer Congreso Internacional Sanmartiniano, Buenos Aires, 1978.

El Obispo Colombres: familia de sacerdotes, en el diario "La Gaceta", Tucumán, el 3 de diciembre de 1978.

Apuntes para una crónica histórica de los orígenes de Luque, Córdoba, 1979.

Algunos aspectos de la vida jurídica en Córdoba (Siglos XVI, XVII y XVIII), en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, años 1979-80.

Semblanza de un prócer: Coronel José Javier Díaz, en el diario "Los Principios", Córdoba, el 19 de julio de 1979.

Hispanidad, en el diario "Tiempo de Córdoba", el 12 de octubre de 1979.

El Formulario de Testamentos del P. Gerónimo Zevallos S.J., Separata de la Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1980.

Orígenes Históricos de la Propiedad Urbana de Córdoba (Siglos XVI y XVII), Córdoba, 1980.

El Doctor Nicolás Berrotarán, en Municipalidad de Córdoba. Centenario de la creación del Registro Civil, Córdoba, 1980.

Furt, Córdoba, 1979.

La Córdoba de los siglos XVI, XVII y XVIII a través de las actas del Cabildo, en *Guía Cultural de Córdoba*, N° 2, Córdoba, 1980.

El Escudo de la ciudad de Córdoba (reedición), en *Guía Cultural de Córdoba*, N° 8, Córdoba, 1981.

Luis de Tejada - Homenaje en el Tercer Centenario de su muerte (1680 - 1980). Córdoba, 1981.

Análisis crítico del “Ensayo sobre la genealogía de los Tejedas”, en Luis de Tejada - Homenaje en el Tercer Centenario de su muerte (1680 - 1980), Córdoba, 1981.

Mayo, como realidad histórico-jurídica, en el diario “Tiempo de Córdoba”, el 24 de mayo de 1981.

Imágenes retrospectivas de la zona Este de Córdoba, en Memoria del Ejercicio 1980 del Banco de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 1981.

Obras teresianas de Córdoba, en el diario “La Prensa”, Buenos Aires, el 13 de diciembre de 1981.

La Universidad de Córdoba y la Generación del 80, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba (en prensa).

Córdoba, Plaza de Armas de la Gobernación del Tucumán para la defensa del Puerto de Buenos Aires, en colaboración con la licenciada Mireya Cecchini (en prensa).

Fundamentos Jurídicos de Mayo, en Anales, ANDCS, Córdoba, 1983, t. 21, págs. 115-120.

Algunos Aspectos de la vida jurídica en Córdoba en los siglos XVI al XVIII, en Anales ANDCS, Córdoba, 1979-1980, t. 17-18.

Palabras del Dr. Carlos A. Luque, en representación de la familia

Hoy, Carlos Luque Colombres cumpliría 100 años. Para la mayoría de los aquí presentes, el doctor Luque Colombres. Para nosotros, sus nietos, Tati, nuestro querido abuelo. En este, su homenaje, queremos recordarlo con aquella enseñanza que nos decía: que en la vida, hay que fabricar y atesorar los buenos recuerdos.

No pudimos tener mejor maestro; nos transmitió sus sabias palabras y al mismo tiempo nos acompañó en la construcción de aquellos pasajes de nuestras vidas, que tanto nos enriquecieron como personas.

Nos inició en eso de mirar al cielo e identificar las estrellas: la Osa Mayor, las Tres Marías, Marte, Venus, la Cruz del Sur... También a mirar con atención la Luna llena, para explicarnos que las manchas de su cara visible son la representación de José y María en el burrito, yendo a Belén.

El nos enseñó a admirar la inmensidad del mar, en esas caminatas matutinas en Punta del Este o Iquique. Las charlas sobre el origen de las olas y su vaivén interminable, llamaron nuestra atención. Los castillos de arena, que llevaban varias horas de paciente y laboriosa construcción, fueron nuestra mejor proeza, luego de mucho tiempo recogiendo palitos de helado y etiquetas de cigarrillos, para elevar puentes y estandartes.

Tati nos enseñó de esos grandes de la historia y la literatura, como El Cid Campeador y su Babieca, o sobre El Quijote y su siempre fiel Rocinante. Charlas sobre reyes y reinas, guerras, sucesiones y linajes, constituyeron largas horas de constante atención.

Nuestras visitas a Derqui (su casa) tenían (y tienen) la tentación irresistible de entrar a su escritorio. Pasábamos (y pasamos) horas en ese especial lugar, inmersos en su mundo de libros, de papeles, de fotografías, de armaduras y de espadas. Esas espadas que un buen día él decidió que tenían un dueño. De esta manera, varios de sus nietos -los mayores- pasamos a ser propietarios de aquellas que alguna vez habían pertenecido a Pipino, al Conde de tal lugar y así...

Y qué decir de la colección de soldados que todavía ocupan un lugar de privilegio en su escritorio. Los lavábamos junto con él en cada visita, para luego ponerlos en situación de batalla. Siempre con los Cruzados en clara posición de ventaja frente a los Moros.

Siempre nos inquietó la presencia fantasmal de Sebastián, el duende que vive en su escritorio, dentro de un hueco, al que se accede por una pequeña puerta al lado de su máquina de escribir. Invariablemente, Tati mantenía cerrada la puerta de acceso al mundo de Sebastián, y sólo la abría cuando no había nadie junto a él.

Tampoco podemos olvidar las melodías que tocaba en su órgano con ritmo de jazz, bossanova o fox-trot. Nunca supimos si había ido a clases para aprenderlas o las sabía por esa infatigable y tenaz actitud autodidacta que lo llevó, por ejemplo, a estudiarse casi de memoria el idioma alemán.

Paciente y confidente de algunas de sus nietas, adulador de todos, siempre tenía tiempo para nosotros; sólo había que saber encontrarlo. Quizás ese momento se alcanzaba interrumpiendo su lectura o acompañándolo en sus infaltables caminatas por San Lorenzo. El siempre, e indefectiblemente, con su sombrero y bastón en mano. Esos instantes con Tati podían ser, también, levantándonos temprano y acompañándolo en su puntual desayuno -con huevo revueltos- o al momento de su martini del mediodía, que siempre nos dejaba probar.

En los almuerzos eran recurrentes los diálogos con rima, que nos hacían reír y pensar. Así como el juego de las siete diferencias y las adivinanzas. De todas maneras, también estar en la mesa con él era un buen momento para aprender. Los libros debajo de los brazos o encima de la cabeza, para no volar y estar derechos, fueron un clásico que se repetía una y otras vez.

En este sentido, no podemos dejar de recalcar la gran afición que Tati tenía por los juegos de palabras. Morena Velazco de Gerdel, Job Aro del Panal y Tinino Juárez Riquelme pudieron ser, sin lugar a dudas, personajes históricos y probablemente de la época colonial. En realidad, son anagramas realizados con las letras de los nombres de sus yernos.

La misma combinación de vocales y consonantes con las que jugó, para hacer lo mismo con el nombre de sus hijos y nietos. Así encontramos, por ejemplo, a Franco Sollaso, a Quelita Curvió, a Oscar Fritz Ceimann, a Sara Romelia Dior, a María Guezentinen y a muchos más... Esta, como otras, fue una de las tantas genialidades de nuestro abuelo.

Cuando éramos chicos, el cuento del huevo, que terminaba con cosquillas en la panza, nos hacía llorar de la risa; su imitación de Caperucita Roja haciendo las voces de los personajes era genial; sus manos convertidas en animales que nos atacaban o que se convertían en bailarines de jazz, resultaron algunos de sus mejores momentos de actuación.

Son tantos los recuerdos, que podríamos quedarnos horas refiriéndonos a ellos.

Qué decir, por ejemplo, cuando con una servilleta imitaba una “oreja” que lo escuchaba, en clara alusión a que muchas veces contaba algo y nadie le prestaba la correspondiente atención.

Cuánto podríamos decir también, de sus salidas a caballo (siempre en uno llamado Cubano), por el jardín de Betanzos, en San Lorenzo. En esos veranos, cuando caía la tarde y la mayoría de nosotros volvíamos de nuestras andanzas, estaba pendiente para escuchar nuestros cuentos. Lo mismo sobre los principales sucesos de las olimpiadas veraniegas y de las típicas cabalgatas sanlorenceñas.

Tanto es lo que tenemos para recordar... Por ejemplo los relatos de los partidos de su idolatrada Gabriela Sabatini y de su fanatismo por “Bover” mezcla de Boca y River, para no defraudar a nadie, nos hace reír hasta el día de hoy.

Acompañarlo a la Universidad y a Misa -él siempre impecable, como todo un caballero- fueron momentos que disfrutamos mucho.

Un humor y paciencia inigualables, un cariño irremplazable...

No podemos continuar con este especial recuerdo de Tati sin homenajear también a nuestra querida abuela Negri.

Recordamos a Tati mirando a los ojos de Negri; conversar y compartir momentos con ella es estar, simultáneamente, ante la presencia de él. Es algo mágico, ejemplar; difícil de explicar. Y no hay mejor prueba del amor que construyeron, durante más de 50 años, que el fruto de la familia que formaron.

Cinco hijos, 25 nietos y 30 bisnietos son el más acabado de los ejemplos de este amor.

Si Tati estuviese festejando su cumpleaños con nosotros, dejaría de ser el centro de los homenajes y la pondría a Negri en ese lugar de honor. Seguramente, le hubiese recordado:

*Fue en un mes de enero.
noche inolvidable, venturosa,
cuando dijiste "sí, quiero"
a mi propuesta ansiosa
de que te convirtieras en mi esposa.*

*Ese día cumplías
diecinueve años. Eras como ahora,
cariñosa; y tenías
aquello que enamora,
aquello que hoy recuerda quien te adora.*

*A todo renunciaste
por quien era tan sólo un soñador;
y todo lo dejaste
con ánimo y valor,
con confianza en Dios Nuestro Señor.*

*Y comenzó un buen día
nuestro andar por caminos y senderos,*

*y en nuestras travesía,
también como viajeros,
los hijos, entrañables compañeros.*

*Y seguimos andando
bajo cielos a veces tormentosos,
pero mil gracias dando
por aquellos gloriosos
tachonados de estrellas, luminosos.*

*Los años han pasado,
pero no el primitivo sentimiento,
el cual fue acrecentado
por vivir a tu lado
compartiendo alegría y sufrimiento.*

*Los días deleitosos
y aquellos otros juntos compartidos,
tejieron, amorosos,
los tiempos ya vividos
como espero serán los no venidos.*

Podríamos terminar de muchas maneras este homenaje a nuestro querido abuelo. Qué mejor manera de hacerlo recordando la especial bendición que nos daba, cuando éramos chicos, antes de ir a dormir: “Que Dios Atica; que la Señora de la Tiza nos haga morir de risa”.

Con el más grande de los cariños,

Tus nietos

HOMENAJE AL DR. ALFREDO L. ACUÑA

Palabras del académico de número Efraín Hugo Richard en el acto del 1º de septiembre de 2009 dispuesto por resolución de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba para rendir homenaje en ocasión de los 100 años del natalicio del académico honorario profesor consulto Dr. Alfredo L. Acuña

Con la venia del señor presidente.

Señora rectora, señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, señores académicos, familiares del profesor consulto Dr. Alfredo L. Acuña, señoras y señores profesores, señoras y señores:

Un septuagenario saluda y homenajea a un centenario, en señal de respeto por su vida personal y académica, y formula el agradecimiento por los dones concedidos al Dr. Acuña, sugerido por el padre Dellaferrera en su homilía en la misa con la que se abrió el acto.

La Academia viene hoy a honrar la vida y obra de uno de sus miembros de número, como es costumbre, al cumplirse 100 años de su natalicio.

Por primera vez lo hacemos en vida.

Este tradicional homenaje tiene especiales connotaciones en este caso, que se suma a lo acontecido hace muy pocos días en la hermana Academia de Buenos Aires respecto al Dr. Linares Quintana. El homenaje que normalmente se practicaba a los 100 años del natalicio del académico, era un recordatorio de lo habían sido en vida fallecidos compañeros.

Ahora dos casos marcan los tiempos que vivimos, del avance de la ciencia, de la prevención sobre la salud.

Longevidad que está vinculada a especiales características de los hombres, no sólo en la ciencia y en la prevención, sino en ciertas cualidades humanas: la calidad de vida, la energía de trabajar en lo que es la vocación profesional y de servicio. De trabajar con alegría, haciendo el

bien descartando lo incorrecto en la rigidez ética de su vida. La felicidad del pensamiento creativo, alejándose del pesimismo y de la maldad.

La longevidad es un signo de la época que impone revisar conductas públicas y privadas.

Sin duda a ello se agrega las condiciones en que ha desarrollado la vida nuestro compañero: su entorno familiar, la calidad ética de vivir como sintió, con su mente y corazón libres de envidia, de rencores, de egoísmo, pues expresó públicamente sus ideales y los sinsabores, sin dejar que ellos hicieran mella en su cuerpo ni en su espíritu.

Por eso tengo el regocijo de rendir este homenaje en vida de mi colega el profesor consulto de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Alfredo Luis Acuña, quien vivió intensamente, con vehemencia, acumulando actividades y gestiones desde su juventud.

Es este un tradicional recordatorio sobre lo que hizo y nos dio cada académico. Es una exteriorización de respeto a una conducta, a una vida dedicada, y si bien no ha podido desplazarse para recibirlo, lo hago frente a esa familia, a la que hoy hemos alterado su reunión de los martes al lado del patriarca.

Así rindo homenaje a los que le dieron ese afecto, a los que ya se han ido, sus señores padres Carlota Novillo y Juan Carlos Acuña, a su señora esposa Emma Leticia Aguiar y a su hija menor Raquel.

Lo hago públicamente a sus hijos Beatriz, Leticia, Nilda, Alfredo y Sofía, con su prolífica descendencia de 24 nietos -uno abogado- y 21 bisnietos.

A ustedes, como familia, agradecemos la presencia terrenal de nuestro miembro, y excusamos de haberlos traído hoy martes, impidiéndoles reunirse a esta hora con nuestro homenajeado. Pero en la ausencia del mismo traen a este recinto su presencia con su afecto y contención de una familia comprometida, también en sus vínculos con la Universidad.

Es longevo y fue precoz. Nació en Córdoba el 9 de septiembre de 1909. Cuatro años antes que lo hicieran sus colegas y mis maestros: Cámara y Quintana Ferreyra, ya en la inmortalidad del mundo de las ideas, pero que integraban una generación que signó nuestra Universidad, y que con su dinámica grupal me favorecieron permitiéndome compartir fuentes interdisciplinarias de extremo rigor académico y ético. Ellos acompañaron a Acuña en la creación del Instituto de Derecho Aeronáutico y Comercial y en su elección como su primer director.

No es del caso referirme en detalle a sus antecedentes curriculares, lo que sin duda hará Luis César Romero Basaldúa, ni a la historia de la cátedra y del Instituto, lo que hizo el miembro de número Ramón Pedro Yanzi Ferreira en reciente sesión, que se registrará en los Anales, pues no quiero agobiarlos con los innumerables detalles de su actividad, para detenerme en algunas pinceladas sobre su vida y su significación en la urgencia de la vida diaria que nos impide mirar en rededor.

Estos homenajes permiten también -o lo imponen- una mirada reflexiva desde estos ámbitos académicos para repensar los sistemas de enseñanza universitaria, cuando no los políticos, sociales y económicos en que se ha desarrollado la vida de los maestros y el futuro.

La gente joven debe conocer las personalidades que forjaron nuestra Facultad de Derecho y el sistema judicial, cuya historia suele ser acallada por las urgencias del momento, por la velocidad o por la vacuidad con que se vive.

Señalaba que nuestro longevo homenajeado vivió precozmente su protagonismo académico, y también así se alejó para refugiarse en la Academia y sus afectos personales, dejando la posta de la cátedra a cargo de sus discípulos.

Bachiller a los 18 años, abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad a los 23 años, doctorado a los 27 años, recordando él mismo que fue su suegro el Dr. Henoch D. Aguiar quien le estimuló a la carrera docente e investigaciones para elaborar la tesis doctoral: *Ensayo de unificación de la teoría de la culpa en el derecho marítimo*.

Vivió con sus propias urgencias y así alcanzó la titularidad de la Cátedra de Derecho de la Navegación y Legislación Aduanera a los 28 años -que tuvo en su vida numerosos nombres y cambios de contenido- hasta 1946, en que fue separado indebidamente del cargo por sus ideas políticas y su intransigencia a acuerdos espurios. Era radical y amigo personal del Dr. Illia.

Por ello, la titularidad le fue devuelta en noviembre de 1955, y luego por concurso de antecedentes en 1958, ejerciéndola hasta 1974, o sea hasta los 65 años donde la Universidad, a veces, abandona a catedráticos que aún pueden dar mucho para la generación de discípulos o profesionales.

Matizó su vocación docente no sólo con la enseñanza universitaria, sino en su juventud con la secundaria. Fue profesor de Historia y Geogra-

fía a los 24 años en varios colegios y en la Escuela Superior de Comercio de la Universidad.

El prestigio ganado como jurista y profesor, su equilibrio, capacidad de trabajo, sencillez y energía lo llevaron a desempeñar altos cargos directivos en la Universidad en épocas difíciles, donde actuó con particular resguardo de lo académico. Recibió los mayores lauros como reconocimiento directo a su labor desde la cátedra, siempre con ese rígido patrón de conducta que se imponía para sí como exigencia propia, con una fuerza particular que emanaba de sus conocimientos, de su fe y de ustedes, su familia, siguiendo un camino de eticidad en el trabajo profesional y el cumplimiento de los deberes ordinarios del cristiano.

De obrar calmo, pero firme y sereno, no buscó los aplausos ni el consenso, conservando orgullosa y calladamente sus ideales y propósitos, que ejercía como ejemplo de vida, lo que le ocasionó más de un disgusto.

Era claro en sus propósitos, que esgrimía con firmeza y justificaba ante la crítica, la que aceptaba en cuanto leal y franca. Escuchaba con calma, con gesto adusto, pero era punzante y duro en las respuestas ante las pretensiones inadecuadas.

No sólo como profesor se distinguió, sino que se interesó en la vida institucional de la Facultad, pues vivía con pasión la Universidad en su vocación jurídica, centrando su actividad en la Cátedra y el Instituto, pero a su vez fue consejero a los 32 años, y luego de su injusta separación como docente, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a los 46 años, desde 1957 hasta 1962, incluso electo por el Honorable Consejo Directivo.

Fue designado director del Instituto de Derecho Aeronáutico en forma inmediata a ese retorno en 1955 y luego del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación, que más tarde se desdobló y en 1973 en su carácter de director de ese Instituto de Derecho Aeronáutico 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 ese mismo año fue designado representante de la facultad en diversos eventos internacionales y nacionales, pero casi coetáneamente se le generó disgusto alejándole de aquella dirección sobre lo que volveré.

Participó en múltiples congresos, jornadas, simposios locales y nacionales de la especialidad. Le gustaba viajar y su dominio del inglés se lo

facilitaba, manteniendo vínculos directivos con la Asociación Argentina de Cultura Británica y con IICANA Córdoba, como así también con asociaciones geográficas nacionales e internacionales.

En estas alocuciones nos refugiamos en el recuerdo. Es la reacción ante la pérdida del futuro, la vuelta al pasado. Y en ese recuerdo, instintivamente, la memoria vuelve a momentos señeros de nuestra vivencia, los que constituyeron nuestra relación con el homenajeado.

Tres ejes vinculares tuve con el profesor Acuña. Por supuesto desde mi incorporación a la Academia, donde él era miembro de número desde el 11 de agosto de 1959, ocupando el sillón Nicolás Berrotarán. O sea que también estamos conmemorando 50 años de ese acontecimiento, la mitad de su vida. Desde mi incorporación me alentó en todo momento, incluso en la constitución del Instituto de la Empresa.

El segundo, referido a su dirección del Instituto de la Facultad, pues cuando concursé como auxiliar de investigación del Instituto que dirigía nuestro homenajeado, nos encontrábamos semanalmente en el local del mismo en calle Laprida 50.

Por eso, cuando se me encomendó la misión de este homenaje no lo tomé como carga sino como un goce al abrir el cofre de los recuerdos.

Como olvidar su férreo y correcto ejercicio de la dirección del Instituto, donde signaba su jefatura con inestimable esfuerzo -no fácil- de mantener año tras año la altura científica de nuestra Facultad dentro de los precarios medios que se otorgaban. Allí nos daba frutos de sus saberes científicos y su desbordante y activo esfuerzo en la mesa redonda que imponía todas las semanas durante cuatro horas. Y digo que “imponía”, pues encerraba en el Instituto a los integrantes de la Cátedra y del Instituto, incluso a los noveles auxiliares: Samuel Linares Bretón, Luis Agüero Piñero, Elías Steinchraber y a quien les habla. Bajo sus órdenes, el fallecido ordenanza -el “Chueco” Ríos- nos saturaba a mate cocido, café y agua, o cubría los encargos con el mundo exterior.

Qué lejos de los tiempos actuales donde se pone en duda si ciertos profesores tienen obligación de dar clase, dando ejemplo con la conducción diaria de los grupos de docentes tanto en lo sustancial como en lo pedagógico, generando discípulos, trabajando con los adscriptos futuros profesores. Acuña aglutinaba, exigía pero se exigía a él mismo.

Un tercer recuerdo, anterior en el tiempo. Había tomado contacto con él, en Tribunales, a través de Jorge Henoch Aguiar, su cuñado, con el

que compartí funciones en la Dirección de Asuntos Legales del Banco de Córdoba -al pasar recuerdo que Acuña fue abogado de ese banco a los 29 años por un bienio-. Dije que tomé contacto con el Dr. Acuña en Tribunales donde se desempeñó vocacionalmente como escribiente *ad-honorem* desde los 19 años, pasando a los 31 años como asesor letrado, para -luego del mismo interregno que lo alejó de la cátedra- ser reconocido como vocal de cámaras donde ejerció justicia desde 1961 hasta 1973, cuando se retira por jubilación. Vuelvo a ese contacto, en esta última función le visité en su despacho pocos días después de quedar a fallo un expediente, recibíendome gentilmente pero expeditivamente, y con cierta picardía subrayarme lo superfluo de la entrevista al comentarme que la sentencia se estaba “pasando” -de la versión manual que había escrito un escribiente la mecanografiaba en una máquina no eléctrica- y que la conocería en pocos días, aunque como yo conocía el derecho podía predecir el resultado, dando por terminada en forma cordial la lacónica entrevista. La ejecutividad de su actuación, no sólo en este caso, era notoria y contrasta con los tiempos actuales.

Cuando fue sancionado por sus ideas políticas en Tribunales y la Facultad, encauzó su vocación de abogado en el estudio jurídico de su suegro Dr. Henoah D. Aguiar entre los años 47 al 55. Fue su refugio ante los ataques políticos, justo cuando nacía su quinta hija Sofía.

En estas honras a su labor, apunto que mantiene una conciencia limpia, sujeta a una alta escala de valores éticos, como ciudadano ejemplar de la República que amó el derecho y que supo enseñarlo y transmitirlo vinculándolo con su especialidad. No hay aquí lugar para aludir a otros trabajos y responsabilidades que asumió y a los honores y galardones que mereció por su vida, tan llena de los más variados quehaceres en su plural condición de profesor universitario, jurista, magistrado e intelectual, abierto y coherente a su vida comunitaria y familiar, en el contorno de su convicción religiosa.

No puedo expresar en esta breve alocución quién es Alfredo Luis Acuña, hoy en su reposo de longevo. No voy a hablar de su inteligencia, de su expresión precisa, de su disposición siempre al diálogo, de su sentido del humor, a veces punzante y severo. No insistiré en que era un trabajador incansable, que contagiaba con su energía, donde su tranquilidad -pero al mismo tiempo unida a una firme posición de conducción- imponía conductas y respuestas a los que le rodeábamos.

Los años nos alejan del mundo, nos generan una vida interna, a veces difícil de aceptar por los otros. De la alegría comunicativa, con guitarra y canto de folclore amenizando reuniones, al silencio que nos acongoja o nos hace sentir lejanos. Deportista, practicó el tenis mientras su brazo se lo permitió, luego golfista, que lo llevó a ser presidente del Golf Club, son características de la vida público-privada del académico que honramos.

Ya retirado siguió ejerciendo funciones muy activas y honorarias en el Patronato de Liberados, visitando las cárceles y atendiendo entrevistas donde se jugaba la posibilidad de libertad anticipada.

Afecto a las obras de caridad y católico practicante, las ejerció vincularmente con la parroquia de Villa Allende, donde mantiene su residencia.

La Academia lo resguardó de los vaivenes políticos o de las influencias ocasionales y hoy tengo el honor de destacar su paso por los claustros y aquí refugió sus últimas actividades académicas, hasta su retiro a Villa Allende desde donde disfruta los afectos de familiares y amigos en su condición de académico honorario.

Son las largas despedidas de cuerpos frágiles -por felicidad- que se van apagando con silencios o lejanías cada vez más intensos, mientras los descendientes deben asumir los roles que se van dejando y acompañan con la mejor atención los silencios o incongruencias del largo viaje hacia la eternidad, al que los viejos nos venimos preparando, contemplando las generaciones de sangre y las generaciones vocacionales que motivamos.

El retiro universitario a los 65 años, a veces alargado en pocos años, que se impone casi con generalidad, debería ser revisado. No para mantener la educación de grado, pues los titulares de no haber creado discípulos no pueden justificar ser mantenidos, y de haber creado discípulos deben asegurar el desarrollo de éstos. Pero tenemos mucho espacio para mantenernos vinculados útilmente en función de las actividades que sigamos desarrollando, además de la utilización de nuestra experiencia, de nuestros consejos, incluso a través de formas honorarias.

En relación a Alfredo Acuña me basta señalar que dos de los actuales titulares, uno de los cuales expondrá a continuación, me señalaron que fueron sus alumnos en el grado. O sea que generó vocaciones y descendencia académica.

Recrear la idea a través de las palabras de quien recordamos, implica un faro que ilumina el camino a recorrer, devolver la esperanza sobre

el rol del derecho. Por eso sufrí lo que creo Acuña -tenaz catedrático- debe haber sentido cuando denunció severa pero noblemente sus injustos alejamientos de la Cátedra en el año 1946 y luego particularmente del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial en el año 1973. Lo hizo en su disertación-ensayo “Derecho aeronáutico y espacial”, publicado en Anales de la Academia del año 1976, tomo 16, pág. 1178 -donde lo leí-, asentando la primacía de nuestra Facultad en cuanto que fue la primera que introdujo en su plan el derecho aeronáutico, que defendió desde fuera de la Facultad cuando fue cesanteado, señalando -lo que recojo textualmente “que fue sustituido indebida e ilegalmente de la Dirección del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial. No encontré eco favorable para escuchar mi protesta en quienes ejercían la autoridad universitaria a fines del año 1973. Discretamente he guardado un relativo silencio porque espero la aclaración justiciera que corresponde a mi situación”, y hoy se la brindamos.

Sin duda su reconocimiento como profesor consulto en el año 1981 implicó una tácita aclaración, pero a cualquier evento quiero dar testimonio público -como aclaración justiciera- de su esforzada labor en el Instituto en los tiempos que le conocí, labor digna de ser imitada en estos tiempos en que la masividad de la Facultad requiere especiales esfuerzos.

Frías señala en sus *Conductas públicas*: “*Si la gestión no es transparente, toda la sociedad es inducida a la corrupción...*”, sosteniendo inicialmente que deben hacer “conductas ejemplificadoras” desde la sociedad que “*El político -el académico agregado- debe tener en claro los valores intermedios y finales de toda agrupación humana para rectificarlos a fin de servir el bien común, que es comunicable a todos, para que cada uno pueda conseguir su realización*”.

Ante la aparente decadencia del porvenir, ante la aparente inexistencia de un sentido de pertenencia colectivo, con falta de sentido de lo venidero por cuanto se trabaja sólo en la coyuntura y en conciencia de la crisis, aparece como un faro el pensamiento crítico. Acuña manifestaba una expresión llana, sin el lenguaje críptico con el que suele envolverse las propuestas engañosas. Practicó la autodisciplina como una virtud a la que debe volverse como compromiso con la comunidad para la convivencia.

Señores académicos espero haber cumplido la encomienda de honrar en el centenario de su natalicio a nuestro miembro de número, hoy honorario.

Gracias estimada familia de nuestro académico Alfredo Luis Acuña por contenerlo en su retiro, esperando puedan transmitirle lo aquí acaecido y muy particularmente mi testimonio de lo que ha representado para la Universidad signando conductas. Mi especial reconocimiento.

Palabras del profesor Dr. Luis Romero Basaldúa

Palabras de homenaje, y en nombre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en el 100° aniversario de su natalicio -en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba- 1° de septiembre de 2009.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés, Sr. secretario Dr. Julio Altamira Gigena; señora rectora de la Universidad Nacional de Córdoba, Dra. Carolina Scotto; Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, profesor Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira; Sr. director del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación, Prof. Dr. Efraín Hugo Richard, Sres. profesores, autoridades; miembros de la Honorable Academia, señores, señoras.

Es frecuente que un maestro del derecho presente, con el aval y prestigio que ello implica, a un discípulo, en un acto académico o en el prólogo de un libro del que así se inicia. También en un certamen científico, en un simposio o congreso, que se presente al aplicado alumno o al discípulo, necesitado de estímulo.

Lo que no resulta tan corriente es que quien se siente su discípulo, presente palabras de homenaje al maestro en su aniversario, su centésimo aniversario, celebrado por todos los que con respeto y amistad, se regocijan de este merecido tributo, como el que se brinda al Sr. profesor consulto don Alfredo Acuña por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales a su miembro de número. No cuando tantos otros, sus pares, resultan académicamente también habilitados para tan grato cometido.

Agradezco a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba haber sido designado para, en su nombre, disfrutar del singular honor de referir brevemente, a la personalidad del homenajeado, su ex decano y reconocido profesor, ya maestro de maestros.

En realidad, Alfredo Acuña, nuestro profesor y el de todos los que en nuestro medio y allá por los cincuenta, sesenta y setentas aspiraban a encarar con seriedad y rigor científico el estudio de ese apasionante mundo jurídico que es el Derecho de la Navegación -nuestro profesor digo- no necesita ya de una nueva presentación.

Bien prestigiada está la comunidad universitaria y estudiosa de Córdoba y en esta parte de América y desde hace muchos años, por la acción del homenajeado, en el ancho mundo del Derecho de la Navegación por Agua y también en el Derecho Aeronáutico y Espacial, que gracias a su persistente prédica en la cátedra, llevó a considerar a Córdoba como referente inexcusable en los progresos y esclarecimientos jurídicos de nuestra disciplina,

La actuación universitaria del profesor Acuña como miembro de su honorable Consejo Directivo, como profesor de la materia Derecho de la Navegación, también como director del Instituto de Derecho Aeronáutico de la Universidad Nacional de Córdoba, y ex decano de la Facultad, son bien tenidas en cuenta y, por su opinión rectora, su experiencia, su cultura -no sólo jurídica- volcada en sus clases magistrales a sus alumnos, en la actuación en congresos, muchas veces por él presididos, en fin fue un primer antecedente y deleite para el espíritu en cientos de egresados, así iniciados en los elementos del Derecho de la Navegación Marítima, Aérea y Espacial.

Nuestro profesor, el Dr. Alfredo Acuña, nació aquí en la docta Córdoba, el 9 de septiembre de 1909. Hijo de Juan Carlos Acuña y Carlota Novillo. Más adelante casó con Emma Leticia Aguiar, hija del ilustre profesor civilista, y dio a luz a la reconocida y destacada familia actual, a cinco hijas y un hijo varón.

Su bachillerato, en el Colegio de la Inmaculada Concepción, colegio jesuítico de Santa Fe, de donde egresó en 1927, lo afirmó en su formación cristiana dada ya en el seno tradicional de su familia. Siempre ha sido un católico practicante. Fue el sexto de entre los nueve hermanos varones, quienes, todos profesionales, también algunos pasaron como profesores de nuestra común y querida Universidad Nacional.

Egresó como abogado en la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la misma, donde como alumno hizo rápida carrera entre 1928 y 1932, año de su título de grado.

Pero sorprende además su juventud al tiempo de la obtención de su doctorado, ya que sólo contaba por entonces con 28 años, en 1936, al ser

aprobada su tesis doctoral sobre “Ensayo de unificación de la teoría de la culpa en el derecho marítimo”, tema central, decisivo y fundamental en las ramas del derecho y siempre polémico en la materia de su predilección, el tradicional y venerable derecho marítimo, máxime en aquellos años, anticipatorios ya de nuevas tecnologías navegatorias.

Su actuación académica y docente en la Universidad fue muy destacada y será motivo de nuestras palabras, pero deben recordarse antes sus primeros empleos, escalones en la carrera tribunalicia, *ad honorem* en 1928 y 1929 y escribiente hasta 1933, luego como asesor letrado entre 1940 y 1947 y más tarde ante su merecida reincorporación al Poder Judicial de la Provincia, como vocal de cámara (de 1955 a 1960) y vocal de cámara de paz letrada (desde 1961 hasta 1973), cuando se retiró por jubilación.

También ejerció la profesión de abogado, como letrado auxiliar de la Oficina de Asuntos legales del Banco de Córdoba entre 1938 y 1940. Y desde 1947 a octubre de 1955 se desempeñó junto a otros abogados muy reconocidos, como socio en el estudio jurídico del Dr. Henoah Aguiar.

Fue profesor de historia y geografía argentinas en el Instituto Modelo Italiano (1933-1935) y de geografía general de Europa, en la Escuela Superior de Comercio Manuel Belgrano de la Universidad, entre 1939 y 1946. También profesor de geografía argentina en el Colegio San José de Córdoba, publicando su trabajo “Hidrografía de Europa” en 1942.

Cultivó y enseñó el idioma y la cultura inglesas, siendo miembro de la Sociedad Geográfica Americana, de la National Geographic Society de Washington, de la Asociación de Cultura Británica de Córdoba y del Instituto de Intercambio Cultural Argentino-Norteamericano (IICANA) de nuestra ciudad.

Pero su vida universitaria, su pasión y la versación demostrada al servicio de la materia de su predilección: el derecho de la navegación, hizo al profesor Acuña trascender pronto con su nombre los límites de Córdoba y luego los del país. Y a ello me quiero referir.

Desde su temprana tesis referida, en 1936, hasta su designación como profesor consulto de la Facultad de Derecho en 1981, una larga, prolífica y fecunda labor cumplió el profesor Acuña en la Universidad y en el mundo del derecho de la navegación, del país y de esta parte de América.

Así, en una primera etapa debe recordarse que, ya por concurso de oposición y antecedentes fue profesor titular de “Derecho Marítimo y

Legislación Aduanera” como se denominaba nuestra materia desde 1938 a 1942. A partir de allí y gracias a su prédica esclarecida en la Facultad, la materia pasó a denominarse “Derecho de la Navegación Aeronáutica y Marítima”, cátedra en la que se desempeñó hasta 1946.

Reintegrado a la cátedra universitaria, en el período de *rejerarquización* de la Facultad de Derecho y por antecedentes, ocupó la titularidad de la Cátedra de Derecho de la Navegación, Aeronáutica y Marítima, con una mayor extensión dada a la navegación por aire, a pesar de haber nacido esta parte sólo hacía menos de un siglo y después de la marítima, que acompaña al hombre desde su civilización y de haber adoptado la mayor parte de sus principios e instituciones. A poco andar, en 1969, el programa reconoció el necesario estudio de lo que Acuña llamó Derecho Aeroespacial.

El profesor no fue ajeno desde su inicio al gobierno de la Facultad. Así, se desempeñó como miembro del Honorable Consejo Directivo desde 1941 a 1946 y en 1957 fue designado decano de la Facultad de Derecho, cargo que por posterior elección de los claustros universitarios se extendió hasta 1962. Y esta responsabilidad fue ejercida en esos momentos de la Universidad argentina que como recuerda Horacio Sanguinetti, fueron los años de oro de la misma, los años 60, los del sesquicentenario de la Revolución de Mayo, donde Acuña, representando a Córdoba, concurreó a Buenos Aires como titular de las “Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación”, en la Universidad de Buenos Aires, luciendo en los debates junto a tantos grandes profesores argentinos y extranjeros, llegados desde todo el mundo. Se encontraba entre ellos el ya proyectista de lo que fue el modelo de la hoy ponderada Ley de la Navegación, el Dr. Atilio Malvagni, llegando a ser miembro correspondiente de institutos y academias allende nuestras fronteras.

Pero ya veinte años antes del sesquicentenario, en 1940, participó del “*Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial*” celebrado en Buenos Aires, como delegado de nuestra Facultad, alternando con Yadarola, Ramón Castillo, González Gowland y Bengolea Zapata, también maestro de maestros. Luego actuó como delegado de la Facultad al *Congreso Nacional de Derecho Aeronáutico* de 1942, y mostró al país las ideas pioneras que ya en nuestra Universidad se brindaban en cuanto al estudio de esta interesante parte de la enciclopedia jurídica.

Participó en la Organización de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación en 1973, en la ciudad de la que fuera la

patria de otro grande, Santa Fe, la del recordado profesor Federico Ortiz de Guinea.

Junto al profesor litoraleño mencionado, a Videla Escalada, Rodríguez Jurado, Simone y tantos otros, se destacó en memorables debates donde, como alumno, asistí a las sesiones de las “II Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial”, por él organizadas en 1968 y con singular éxito en Córdoba. La presidencia la ocupaba Alfredo Acuña.

Las III Jornadas Nacionales en la Universidad del Salvador, las IV Jornadas en la Universidad de Morón, etc. y los numerosos certámenes en Iberoamérica, Italia, España, de esa materia de su particular dedicación, el derecho aeronáutico, lo tuvieron como permanente y valioso animador.

Siempre en cada caso, el Instituto de Derecho Aeronáutico primero y el Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación después, en ambos casos y desde 1956, participó con importantes trabajos científicos, realizados bajo la segura dirección de Alfredo Acuña, quien renovó el cargo de director del renombrado Instituto de la Facultad, rodeado de jóvenes juristas que con prolijidad y dedicación, llevaron a la bien ganada reputación y valía del mismo por su labor y frutos académicos. El Instituto de Derecho Aeronáutico, al que más tarde se le llamó agregándose en su nombre “y Espacial”, tuvo correspondientes en casi todo el mundo, en Montreal y en Washington, en Yakarta y en Moscú, y muchos autores capitalinos vinieron a colaborar y a publicar en la renombrada *Revista del Instituto*, con regularidad envidiable. En los primeros años, la Revista fue acompañando la labor de la Cátedra y de un singular grupo de estudiosos, bajo la segura dirección de Acuña.

La producción intelectual del profesor Acuña, paralela a su natural condición profesoral, fue constante y esclarecedora.

Desde su tesis ya nombrada, de 1936, son muchos sus trabajos científicos, algunos he de nombrar aquí por caso:

1. “Evolución histórica del concepto la responsabilidad en el derecho marítimo”, 1936.
2. “Examen crítico de la institución del abandono”, 1937.
3. “Responsabilidad del propietario-armador en el transporte marítimo”, 1946.
4. “Elaboración de un Código Aeronáutico”, 1962.
5. “Derecho espacial. ¿Derecho interplanetario?”, 1963.

6. “Es posible lograr una mayor concordancia entre las fórmulas de indemnización por accidentes sufridos por pasajeros de aeronaves”, 1968.

7. “Convención de Tokio de 1963”, 1969.

8. “Derecho aeronáutico y derecho espacial”, trabajo publicado en la revista *Anales de esta Academia*, en 1977, etc.

Su actuación en la Asamblea General de la OACI, en Roma-Italia, en 1962 como delegado argentino; en el 1^{er} Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico, de Sao Paulo, Brasil, en 1965, y en otros certámenes internacionales, son muy recordados.

Integrando su Comité Jurídico, se desempeñó en la *Comisión Nacional de Investigaciones Espaciales*, y por su opinión y de otros destacados juristas, aquella comunicó ante una consulta, al *secretario general de las Naciones Unidas* que la distancia de 100 kilómetros, como límite superior soberano de la República Argentina, era lo que para nuestra nación resultaba aceptable.

En fin, Acuña, profesor por antonomasia, prestigió los claustros de nuestra Universidad, abrió ante los ojos ansiosos de sus colegas y discípulos el mundo nuevo del derecho aeronáutico y mas tarde del aeroespacial, dentro de la rama madre, que como bien se diría, es el derecho de las navegaciones.

Con señorío, con una vida completa dedicada al quehacer científico, supo llevar entusiasmo a las nuevas generaciones de abogados, por los temas de su cátedra y sus problemas jurídicos.

Se enteraron muchos, por su decir y por su empuje, que el derecho no acababa en un cerrado localismo y que la Universalidad del Derecho de la Navegación los pondría en contacto con un mundo cosmopolita, tan tradicional y tan promisorio. Como decía Pardessus: “*El derecho marítimo pasó las edades sin envejecer y hoy (1828) es el de las primeras épocas*”.

Cultivó no sólo la relación académica con colegas y alumnos sino la posterior amistad sincera y sin fronteras.

Su cátedra siguió el avance tecnológico de la aviación, nuevo capítulo del derecho aeronáutico y luego de la inicial actividad espacial, de los Sputnik I y Sputnik II. Se aprestó a acompañar jurídicamente con el derecho espacial, la llegada del hombre a la Luna, en 1969 y sus consecuencias jurídicas, anticipadas en su cátedra.

Enseñó su materia, trayendo anécdotas, historias reales y reflexiones que harían al “Derecho viviente” al decir de Antonio Scialoja.

Quisiera expresar quien habla, que en mi mente y recuerdos de estudiante se acumulan las imágenes del profesor homenajeado.

Lo recuerdo, yo de niño, en casa fin de semana de su familia, en la querida ciudad de Unquillo, jardín por medio de la de mis abuelos y padres, en la que luego sería propiedad de la familia Petit de Murat y Suárez Boedo y hoy el Club Unión Unquillo, por los años 40 y 50.

Lo recuerdo en sus clases de derecho de la navegación, los años 67 y 68, en el aula V del edificio viejo de la Facultad. Quien habla se sentaba usualmente en la primera fila, por lo que el día de los exámenes recordaba el profesor a sus adjuntos, que “ese alumno siempre viene a clase”.

Lo recuerdo cómo desde nuestras aulas mediterráneas intentaba incentivar en los alumnos, el peligro del mar, las borrascas, el aislamiento de la frágil embarcación, librada a la pericia de uno solo y así, conseguido ello, explicar el porqué de la asistencia y salvamento y de la contribución en avería gruesa.

Lo veo, llegar a clase, anunciando que hay más de 30 teorías sobre la naturaleza jurídica de un capitán a bordo y, ante la alarma general del alumnado listo a estudiarlas, nos tranquilizaba con una sintética estructura, y solución pronta y esperada.

Lo recuerdo, haciendo participar a toda la clase de simulados peligros afrontados por la navegación aérea y concientizado el curso, explicar el porqué de las aparentes y sofisticadas soluciones jurídicas, alejadas del derecho común, brindadas por el derecho de la navegación por aire, como diría Ortiz de Guinea.

En fin, Alfredo Acuña, nuestro profesor, quien prestigió la Facultad de Derecho de Córdoba, desde su condición profesoral innata, pero también como decano y conductor del grupo humano que lo acompañó en el prestigioso Instituto de Derecho Aeronáutico, está hoy nuevamente de fiesta, es el aniversario de su natalicio y entonces la Facultad, de la que formo hoy parte, como profesor de la materia, a la que el profesor homenajeando brindara toda su ilusión, desea unirse a este reconocimiento.

Quiero destacar fundamentalmente, la hombría de bien del profesor Acuña, su desinterés y desprendimiento que fueron constantes en el ejercicio de su magisterio, cosa novedosa en un mundo actual de sectores e intereses.

La vida del profesor Acuña, caballero circunspecto, se extraña en un mundo hoy tan cambiante.

Se hacen votos por contar siempre con profesores así, se felicita a quien celebra su cumpleaños y a su familia, cuyos miembros casi todos hoy están aquí presentes y en nombre de la Facultad y del mío propio decimos, me ha tocado una primera andanada en este homenaje. Queremos seguir todos, las singladuras en la trayectoria de su vida y con segura conducción llegar a buen puerto, a un merecido puerto seguro.

Muchas gracias a todos, al Sr. decano, quien me honrara con esta oportunidad, a sus familiares y amigos, a los miembros reconocidos de esta honorable Academia.

Nada más.

HOMENAJE A FLORENTINO V. IZQUIERDO

Palabras pronunciadas por el Dr. Luis Moisset de Espanés en sesión privada el 11 de agosto de 2009.

El pasado 4 de diciembre nuestro compañero, nuestro amigo, nos ha dejado cuando más necesario lo creíamos.

Hace ya algunos años nuestra Academia inició un plan muy ambicioso: crear en distintas regiones del país institutos que, bajo la dirección de alguno de nuestros miembros se dedicasen al estudio del derecho y las ciencias sociales. El primero de ellos, como una experiencia piloto, se estableció en la provincia de Santa Fe con dos sedes, una en la ciudad Capital de esa provincia y la otra en Rosario. Nacieron luego otros institutos; el segundo se radicó en la Región Cuyo, y a continuación se dio vida a un Instituto en la Región del Nordeste argentino.

Era un propósito de la Academia ampliar la base territorial del Instituto de Santa Fe para que comprendiera toda la Región Centro y a las primitivas sedes, que continúan funcionando actualmente, se sumasen sedes en Paraná y en San Francisco y habíamos depositado toda nuestra confianza en Florentino Izquierdo para que animara la vida de la sede que debía establecerse en esa ciudad del este cordobés.

Una semana antes del accidente vascular que lo privó durante varios meses de sus posibilidades de seguir proyectándose y culminó con su deceso, conversamos con él de este proyecto y el paso siguiente que pensaba dar la Academia era encargar a Florentino la organización del funcionamiento de la sede San Francisco.

Hemos sentido sobremanera esta ausencia porque nos quita la posibilidad de encarar esa tarea ya que no encontramos otra persona con el dinamismo, la sapiencia y el interés de participar que tuvo siempre nuestro querido Florentino.

No voy en esta oportunidad a hacer una pormenorizada relación de las actividades que pueden leerse en el currículum de nuestro querido Florentino, sino que me limitaré a recordar algunas de las tareas que realizamos juntos.

Florentino no alcanzó a graduarse de doctor porque estaba radicado lejos de los centros educacionales universitarios; lejos de Santa Fe y de Córdoba. En San Francisco, donde centralizó su actividad, no existían instituciones universitarias que le permitieran agregar a su actividad profesional, la actividad académica de un doctorado; sin embargo seguía siempre con el espíritu vivo con el propósito de alcanzar también esa meta. Son caminos que se trazan y se transitan con esfuerzo; aunque no se alcance la meta demuestran la fibra de una persona.

Poco antes de su enfermedad estuvimos conversando con él sobre un proyecto de tesis doctoral, pero como ustedes saben no es menester ser doctores, quizá es más importante ser doctos y Florentino, aunque no tuviese el título de doctor, era realmente un hombre docto. Se lo apreciaba en la calidad de sus escritos profesionales; eran verdaderos ensayos que reflejaban investigaciones sobre temas de los que pocos abogados prácticos se preocupan...

Contribuía de manera permanente en revistas jurídicas con artículos, notas y comentarios a fallos; además, anónimamente, había participado en concursos sobre temas que despertaban especialmente su interés. Por ejemplo, no puedo olvidar que la revista *La Ley* convocó a los juristas del país a que presentaran un trabajo sobre “la responsabilidad de los jueces”. Florentino se presentó con un seudónimo a ese concurso y el tribunal que debía discernir los premios, por supuesto que sin conocer quiénes eran los distintos candidatos sino apreciando solamente el valor de los trabajos que habían llegado a sus manos, concedió el premio al trabajo presentado por Florentino Izquierdo.

Ustedes deberían ver los dientes largos de otros concursantes, juristas de nota, catedráticos experimentados y con especialización en temas de responsabilidad civil, que veían que un nombre desconocido para ellos los había superado ampliamente. El valor de ese reconocimiento al trabajo de alguien cuyo nombre no se conocía, es una de las cosas que elevan la consideración que uno debe tener por la persona de Florentino, porque el jurado reconocía el valor del trabajo, fruto del esfuerzo de un verdadero jurista, cuyo nombre no conocían.

No fue esa la única oportunidad en la que obtuvo una distinción otorgada por un jurado que debía analizar trabajos presentados con un seudónimo. Hay otro libro suyo premiado por el Ministerio de Justicia de la Provincia el año 2000, en un concurso que se había convocado para que se presentasen trabajos sobre la “Vida y obra” de nuestro codificador.

Recuerdo esa obra muy especialmente porque él era un admirador de don Dalmacio y luego supe que para elaborar ese trabajo quemó días y noches en su casa y, además, horas y esfuerzos en archivos para obtener de primera mano datos que no existían en otros trabajos. No fue su libro una mera repetición de lo que dicen otros biógrafos de Vélez Sársfield, sino que fue el fruto de investigaciones personales. Insistimos en que esa obra, presentada también bajo seudónimo, mereció el primer premio y recuerdo que uno de los miembros del jurado, que era presidente honorario de nuestra Academia, Pedro J. Frías, antes de que se abrieran los sobres que iban a develar el nombre del autor, decía: ésta es una persona que conoce la Academia y que conoce el tema.

Cuando se supo el nombre del autor vimos que, efectivamente, era una persona que conocía el tema y conocía la Academia.

Después, por un convenio entre el Ministerio de Justicia y la Academia, se publicó un libro que reunía su trabajo con el que obtuvo el segundo premio, y ha tenido gran difusión en todo el país. Recuerdo, incluso, que la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires adquirió un millar de ejemplares para distribuir entre los noveles abogados en el momento que prestaban juramento para comenzar su ejercicio profesional.

Destaco nuevamente que el valor de su investigación era innegable por los aportes de nuevos datos documentales que en ella se encuentran. Florentino, para poder redactar muchas de esas páginas había investigado personalmente el tema en distintos archivos, en especial el Archivo Histórico de nuestra y en el archivo de la Curia.

Fíjense ustedes que los principales biógrafos de Vélez, Enrique Martínez Paz y Abel Chaneton, han afirmado que nuestro codificador era “hijo póstumo”, afirmación que era repetida sin otro análisis por todos los que se ocupaban de la vida de Vélez.

Recién mucho tiempo después un notario, Pedro Oliva Díaz, encontró en el Archivo Histórico el testamento del padre de Don Dalmacio y allí se pudo comprobar, que Vélez no era hijo póstumo, sino que al momento

de nacer (18 de febrero de 1800), su padre aún vivía e incluso al hacer testamento (19 de junio de ese año), menciona como heredero a su hijo Dalmacio.

Pues bien, Florentino en su obra viene a ratificar lo afirmado por Oliva Díaz, pues encuentra la autorización otorgada por la Catedral de Córdoba el día 27 de junio (fecha del fallecimiento de “Dalmacio el viejo”), para que se dé sepultura a Dalmacio Vélez Baigorri en la Iglesia de la Merced.

Ese interés de Florentino por los datos biográficos de Dalmacio Vélez nos llevaron a compartir una inquietud y plantearnos el interrogante de si podría encontrarse la partida de bautismo del codificador quien, al finalizar sus estudios y pedir se lo habilitase para el ejercicio de la licenciatura, comienza un expediente donde expresa que: “no habiendo encontrado su partida de bautismo, acompaña la de óleo y crisma extendida en la Catedral de Córdoba en septiembre del año 1800, en la que se menciona que este acto se realiza cuando estaba en su octavo mes de vida, documento en el que se deja constancia que un sacerdote le había suministrado las aguas de socorro en los valles de Calamuchita, donde nació.

Compartimos con Florentino la curiosidad y procuramos averiguar si era posible encontrar la partida de bautismo en algún otro lugar. Pensábamos que quizás existiese alguna anotación en los libros de algún oratorio del Valle en que constase que le habían suministrado las aguas de socorro, y fuimos juntos a los archivos del Arzobispado de Córdoba para ver si hallábamos algo. Tuve el gusto de acompañarlo en esa búsqueda.

Es cierto que más conocedores del tema nos dijeron que sólo íbamos a encontrar la partida de óleo y crisma, que ya había sido reproducida por Martínez Paz, porque cuando se suministraban aguas de socorro no se hacía ningún asiento ni se labraba una partida, porque si la criatura moría no valía la pena registrar esa existencia frustrada.

Como no estábamos totalmente convencidos fuimos juntos al archivo de la curia. Teníamos noticias de que la familia del padrino de bautismo de Vélez, Olegario Martínez, tenía una estancia en Los Molinos, y que en la estancia había una capilla en la que había sido bautizado un hermano del padrino de Vélez. Queríamos ver, entonces, si en la Curia había registros de la capilla, pero no encontramos nada. Es que las distintas capillas del curato enviaban los datos al curato y todos se reunían en un solo libro...

Este fue uno de los esfuerzos realizados junto con Florentino y aunque no tuvimos éxito porque no existían en el libro central del curato de Calamuchita datos sobre los casos en que se suministraban aguas de socorro, de paso ambos aprendimos algo. En efecto, advertimos con Florentino que a los hijos de los esclavos de una familia se los bautizaba con el apellido de la familia a la que pertenecían... razón por la cual muchos de quienes llevan apellidos de señores ilustres descienden en realidad de hijos de los esclavos que esa familia tenía en su estancia.

Compartimos con Florentino estas inquietudes...; Florentino era un animador, y en la Academia hemos tenido la suerte de contar con personas que en distintos puntos de la provincia han sido verdaderos animadores.

Florentino era una de ellos; Jorge Carranza, en Río Cuarto, era otro...

Se trata de un tipo de personas que también se ha distinguido por los valores éticos en el ejercicio de su profesión de abogados.

He tenido que leer en estos días las Arengas de Domat, un verdadero manual de deontología forense. En la recopilación de las *Obras Completas* de Domat encontramos diecisiete Arengas, que por lo general eran los discursos que pronunciaba para iniciar el año judicial, que solían estar dirigidas a los jueces, pero algunos de esos discursos estaban especialmente dedicados a los abogados que juraban para iniciar sus actividades en las audiencias, y allí encontramos las recomendaciones que les formulaba Domat.

¿Qué les pedía a esos abogados? En primer lugar integridad de conducta; les pedía que no defendiesen causas injustas; les pedía que a las causas justas las defendiesen con los medios adecuados y sin dobleces...

Bien señores, durante toda su vida Florentino demostró que su actividad profesional se ajustó al cumplimiento de esos preceptos que fluyen como una "ley natural".

Inspirado por esos principios cumplió con la excelsa misión que le incumbe al abogado práctico.

Su inquietud lo llevó a presidir el Colegio de Abogados de San Francisco; a tener un desempeño relevante en la Federación Cordobesa de Colegios de Abogados, y también en la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Lo llevó a ocuparse una y otra vez de la función que debe cumplir el abogado en la sociedad... y lo hizo de manera ejemplar. Quienes han sido clientes de Florentino pueden dar fe de la manera en que atendía los intereses cuya custodia depositaban en sus manos.

Se ajustó a la recomendación de Domat de que el abogado no debía tener avaricia, es decir no debía aprovechar su tarea sólo para hacer dinero; que debía atender gratuitamente a los pobres, algo que a veces olvidamos en el ejercicio profesional.

Señores: estas virtudes que adornaban a Florentino fueron reconocidas en diversas oportunidades; su conducta le granjeó consideración y respeto. No sólo obtuvo los premios que he reseñado, sino que fue elegido miembro correspondiente de nuestra Academia Nacional de Derecho, y allí trabajó con tesón y perseverancia.

Yo lo he visto asistir a las reuniones conjuntas de las Academias de Córdoba y Buenos Aires; lo he visto asistir con entusiasmo, remitiendo ponencias, a los congresos de las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia, por ejemplo en Córdoba, en 1998, y en Valencia el año 2000.

Nos acompañó en Amboy en febrero del año 2000, para conmemorar el segundo centenario del nacimiento del codificador, y concurrió también en Madrid al acto que la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación realizó en recuerdo de don Dalmacio Vélez, en el que se presentaron los cinco tomos del Libro Homenaje al codificador, en el que había colaborado con un trabajo.

En la última oportunidad que tuvimos de compartir un Congreso de Academias, hace de esto un par de años en Bogotá, la Academia colombiana lo distinguió designándolo también académico correspondientes de esa corporación.

Señores son todas distinciones que adornaban a un amigo, un amigo que recordamos con sentimiento en estos momentos, porque merecía todo nuestro aprecio...

Ustedes saben que en estas reuniones en que se incluye el recuerdo de un académico, quien traza la semblanza cuenta con un tiempo reducido que no debe sobrepasar los quince minutos y parece que me he excedido, pero lo hice porque he tratado de unir en mis recuerdos la tarea que Florentino realizó vinculada con el tema que será motivo luego de exposición en la sesión ordinaria, que sin duda hubiera apasionado a Florentino si nos hubiese podido acompañar hoy: “El sucesorio de Dn. Dalmacio Vélez y su biblioteca”.

HOMENAJE A LA DRA. HILDA EVA CHAMORRO GRECA DE PRADO

Palabras pronunciadas Dr. Eduardo Fanzolato en sesión privada el 28 de julio de 2009

Nos congregamos esta tarde para tributar un merecido reconocimiento a la figura de la profesora emérita Dra. Hilda Eva Chamorro Greca de Prado que desapareciera hace escasos meses.

Frente a su deceso quedamos embargados por una triste sorpresa y una íntima congoja, ya que la Dra. Chamorro, con su actuar bondadoso, austero y espíritu optimista supo conquistar la estima, el respeto y la gratitud de cuantos, descubriendo sus virtudes, se beneficiaron con sus enseñanzas y experiencias.

Mitigada aquella tristeza y superado el abatimiento que su muerte física nos generó, nuestro ánimo despierta a la reflexión y a la alegría.

En primer lugar destacamos el valor formativo que encierra la distinción conferida por la Facultad de Derecho consistente en imponer su nombre a una de las aulas de la sede docente de la institución.

La resolución implica para la comunidad académica, de investigación y enseñanza, en especial para el joven alumnado, un llamado de atención y un ejemplo valioso pues esta muestra externa traduce la gratitud y el reconocimiento que merecen los profesores que dedicaron su vida a la docencia y se destacaron por su entrega a estos oficios de formación humana y educativa, a pesar del escaso rédito económico que les produce a quienes se ocupan de tales funciones.

La Dra. Chamorro, con su sencillez y esfuerzo tesonero y perseverante, contribuyó a consolidar el prestigio de nuestra ciudad como “la docta” y la fama de nuestra tradicional casa de altos estudios, y de nuestra propia Academia de Derecho; por ello, la Facultad en donde impartió

sus lecciones, a través de la imposición de su nombre a una de las aulas, honra el compromiso de preservar el recuerdo fecundo de los que en nuestra época dedicaron su vida a la investigación y a la enseñanza para que sirvan de modelo a las generaciones actuales y futuras, evitando que su contribución al perfeccionamiento de la humanidad pase desapercibida o caiga en la indiferencia.

Aplaudiendo la iniciativa y compartiendo la finalidad propuesta, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por mi intermedio, adhirió gozosamente a la distinción que el 17 de abril de 2009 le otorgó la Facultad de Derecho, al imponer el nombre de la profesora emérita y académica de número, a una de sus aulas.

Y como los frutos demuestran la calidad de la planta, muchos de quienes fueron sus alumnos en la Escuela de Sociología para Graduados de la U.N.C. (cerrada sucesivamente en 1975 y 1976) se desempeñan, actualmente, en posiciones académicas jerarquizadas y en la administración de justicia, circunstancias que acreditan la ecuanimidad y rectitud del presente homenaje.

Agregamos que a pesar de las personales dificultades propias de su edad, y de las atenciones familiares que prodigó con devoción frente a la enfermedad que aquejaba a su esposo, en los últimos tramos de su existencia colaboró activamente con la Academia representándola en el Tribunal de la Magistratura de nuestra provincia, labor reconocida con especial agradecimiento.

Asimismo participó con esmero en la tarea de lograr que la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia desarrollara un currículo multidisciplinario asumiendo la dirección y dictado del módulo de Sociología familiar en el Plan de actividades. Por ello, entre los que tuvimos la suerte de frecuentarla, sobre todo en el período próximo a su desaparición, perdurará en nuestra memoria el ejemplar recuerdo de su vitalidad y el de sus virtudes.

Un segundo análisis que permite e impulsa esta ocasión consiste en ahondar en la introspección, a fin de revisar nuestra particular concepción sobre el existir, buscando el sentido profundo de la vida y el sentido profundo de la muerte.

Ante la desaparición de la Dra. Chamorro, siendo consecuente con sus creencias que compartimos, recordamos que la muerte es el fin de toda existencia finita, terrena; pero, al mismo tiempo, es la puerta de acceso a la eternidad, que es un premio para aquellos que, como Eva, supieron

recorrer la senda de su vida con sabiduría y aceptando cristianamente las vicisitudes que Dios le mandó. De allí nuestra referencia anterior de despertar a la alegría.

La muerte, siendo el fin de nuestra existencia terrena, es el fin de la historia personal de cada uno; pero no es el fin definitivo del ser, pues el ser, con la muerte sólo se extingue en su materialidad.

Esta concepción significa que la muerte de la Dra. Chamorro, no la ha extinguido.

Es cierto que dejamos de verla y de percibirla con los sentidos humanos; pero ella sigue viviendo en nuestro recuerdo y en nuestra memoria. Y, así, sus ideas y enseñanzas perduran, perviven, en nuestras reminiscencias y en sus escritos y publicaciones, a tal punto que se puede afirmar que su espíritu está aquí presente y nos acompaña y que aun podemos disfrutarla a través de sus obras, ediciones, reseñas y crónicas.

Y la última consideración se refiere a la actualidad de sus preocupaciones intelectuales.

En docencia abordó la enseñanza de la sociología desde el punto de vista sistemático, poniendo el acento en conceptos y problemas centrales de la disciplina y no en la enseñanza de la historia de la sociología. Investigó con denuedo, a través de los años, sobre un problema de gran vigencia actual y de profunda raigambre dentro del conocimiento sociológico, como es el de la anomia social (*desorganización de la sociedad como producto directo de la descomposición de hombre debido a la ausencia, incumplimiento contradicción o incongruencia de las leyes y normas o costumbres sociales*). Este fue el tema del que se ocupó en los últimos años y que constituyó el núcleo central de su discurso de incorporación a nuestra Academia (3 de mayo de 2005) para ocupar el sillón que quedara vacante desde el fallecimiento del Dr. Alfredo Poviña.

En el mencionado discurso, con un dejo de esperanza, afirmó que la sociedad argentina, como muchas otras sociedades ha experimentado anomia, unas veces leve, otras veces aguda como la actual, pero la educación y la voluntad de cada uno y de todos, ayudarán a superarla.

Y, en este orden de ideas, concluyó recordando, con firme adhesión, la postura de monseñor Zaspé quien sostuvo enfáticamente que “la Argentina se construirá cuando supere su crisis de sinceridad:

Cuando cada uno diga lo que haya que decir y pueda decirlo;

Cuando cada ciudadano y cada institución haga lo que deba hacer;

Cuando la Iglesia evangelice, el gobierno gobierne, las cámaras legislen, la Universidad enseñe, los colegios eduquen, los estudiantes estudien y los trabajadores trabajen;

Cuando la Capital sea sólo Capital y las provincias algo más que administraciones; cuando la patria valga más que un partido y el partido actúe en clave de patria;

Cuando la denuncia sea investigada y el sinvergüenza castigado;

Cuando la realidad desplace al ensueño y la creación al slogan;

Cuando las instituciones sirvan al país, las leyes se apliquen a todos y la justicia sea pareja para todos.

La Argentina puede salvarse, pero desde la sinceridad de la verdad, la objetividad de la justicia y la energía del amor”.

Nada más. Gracias.

HOMENAJE AL DR. MANUEL FERNANDO MARTÍNEZ PAZ

*Palabras del Dr. Carlos Julio Lascano **

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; autoridades presentes; señoras y señores académicos; familiares y amigos del homenajeado; señoras y señores:

Agradezco a nuestra Academia, en la persona de su señor presidente, haberme conferido el privilegio de representarla en este justo homenaje a la memoria del académico de número Dr. Manuel Fernando Martínez Paz, fallecido en nuestra ciudad el 3 de enero de 2008.

También expreso mi reconocimiento a la esposa de nuestro entrañable homenajeado, señora Marcela del Valle de Martínez Paz, a su hijo Fernando y a su dilecto discípulo y amigo, Fernando Félix Allende, por la valiosa información que me brindaron sobre algunos aspectos menos difundidos de la personalidad y la obra de tan destacada figura de las ciencias sociales de nuestro país.

En otra oportunidad y en este mismo lugar, mencioné entre los profesores de nuestra Universidad Nacional que marcaron su impronta en mi formación como docente -de grado y post grado- y como investigador de las Ciencias Penales, al Dr. Fernando Martínez Paz, de quien aprendí su “*modelo jurídico multidimensional*”, participando en varias ediciones del programa de perfeccionamiento de investigadores en la enseñanza del derecho, en los seminarios que él dirigía en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional, los que contaron con la valiosa colabora-

*Disertación en el acto celebrado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 8 de septiembre de 2009.

ción de los Dres. Daniel Carrera e Hilda Marchiori; también recordé que debo mi primer contacto institucional con esta Academia al profesor Martínez Paz, pues bajo su dirección, a partir del 30 de junio de 1998, tuve el honor de integrar el Instituto de Educación, junto a los Dres. Zlata de Clement, Sergio Guestrin, Guillermo Barrera Buteler, Manuel Cornet y Luis Bonetto. Todos recordamos con nostalgia las periódicas reuniones que manteníamos con el Maestro en su sagrado reducto, la biblioteca de su casa de la calle 9 de Julio 1160, en especial, las realizadas entre abril y julio de 2005, antes de su última enfermedad.

Manuel Fernando Martínez Paz, nacido en nuestra ciudad el 23 de febrero de 1927, fue el menor de los once hijos del Dr. Enrique Martínez Paz y doña Cecilia del Campillo. En 1955 contrajo matrimonio con Marcela del Valle, mujer excepcional que fue el amor de su vida; con ella tuvieron cinco hijos -Eugenia, Juan, Marcela, Inés y Fernando- y quince nietos, que constituyen una ejemplar familia cristiana. Nuestro homenajeado siempre demostró con su conducta diaria que se puede practicar el Evangelio sin beatería ni fanatismo.

Martínez Paz se graduó de abogado en la Universidad Nacional de Córdoba en 1956, pero ejerció la profesión durante poco tiempo en el estudio de su cuñado el Dr. José Antonio Allende, pues pronto prevaleció su clara vocación por la docencia y la investigación, que fueron su otro amor. En el ámbito universitario, fue designado en 1962 profesor adscripto por concurso en la Cátedra de Sociología de la Educación de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, adscripción aprobada por el Consejo de dicha Facultad.

En 1965 obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma casa de estudios, con su tesis doctoral, calificada sobresaliente, *“Jacques Maritain. Itinerario de su pensamiento social y su proyección en la Argentina”*, que fue publicada en Buenos Aires con el título de *Maritain. Política, ideología, revolución cristiana en la Argentina*”, gracias a la perseverancia de su esposa, quien logró vencer la proverbial modestia de nuestro hombre.

Como un aporte a la formación de la juventud del naciente Partido Demócrata Cristiano, ya en el año 1957, Fernando Martínez Paz había convocado al sacerdote redentorista Enrique Küpper, destacado teólogo, para reflexionar sobre las ideas social-cristianas del mencionado filósofo francés, uno de los más destacados defensores del neotomismo.

Las reuniones se realizaban los viernes a partir de las diez de la noche en su hogar de calle 9 de Julio, y además del matrimonio Martínez Paz, participaban activamente los hermanos Agustín, Oscar y Tomás Caeiro, Pedro Baquero Lazcano, Hugo Vagliera, Juan Carlos De la Peña, Fernando Allende, María Marta del Campillo y Susana La Serna, entre otros. A partir del año siguiente y hasta 1964, el grupo continuó reuniéndose para realizar estudios bíblicos. Cuando el Padre Küpper no podía asistir era sustituido por el Padre Estanislao Karlic, quien había sido discípulo de Fernando Martínez Paz en el Colegio de Monserrat, de donde egresó como bachiller con medalla de oro; este amigo de toda la vida de Martínez Paz fue un relevante teólogo que luego alcanzó la dignidad de arzobispo emérito de Paraná y en 2007 fue designado cardenal por el Papa Benedicto XVI.

Pero la labor de aquellos jóvenes laicos no se redujo al plano teórico, pues por iniciativa de Fernando Martínez Paz -quien siempre se caracterizó por ayudar al más débil y por su desapego de los bienes materiales- colaboraron con el sacerdote salesiano Gastaldi en actividades de promoción social en el barrio Las Violetas, entre las cuales se destacó la construcción de la capilla-dispensario.

Algunos años más tarde, su compromiso cívico y su vocación de servicio se canalizaron en el desempeño de importantes funciones en el área de la educación pública, como las de jefe del Departamento de Planeamiento de la Educación de la Dirección General de Investigaciones Educativas y secretario ministro de Educación de la Provincia. En su breve paso por este cargo dejó su impronta como hombre de pensamiento pero también de acción, pues no fue un “*funcionario de escritorio*” sino que -en forma permanente y sistemática- recorrió la vasta geografía provincial visitando los establecimientos educativos -algunos de los cuales eran “*escuelas-ranchos*” ubicadas en remotos parajes- para interiorizarse personalmente de su funcionamiento y de cuáles eran sus necesidades.

Fernando Martínez Paz vivió austeramente y cultivó un “*perfil bajo*” pues no le gustaba la “*figuración*” y -tanto en su trayectoria como hombre público, como en los demás ámbitos de su actuación- siempre se destacó por su extraordinaria humildad; sin embargo, fue una persona de un gran carácter y de firmes convicciones liberales que defendió con inteligencia y énfasis, y también -en muchas discusiones- con un gran manejo de la ironía.

Luego de su paso por la función pública y hasta el final de sus días, Martínez Paz se dedicó de lleno a su fecunda labor como docente e investigador, en la cual volcó su gran capacidad y sus mejores esfuerzos, poniendo de manifiesto -además de la mesura de su lenguaje y la claridad expositiva- su nobleza para aceptar sus errores cuando alguien le demostraba que sus argumentos estaban equivocados y su tolerancia hacia las ideas distintas.

En 1971 fue designado profesor titular por concurso de Política Educativa y Legislación Escolar de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, y al año siguiente, profesor titular por concurso de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma Universidad, en cuya Escuela de Sociología para graduados, igualmente, se desempeñó durante seis años como profesor. Como coronación de su carrera docente fue designado profesor emérito de la Casa de Trejo.

En 1977 el Dr. Manuel Fernando Martínez Paz fue incorporado como miembro de número de esta ilustre corporación académica, ocupando el sillón Gerónimo Cortés.

Fue presentado por el Dr. José Ignacio Cafferata, quien destacó que sus líneas de investigación científica abarcaron el campo de la Política Educativa, la Sociología y el Derecho¹. En el primero ubicó a Martínez Paz entre los especialistas más importantes a nivel nacional. De su faceta de sociólogo ponderó sus dos publicaciones más significativas: La educación y la cultura en relación con la conducta antisocial del menor (Córdoba, 1963) y *Planteamiento socio-económico del Registro Civil* (Lima, 1964); esta última fue su ponencia en el Segundo Seminario Interamericano de Registro Civil realizado en la capital peruana, al que concurrió como delegado del Instituto Interamericano del Niño, organismo que incorporó las partes fundamentales del trabajo de Martínez Paz a uno de los capítulos del *Manual de Registro Civil*, dirigido a los registradores de América, que tuvo difusión continental. En cuanto a su labor en las Ciencias Jurídicas, sostuvo que Martínez Paz, como jurista, fue coautor de la primera ley de menores de la provincia, que dio forma orgánica al

¹ “La enseñanza del derecho”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, t. XVI, pág. 98.

fuero específico; y como filósofo del derecho, publicó tres trabajos cuyo eje común fue “La ética y el derecho”, titulados “La ética en el jusnaturalismo contemporáneo”, “Lenguaje, ética y derecho” y “La ética de los valores”.

Con respecto al Tribunal y a la Dirección de Menores de la Provincia, creados por el decr. ley N° 6986, Serie “A”, del año 1957, debo agregar por mi parte que el Dr. Manuel Fernando Martínez Paz fue un activo integrante de la Comisión Especial *ad-honorem* designada por el gobierno de la intervención federal -compuesta por los Dres. Ricardo Núñez, Ernesto Gavier, Francisco E. Torres y María Ignacia Aliaga Moyano y la señora Teresa Suppa de Pelli- la cual produjo el informe en base al cual se redactó la norma. Tales distinguidos profesionales aportaron su experiencia jurídica, pedagógica y médica para la elaboración del proyecto de organización integral de protección de los menores, con miras a lograr un organismo jurisdiccional y tutelar que, por sus facultades y unidad de acción, pudiera no sólo desenvolverse con rapidez y eficacia, sino también contar con un auxilio irremplazable de la especialización técnica en la materia.

En el tema de responsabilidad penal de los menores -que tantos debates suscita en la actualidad en nuestro país- ya hace más de cuarenta y cinco años Fernando Martínez Paz enseñaba que “*la educación facilitará así, la marcha del sistema social y permitirá la continuidad cultural, evitando desajustes que originan conductas antisociales*”².

También considero relevante evocar el compromiso con los valores sociales que siempre caracterizó la obra de Fernando Martínez Paz. Ya en su ponencia de 1964 al Segundo Seminario Interamericano de Registro Civil³, expresaba que esta institución, en su función de proveedor de estadísticas vitales, “*permite y facilita un conocimiento científico de la realidad, que es presupuesto para la planificación del desarrollo*

² *La educación y la cultura en relación con la conducta antisocial del menor*, en “La conducta antisocial del menor en nuestro país”, Universidad Nacional de Córdoba, Departamento Coordinador de Extensión Universitaria, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1963, pág. 71.

³ *Planteamiento socio-económico del Registro Civil*, II Seminario Interamericano de Registro Civil, Instituto Interamericano del Niño, Lima, Perú, 1964, pág. 10.

económico y social, porque posibilita un mejor análisis de las variables humanas y sociales que inciden directamente en los factores económicos y sociales”.

En las últimas décadas vieron la luz varios e importantes libros del querido profesor a quien hoy recordamos, entre los cuales merecen mencionarse: *La educación argentina* (1979); *El sistema educativo nacional. Formación, desarrollo, crisis* (3ª edición, 1980); *Introducción al derecho* (Buenos Aires, Ábaco, 1982); *La enseñanza del derecho: presupuestos y opiniones* (1991); *La enseñanza del derecho (modelos jurídico-didácticos)* (1995); *El mundo jurídico multidimensional*, en coautoría con su amigo Daniel Carrera (dos ediciones, 1996 y 1998); *La construcción del mundo jurídico multidimensional* (2003).

Precisamente, éste que fue su último trabajo publicado, fue dedicado por el autor a Marcela, su esposa, secretaria y auténtico puntal de sus investigaciones, pues ella se encargaba -con gran capacidad, dedicación y paciencia- de realizar el fichaje del material bibliográfico que Fernando utilizaba en la preparación de sus libros y de pasar en limpio - en los primeros tiempos con máquina de escribir y luego con computadora- los borradores que éste elaboraba en el escritorio de su casa familiar. El Dr. Pedro J. Frías, en las palabras de bienvenida al acto de incorporación de Fernando Martínez Paz a esta Academia, dijo que éste conocía “*como muy pocos lo que significa en el hogar una biblioteca operada por la inquietud de saber, por la destreza intelectual y por esa caridad de la inteligencia que es alimentar la interrogación y las respuestas de los demás*”⁴.

⁴ *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1979, t. XVI, pág. 95.

IN MEMORIAM DE MAURICIO L. YADAROLA LA ESCUELA CORDOBESA DE DERECHO COMERCIAL *

Efraín Hugo Richard

1. Acabamos de rendir homenaje a dos profesores, dos maestros, que contemporáneamente me prepararon e influyeron fundamentalmente en la generación de los actuales profesores titulares de derecho comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, donde nacieron también los profesores de otras facultades de Córdoba y del interior del país, y del numeroso grupo de profesores, investigadores y adscriptos que hoy nos acompañan.

Hemos rendido homenaje a los mismos en los números 1 a 4 de Ensayos de Derecho Empresario. Hoy presentamos el número 5 de la misma publicación, con la que hemos intentado cubrir las históricas series de Cuadernos de Derecho Comercial que editara originariamente el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, luego sustituido por el Departamento de Derecho Comercial, naciendo coetáneamente hace veinte años el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que junto a la Fundación para Estudios de la Empresa (Fespresa) editan estos Ensayos.

* Prólogo al número 5 de Ensayos de Derecho Empresario, de AA.VV., editado en homenaje a Mauricio L. Yadarola, por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Fespresa, y Comunicaciones a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República, Córdoba, junio de 2009, Ed. Fespresa, págs. 17 a 43.

Con Cámara y Quintana conviví muchos años ¹, a Yadarola no lo conocí en la Cátedra, pues no la ejercía cuando fue mi incorporación a la carrera docente en esta Facultad. Sí en la actividad profesional, recordándolo como un hombre de gran capacidad, parco, adusto, respetuoso pero lejano. Recuérdese que egresé de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, radicándome en Córdoba por la actividad de mi padre cuando me faltaban 6 materias para recibirme, las que rendí libre en la Universidad de origen, usando la Biblioteca Mayor como ámbito recoleto para concentrarme en el estudio.

Recordaba en una semblanza de Francisco Quintana Ferreyra (1913-1985), que obtuvo su título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba con su tesis sobre *Verificación y graduación de créditos*, juzgada sobresaliente por los profesores Santiago Díaz y Mauricio Yadarola, a los que luego sucedería. Es que Yadarola fue profesor extraordinario, por concurso de oposición, de Derecho Comercial II desde 1928 hasta el año 1943, en que renunció, reintegrándose a la Cátedra en 1955. Eso marca las diferentes generaciones de juristas que representan la Escuela Comercialista de Córdoba. Pero Quintana Ferreyra recuerda en su discurso de homenaje ² que fue su alumno y luego su adscripto (años 1939 a 1942).

No se pretenda que estos homenajes puedan captar la integridad de la personalidad y del pensamiento de tan extraordinarios maestros, sólo recordarlos y expresar públicamente lo que han significado para la construcción del pensamiento jurídico y en la formación de sucesivas generaciones de profesionales. Los discursos de los Profesores Horacio Duncan Parodi y Francisco Quintana Ferreyra ³, el Libro de Homenaje que contiene trabajos de terceros en su memoria, como el prólogo en el tomo I de Alfredo Orgaz, y la presentación en la Academia de Beltrán son notables reflexiones sobre su vida y su obra, que recomiendo leer cuidadosamente.

¹ De esto dan cuenta Laura Filippi y María Laura Juárez en el prólogo de la obra colectiva que dirigieron *Derechos patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, 2 tomos, t. I, pág. 26.

² *Homenaje a Yadarola*, editado por la Universidad Nacional de Córdoba, t. III, pág. 485.

³ *Homenaje a Yadarola*, t. III, pág. 470 y ss..

Ya nos tocó intervenir en otra Jornada en su Homenaje de Yadarola. Lo hice como miembro moderador en el Primer Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, en homenaje al Prof. Dr. Mauricio Yadarola, organizado por el Instituto Argentino de Derecho Comercial y el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 18 y 19 de abril de 1980.

Al original Instituto de Derecho Comercial se le impuso el nombre Mauricio Yadarola según se registra en su *Libro de Homenaje*, pues no hemos podido encontrar otro antecedente. Con igual criterio se ha mantenido ese nombre para el Departamento de Derecho Comercial, que si bien no sustituyó al Instituto, justificó su eliminación. Ese libro se editó en 1963⁴, y da cuenta también que fue director de ese Instituto, además de profesor en la Facultad de Ciencias Económicas, vicerrector, miembro de número y secretario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, a la que fue integrado el 7 de julio de 1942 ocupando en inicio el sillón Enrique Rodríguez, luego el de Victorino Rodríguez el 18/8/44, para reocupar el primero el 21/12/51. Fue embajador en los Estados Unidos de Norteamérica, presidente de la Unión Cívica Radical y diputado nacional por ese partido. Mayores datos curriculares pueden consultarse en los libros de Homenaje, al t. I, pág. 21 y subsiguientes.

Justamente los tres homenajeados hasta ahora en estos *Ensayos*, Cámara, Quintana y su inmediato antecesor Yadarola, fueron a su vez, miembros de número de la Academia, y centraron la visión de la Escuela Comercialista de Córdoba en torno a la empresa, temas que también elegí al recibir el Premio Academia e incorporármeme luego como miembro de número.

2. Dentro de las tendencias del derecho comercial, societario, contractual y concursal, destaco que desde mi incorporación a las cátedras de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, en la década de los 60 donde advertí la adhesión a una idea eje: la empresa en la construcción del sistema del derecho comercial, una idea sostenida por Mauricio

⁴ *Homenaje a Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, 3 tomos.

Yadarola en las mismas cátedras en la década del 20⁵, anticipatoriamente a los cambios introducidos por la legislación italiana en los 40, lo que fue resaltado por Alfredo Orgaz en la *Semblanza* con la que se inician los libros *Homenaje a Yadarola*. Al mismo tiempo destacó la formación del homenajeado no sólo en derecho mercantil, sino en derecho civil, particularmente en la teoría general de las obligaciones y en filosofía del derecho. Así metodológicamente subrayó Yadarola en el prólogo de la obra en castellano *Sociedades y asociaciones comerciales* de Tulio Ascarelli, refiriéndose a este jurista: “*Una innata vocación por la justicia lo lleva a profundizar el examen de los problemas jurídicos especializándose en la rama del derecho comercial, cuyo estudio realiza guiado por un método que se asienta en estos dos postulados esenciales: a) el derecho comercial debe estudiarse a través de los principios generales del derecho y de las ciencias jurídicas para alcanzar sus propios principios y su propio método; b) el conocimiento de los fenómenos económicos es previo al examen de las normas jurídicas que los regulan. Por esto este libro se inicia con un estudio económico de las sociedades comerciales*”. En su obra *Títulos de crédito* señaló que “*Trabajar científicamente no significa vivir en el ámbito abstracto de la lógica pura prescindiendo del fenómeno jurídico, tal cual se presenta en la realidad de la vida, sino, por el contrario, penetrar en lo íntimo del hecho histórico, analizarlo, extraer sus consecuencias y formular el principio que lo rige*”.

3. Pero lo de “escuela” no viene a cuento sólo por un alineamiento doctrinario, sino por la existencia de un grupo coherente de trabajo. Y eso lo viví, primariamente en la mesa del Instituto de Derecho Comercial en los 60, con 12 asistentes permanentes⁶. Y luego en la formación de gru-

⁵ “Proyecto de ley de quiebras”, publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335.

⁶ Cámara, Quintana, De Arteaga, Espinosa, Junyent Vélez, Marsal, Laguigue, Salomón Roitman, Eduardo Oliva Vélez, Julio Maldonado, Agüero Piñero y conmigo se completaba la docena. Luego se fueron incorporando otros: Linares Bretón, Agüero Piñero h., Steinchraber, para aparecer en los ‘70 el grupo de los actuales titulares y otros integrantes de las cátedras de Derecho Comercial.

pos de trabajo en torno a Cámara y Quintana, particularmente al primero, donde él nos acercó con civilistas -con la misma visión sistémica unitaria de Yadarola-, agregándose luego otros, hasta la ampliación de las Cátedras de Derecho Comercial, donde esos maestros encomendaron como adjunto joven nuclear a los jóvenes inquietos, dentro de los que estaban Junyent y Romero que fueron mis adscriptos en mi primera titularidad de Derecho Comercial I allá en el año 1969 en la Facultad de Ciencias Económicas, donde Cámara era el titular de Derecho Comercial II. No me alejé de Quintana, quien fue el mentor de las Primeras Jornadas de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque en el año 1965 y del I Congreso de Derecho Societario en el año 1977. Nucleados alrededor de esos maestros se acentuó la presencia de una escuela comercialista de Córdoba, que no fue y es no sólo de ideas sino de grupos coordinados de trabajo.

4. Pero volvamos a la visión de Yadarola.

4.1. La unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales

Mauricio Yadarola se pronunció por la unificación del régimen en las obligaciones y contratos. Ello fue afrontado en el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial del año 1940, y fue la cuestión que más retuvo la atención de los participantes, por cuanto implicaba esa desaparición del Código de Comercio o por lo menos su transformación fundamental⁷. En dicho Congreso fue informante de este tema el Dr. Carlos Malagarriga quien sostuvo que correspondía tal unificación por no existir una efectiva separación entre el derecho civil y el comercial en lo que se refiere al tema de las obligaciones, debiendo descartarse los fundamentos históricos.

Se expresó Mauricio Yadarola por un Código Unico junto con Cordeiro Alvarez, Ferrer, Cermesoni, Acuña y Melo, y votaron por la afirmativa, además de ellos, Rivarola, Matienzo, Dell'Oro Maini, Justo, Lancelotti, Pereira Torres, Bomchil, Cárpena, Arecha, Varagont, Díaz de Guijarro,

⁷ Carlos C. MALAGARRIGA en el Prólogo a la obra de Jorge BENGOLEA ZAPATA, *Unificación de régimen en las obligaciones y contratos*, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1946.

Picardo, Boucau, Stafforini, Satanowsky, Williams R., Colauti, Torres, Winisky, Juárez Echegaray, Birgin, Clusellas, Lobos y Quesada. Se abstuvieron Castillo, Martín Herrera y Von der Heyde Garrigós bajo la afirmación que “desde el punto de vista científico no puede discutirse la conveniencia de la unificación del derecho privado. Lo hizo también en su trabajo *Código único de las obligaciones* ⁸.

Con un clásico como Malagarriga cabe reiterar que “*el derecho civil no es el derecho de la filantropía y en él o por él son reglamentadas relaciones de carácter netamente económico, como ocurre con el régimen de la propiedad y de los derechos reales de garantía*”. Yadarola expresó su posición en “La unidad del derecho privado”, en Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, en 1940.

El punto decisivo de la política legislativa puede ser la visión de las cuestiones como un acto aislado o la conexidad de esos actos o contratos, y la actividad misma como lo hemos acreditado en reuniones conjuntas de academias realizadas con anterioridad al referirnos a la empresa bancaria y asegurativa.

Esa decisión debe formalizarse con criterio sistemático. No corresponde evaluar conceptos históricos desactualizados. Pero no siempre se puede conocer la norma si no se conoce la evolución de la norma, no la anécdota histórica. Así se puede reelaborar el texto. De esa forma se puede analizar el porqué de la norma, cómo atrapa la norma la realidad, con sus valores e integrando un sistema.

Y esa decisión sistemática, basada en el sistema normativo debe adoptarse excluyendo apreciaciones de carácter histórico o sociológico. Se dotará así de seriedad científica a la decisión de unificación, alejándola de inconsultos impulsos partidarios en una ardua cuestión que preocupa por igual a comercialistas y civilistas.

Santiago Beltrán, académico de número, al presentar en la Academia a Yadarola ⁹, expresó su disenso sobre el punto, y usando el mismo término que el presentado había aplicado a Vivante como “desertor” de

⁸ *Libro de Homenaje*, t. II, pág. 319.

⁹ *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, 1943, t. I, pág. 79 y ss..

una teoría unitaria, señaló “No pierdo la esperanza de contar algún día al Dr. Yadarola, en el número de los desertores”¹⁰.

Pienso que los códigos pueden tener una doble estructura¹¹: una unidad metódica, suerte de teoría general del derecho, respondiendo a unidad conceptual como nuestro Código Civil. O una unidad de recopilación sistemática de normas, un código abierto, como hoy se incorpora la ley concursal al Libro Cuarto con numeración abierta. Es una posibilidad útil para facilitar el conocimiento de las leyes, presunción *iure et de jure*, pero irreal. El desconocimiento fomenta especialidades que tratan a su vez de generar principios generales que alteran la visión unitaria, sistémica y constructivista, del derecho.

4.2. *La conservación de la empresa.*

El derecho aparece como una abstracción, justificándose en sí mismo, olvidándose de su base dikelógica, alejándose de la razón del nacimiento del derecho comercial: la aplicación de los usos y costumbres de los comerciantes como ética de los negocios y la rápida solución de los conflictos.

La empresa ha sido un eje en la construcción de ese derecho, particularmente a través del principio de su conservación, de lo que Yadarola tuvo particular percepción en 1925 cuando proyectó la apertura de procesos concursales en forma anticipatoria a la cesación de pagos, ante las dificultades económicas y financieras, fundamentalmente en sociedades.

Dar preferencia a las cuestiones formales por sobre la realidad de las relaciones de fondo, aceptar la prolongación indefinida de los procesos judiciales cuya ejecución se diluye en procesos concursales, persistiendo el incumplimiento, homologando acuerdos predatorios del crédito, imponiendo sacrificio sólo a los acreedores, sin mayorías transparentes, obtenidas a través de actuaciones éticamente injustificables de terceros e intervención de sociedades *off shore*, implican un resquebrajamiento del sistema jurídico.

¹⁰ *Anales* citado en nota anterior, pág. 82.

¹¹ Natalino IRTI, *La edad de la decodificación*, Barcelona, José María Bosch, 1992.

Se trata de poner en el centro de la escena al verdadero protagonista, usado equívocamente como argumento de homologación de acuerdos predatorios que sólo benefician a los socios que mal administraron o toleraron la mala administración de la sociedad titular de la empresa, bajo cuya estructura jurídica se desenvuelve la “empresa en cuestión” como su objeto.

La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización empresaria, otorgándose a los particulares la capacidad jurigenética de crear personas jurídicas (o centros de imputación diferenciados) para afrontar “empresas”, que incluso es usada por la empresa pública o en situaciones mixtas.

Lo importante es que la empresa sea viable, o sea que nazca con un plan de negocios posible y se desarrolle con un patrimonio suficiente para evitar caer en la causal de disolución de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, criterio que excluye a la empresa inviable, si es posible llamar a tal frustración como empresa, que es todo lo contrario: un desarrollo complejo posible.

¿Qué idea de empresa tenemos? Una idea de empresa que es de una organización, de medios, hombres y dinero, ya que hoy -en esta globalización financiera- parece que el acento debiera estar sobre el dinero. Una confluencia de ellos y una utilidad para todos, con productividad para un mejor reparto de la riqueza, es la base de las estructuras empresarias en un sistema capitalista o en un sistema socialista. La organización empresaria no tiene nada que ver con la ideología de una política económica, porque para que haya empresa tiene que haber una organización útil para la colectividad.

4.3. La empresa. Su organización

La empresa por eso, tiene que ser autosuficiente, cuando la empresa no es autosuficiente no se posibilita a sí misma o con los subsidios que el Estado le asigne, no es empresa, deja de ser empresa. La idea de la conservación de la empresa está directamente vinculada a la posibilidad de la empresa, a la autogestabilidad de la empresa, si no, no hay empresa conservable, lo mejor es liquidarla.

La autofinanciación, la posibilidad operativa, la autogestión por parte de la empresa es fundamental. Y aquí debemos detenernos en qué es o cómo organizar la empresa, porque recordemos que hay una gran varie-

dad de opiniones sobre qué es la empresa, si es sujeto, objeto o acto. No tengo ninguna duda, lo vengo sosteniendo hace mucho tiempo, que la empresa es fundamentalmente actividad. Algunos dicen: “Es una categoría vacía en el derecho”. No, la actividad hoy tiene reconocimiento normativo y sanciones normativas particularmente en materia penal, tanto en la actividad ilícita en las normas de derecho privado como en el Código Penal.

¿Cómo se organiza? Normalmente a través de la técnica sociedad y esto está insuficientemente trabajado frente a la crisis de la empresa. Vengo sosteniendo que debe reconstruirse un sistema de las relaciones de la organización como algo autónomo frente a las relaciones de cambio, que son las que han iluminado la creación del sistema jurídico y los grandes códigos. Pero hoy es más importante el derecho de la organización que el de las relaciones individuales de cambio.

Frente a esta realidad donde la sociedad, pero no sólo la sociedad suele ser la base, la estructura de organización de la empresa, cuando aparece una crisis de empresa quizás la mejor solución -si es que no hay posibilidad de autogestar la sociedad, pero la empresa es autogestable-, es escindir la empresa de la sociedad. Y esto es toda la problemática de la llamada conservación de la empresa tanto en el derecho societario, pero donde ha tomado cumbre es en el derecho concursal, aunque ambiguamente.

Ascarelli consideró que la cuestión descansaba en considerar el concepto de personalidad jurídica de las sociedades mercantiles como un concepto meramente formal, meramente jurídico que, en consecuencia, debe ser elaborado independientemente de todo presupuesto jusnaturalista, por lo que no restringe *a priori* la subjetividad jurídica a una determinada categoría. Para este autor el derecho recurrirá a la creación de una persona jurídica solamente cuando lo considere oportuno, cuando se trate de regular fines extra-individuales, fines con relación a los cuales varias personas se unen entre ellas y conforman un patrimonio separado para un destino propio. Frente a dichos fines puede ser más conveniente considerar como sujeto normativo a un nuevo ente, persona jurídica, que naturalmente cumplirá su propio cometido por medio de órganos adecuados¹².

¹²Confr. *Homenaje al Dr. Mauricio L. Yadarola*, t. II -La personalidad jurídica de las sociedades comerciales en el pensamiento de Ascarelli- Universidad Nacional de Córdoba, Cba., 1963, pág. 361 y ss.

Cuando el legislador concede personalidad jurídica no pretende con ello crear seres distintos al lado de los seres físicos. Lo único que propende es dotar de recursos técnicos-jurídicos que faciliten la actuación en la vida de relación, como forma de realizar el fin lícito que los individuos se proponen¹³. Se trata siempre de una normativa que no concierne a un especial sujeto jurídico “no hombre”, sino siempre a relaciones entre hombres; actividad, actos, responsabilidad de hombres¹⁴.

Ello impone un cierto control, preventivo o funcional. Yadarola se refería a ambos: “*Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros-colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares*”¹⁵. A ello adherimos.

Estamos de acuerdo en el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es dudosa o excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales.

Recuerdo que referido a la infrapatrimonialización decíamos que “*este es un problema de los socios y de los administradores, particularmente de estos últimos. No es un problema de la ley ni del juez que autoriza la inscripción. Son los administradores los que periódicamente tienen la obligación de revisar la suficiencia del capital social para el giro normal de los negocios, la consecución del objeto social*”¹⁶.

¹³ Conocida expresión de Tulio ASCARELLI, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, Ediar, 1947, pág. 48; seguida por numerosa doctrina, y también receptada en la propia Exposición de Motivos de nuestra legislación societaria, en su punto I de la Sección I del Capítulo I, ALJA 1974-A-415.

¹⁴ Tulio ASCARELLI, *Sui potree dellamaggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti*, en Riv. Dir. Comm., 1950, t. I, pág. 100.

¹⁵ Mauricio YADAROLA, “Sociedades comerciales”, t. II de *Homenaje a Yadarola*, pág. 349, esp. pág. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

¹⁶ Ntro. *La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales* en Jurisprudencia Argentina 2000-II-Doctrina, pág. 954.

La visión global sobre la empresa permite afrontar temas tanto societarios de organización como funcionales de la patrimonialización de lo destinado a la actividad de cumplimiento de la idea de empresa o plan de negocios trazado.

4.4. *Empresa y crisis. cesación de pagos e insolvencia*

Yadarola tuvo una visión anticipatoria de los problemas y las soluciones de las crisis de las empresas en su “Proyecto de ley de quiebras”¹⁷.

Sobre la afectación patrimonial que frustra el normal desarrollo de la empresa, parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la *zona de insolvencia*. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del *estado de cesación de pagos* como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra.

Asimismo, tal concepto es de un amplio espectro, como lo ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia desde Yadarola¹⁸.

En efecto, el proceso concursal supone, como presupuesto, la cesación de pagos concretamente configurada como materialización de la insolvencia que -por lo demás- cuadra distinguir de las meras dificultades de orden económico o financiero de carácter general. De donde la cesación de pagos es un estado, en virtud del cual el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y exigibles¹⁹. La Corte Suprema, en un recordado precedente, ha fijado su posición en ese sentido señalando que la cesación de pagos es un estado *de hecho*, cuya determinación impone investigar una realidad más amplia y diversa que la que es susceptible inferir de los estados contables, como los medios al alcance de la deudora para procurarse recursos y atender sus deudas. La cesación de pagos es una delicada y compleja situación fáctica que atiende no necesariamente

¹⁷ *Libro de Homenaje*, t. I, pág. 335.

¹⁸ Mauricio YADAROLA, “El concepto técnico científico de la cesación de pagos”, en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, 1963.

¹⁹ Ver selección de jurisprudencia de MAURI, “Estado de cesación de pagos”, E.D. 26-6-95.

a que existan obligaciones exigibles impagas, sino a la imposibilidad de agotar en forma regular las ya contraídas²⁰. Esa impotencia patrimonial - que se traduce en la imposibilidad de pagar- no puede ser confundida con el mero incumplimiento de una obligación, pues puede no pagarse por circunstancias ajenas a un estado de impotencia patrimonial; ni tampoco ha de confundirse con la carencia de activo, pues un activo no líquido o no liquidable, no permitiría solventar las deudas, a medida que fueren exigibles aunque fuere considerablemente superior al pasivo. De tal suerte, parecería *prima facie* que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el *test del flujo de caja* (*cash flow*) sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la *zona de insolvencia*.

Como anticipé, Mauricio Yadarola en 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”²¹. Y a ese interrogante hemos tratado de responder

²⁰ C.S., del voto del doctor Vázquez, 12/8/97, “Carnes Pampeanas S.A. s/quiebra”, R.E.D. t. 32, pág. 136.

²¹ Mauricio YADAROLA, en *Homenaje a Yadarola*, edición de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335 y ss.; “Proyecto de Ley de quiebras con indicación”, publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925.

señalando que es la responsabilidad incluso frente al acuerdo concursal homologado.

Mauricio Yadarola en ese Proyecto que presentó en 1925 remarcó la necesidad de actuar anticipatoriamente, frente a la mera crisis financiera o económica general, y hoy es unánime la doctrina y la legislación, perfilándose en torno a la necesidad de actuar anticipatoriamente, o sea oportuna o tempestivamente. La mera avizoración de que pueda producirse el estado de cesación de pagos o la insolvencia, una mera crisis -como receptó nuestra legislación en el año 1983- impone la obligación de actuar, lo que aparece como un deber de los administradores societarios, propio de su calidad de “buen hombre de negocios”.

Una actuación tempestiva en lo interno de la sociedad o en la actuación pre o concursal permitirá la rápida solución a la crisis como sostenía Yadarola en el año 1925, pero si los administradores y socios no actúan oportunamente y la crisis se agrava no pueden pretender que sean los acreedores los que soporten su impericia o su dolo.

La cesación de pagos aparece indicada en el art. 78 L.C.Q., en cuanto puede ser demostrado por cualquier hecho “que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y la causa la generen”, constituyendo una situación de cierta permanencia, que anticipa la imposibilidad de cumplir las obligaciones, relaciones y contratos con regularidad. Siguiendo el criterio de Yadarola, la ley 22.917 reformando la ley 19.551 en 1983 introdujo en el art. 125-1 respecto al acuerdo preventivo “extrajudicial” un criterio anticipatorio a la cesación de pagos que era autorizar la presentación para “la superación de dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general”. Cámara²² manifiesta la interrelación entre las dificultades financieras y económicas, refiriéndose al “Informe Sudreau” que aconseja la concursabilidad ante las dificultades reales o potenciales, “evitando siempre que el desencadenante del procedimiento sea demasiado tardío, señalándose como indicios la “falta de pago de cotizaciones fiscales o sociales”.

²² Héctor CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1990, vol. III-B, pág. 676.

Se trata, a la postre, de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización²³, de una sociedad, desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado los remedios internos para superar la crisis. Obviamente que al no haber norma restrictiva la respuesta es afirmativa. Pero planteado el caso y su respuesta, deviene fácilmente la consideración de la responsabilidad de por lo menos los administradores de esa sociedad, como lo haremos más adelante.

*“Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado **problema temporal**: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente... disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis. La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponer de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos -positivos o negativos- para que inste su propio concurso”*²⁴. Cuando no existen esos incentivos, debe apuntarse a informarle al administrador de la responsabilidad que asumiría de no actuar adecuadamente, y en eso estamos.

*“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza ‘más vale prevenir que curar’”*²⁵.

²³ Liliana CICHERO, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, en La Ley Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

²⁴ Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, “El nuevo derecho concursal español” en Doctrina Societaria y Concursal, noviembre 2003, t. XVII, pág. 1127 y ss., específicamente pág. 1136.

²⁵ Héctor CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. III, pág. 1429.

4.6. *Conversión de la quiebra para acceder al acuerdo*

Ahora interesa un nuevo instituto incorporado por la ley 24.522 que impone la conversión de la quiebra declarada en concurso preventivo. Fue consecuencia de la derogación del acuerdo resolutorio de la quiebra, tan criticado por Yadarola²⁶.

En torno al caso de los créditos nacidos durante la quiebra dejada sin efecto, que ante ella eran prededucibles (vgr. honorarios del síndico o del letrado del peticionante de la quiebra) y abierto el concurso preventivo, pasan a ser comunes de causa o título anterior a su presentación *-rectius*: conversión-. Para Martorell encuadran en el art. 240 L.C.Q., igualmente luego de la conversión²⁷. Si bien es cierto como ha expuesto Yadarola²⁸ que estos créditos se cualifican a partir de dos elementos básicos; que el crédito haya nacido con posterioridad o concomitantemente a la apertura judicial del concurso, aunque excepcionalmente su nacimiento podía ser anterior y en el caso de que sea de fecha anterior, es necesario que se hayan originado en actos que beneficien directamente a la masa. Si se trata de un crédito de causa anterior a la quiebra, éste no será prededucible, pero en el caso que este gastos haya beneficiado a los acreedores, entra en juego otro principio que es el del enriquecimiento y de produce la prededucibilidad²⁹. Sin embargo, en la conversión, dejándose sin efecto la quiebra, no puede afirmarse que la misma haya beneficiado de alguna manera a los acreedores y aquella excepción del crédito prededucible devengado anteriormente al concurso no resulta aplicable.

Estas divergencias planteadas son consecuencia de la incongruencia ininteligible en su aplicación, oportunamente alertada³⁰, y ello es verdad,

²⁶Mauricio L. YADAROLA, *Homenaje al Dr. Mauricio L. Yadarola*, "El concordato resolutorio", Universidad Nacional de Córdoba, 1963, pág. 243 y ss., esp. pág. 248.

²⁷Mauricio L. YADAROLA, *Tratado de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, t. III pág. 134.

²⁸Mauricio L. YADAROLA, *Homenaje al Dr. Mauricio L. Yadarola "Calificación del crédito proveniente de costas judiciales contra la masa fallida y oportunidad en ue puede hacerse efectivo"*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. II, pág. 189.

²⁹Darío J. GRAZIABILE - Cristian A. MARRÓN, *Concursos y quiebras. Preferencias*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 36.

³⁰Luis A. PORCELLI, "Nuevo régimen concursal. Conversión de quiebra en preventivo", L.L., 1996-A-1274.

sólo se tuvo en cuenta que el traspaso del proceso liquidativo al preventivo debía hacerse al poco tiempo de decretada la quiebra y no cuando ella ya ha avanzado, para así posibilitar la utilización del instituto y que no pasase intrascendente como el anterior acuerdo resolutorio. Todo ello, no puede ser compatibilizado con el verdadero trámite del proceso concursal y principalmente con la unidad, que lo rige como principio. La conversión históricamente fue conocida de preventiva a liquidativa y ha tenido un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial para concatenar los efectos producidos en el concurso preventivo luego devenido en quiebra indirecta. Ello, falta aun en la conversión de la quiebra en concurso preventivo, lo que únicamente se solucionaría con una modificación legislativa. Igualmente el instituto fue defendido *-rectius*: protegido- desde su aparición y hasta el hartazgo, por Truffat³¹, quien sin perjuicio de ello, reconoce los desfazajes producidos en la práctica.

4.7. *El fundamento de la quiebra*

Beltrán, en su referida presentación, motivó la atención sobre las teorías de Yadarola, que este expuso de inmediato en su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en “El problema dogmático de la falencia (Una nueva fórmula para su solución)”³² en orden a la “privación de administrar y disponer de su patrimonio a que es sometido el deudor como consecuencia inmediata de la sentencia que declara su quiebra”, donde refiriendo y refutando las diversas doctrinas sobre el punto, discrepa con aquellas que mira a restricciones de la personalidad, para apuntar a una relación obligacional como es la “facultad de disponer”, que se limita al patrimonio y no a la personalidad, con un contenido “estrictamente económico”, “en el puro ámbito de la responsabilidad, no del débito y consiste en la expropiación de la facultad de disponer de sus bienes”.

³¹ E. Daniel TRUFFAT, “Aproximación a la “conversión de quiebra en concurso preventivo”, E.D., 167-1231 y *La conversión de la quiebra en concurso preventivo*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, por supuesto que en igual orientación en su primera edición.

³² Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1943, t. I, pág. 85 y ss..

4.8. *La sociedad de un solo socio*

Preocupado en la organización de la empresa, reacio inicialmente, justificaba la sociedad de un único socio, Yadarola expresaba “*El concepto inspirador de esta doctrina no es ya el clásico, diría, de la sociedad-contrato, sino -me parece- el de patrimonio-empresa; el problema se desplaza así del terreno subjetivo al patrimonio, objetivo; el substrato de la sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos humanos sino una masa de bienes organizada en empresa económica*”³³. Siguiendo un par de páginas después, “Una vez puestos en funcionamiento... hecha la organización de la empresa,... -la pluralidad de socios- queda reducido a la categoría de un elemento puramente formal, mientras que la personalidad jurídica se presenta como una realidad viva y actuante; esta organización ha superado el mero contrato y se ha convertido en sujeto de derecho”. Se recuerda a Bonelli³⁴: “*El contrato, es el acto creativo de la sociedad, no es la sociedad; la subjetividad jurídica es un efecto del contrato pero nada impide que el efecto sobreviva a la causa*”.

Cámara³⁵ sostenía el sistema organizativo de la empresa a través de opinar que las personas jurídicas no son factibles de simulación, manteniendo su personalidad³⁶.

Predicaba Yadarola³⁷ que “*tampoco hay un interés puramente jurídico en la nulidad de tales sociedades, no hay en esa situación*

³³Mauricio YADAROLA, *Sociedades comerciales* en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 354, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima Antes se había expedido con otra visión en “Contra la empresa individual de responsabilidad limitada”*, tesis presentada en la Conferencia Nacional de Abogados de Santa Fe, 1940, publicado en Actas.

³⁴“A propósito de la sociedad con un solo socio” en Rivista di Diritto Commerciali e del Diritto Generale delle obbligazioni, 1912, t. I, pág. 257.

³⁵Héctor CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, pág. 127.

³⁶Ntro. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, pág. 26 y ss..

³⁷Mauricio YADAROLA, *Sociedades comerciales*, en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 359, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

fraude a la ley pues es la misma ley la que ha autorizado la organización de tal persona jurídica. No hay aquí ninguna desviación dolosa de los fines previstos por el legislador que va implícito en todos los actos in fraudem legis... Menos puede hablarse de simulación, pues ni fue simulada la constitución originaria de la sociedad ni hay nada de simulación en una empresa que actúa regularmente, que cumple negocios jurídicos dirigidos a un fin lícito; ni falta del propósito de ejercer tales actividades así sea con el fin, también lícito, de limitar la responsabilidad; nadie puede sufrir perjuicio de esta situación". Salvo que ese socio lleve a la sociedad a actuar en cesación de pagos sin adoptar los remedios que la ley fija para estas circunstancias. Yadarola señala las circunstancias de un debate sobre la legalidad o no de esa constitución, en orden al fraude de limitar la responsabilidad, nos permitimos señalar que si bien será difícil sostener el fraude una vez que la sociedad ha comenzado a operar, el uso abusivo se advertirá cuando la sociedad incumpla sus obligaciones, continúe su operatoria en cesación de pagos sin adoptar los remedios que el derecho societario impone e intente transferir los perjuicios generados por la indebida gestión societaria a sus acreedores.

Expresaba ³⁸: *"La doctrina separa, generalmente, dos aspectos del problema: 1º) Cuando la sociedad anónima nace con un solo accionista; 2º) Cuando la concentración de las acciones en una sola mano se produce durante la vida de la sociedad. En el primer supuesto y partiendo de la exigencia legal de un determinado número de accionistas indispensables para constituir la sociedad, se afirma su inexistencia cuando falta la voluntad de participar efectivamente en la sociedad si las partes no entienden, ab origine, sino obtener la autonomía patrimonial de un participante no existe sociedad; no se puede -se agrega- querer un verdadero régimen social cuando simultáneamente se persigue el solo dominio individual del único titular; y se concluye afirmando el carácter aparente o ficticio de tales sociedades cuando no su simulación".*

³⁸ "El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista" en *Homenaje a Yadarola*, t. II, pág. 371 y ss., especialmente pág. 430 y ss..

4.9. *Títulos valores*

Donde también brilla Yadarola es en su concepción doctrinaria y normativa en torno a los títulos de crédito: “La reforma de la legislación cambiaria Argentina en base a la Ley Uniforme de Ginebra” en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, marzo-abril y mayo-agosto de 1938; “Proyecto de reformas del Código de Comercio en base a la Ley Uniforme de Ginebra” en el mismo Boletín marzo-abril 1938, “La causa en las obligaciones y en los títulos de crédito” en el Libro de Homenaje al doctor Leopoldo Melo, año 1956. El mejor de sus frutos fue su libro *Títulos de crédito*, del cual Agustín Matienzo señaló que Yadarola en 1928 fue el primer expositor universitario en el país sobre títulos de crédito, y en 1960 el primer autor latinoamericano de una obra completa, que deviene del proyecto que en 1950 presentara como diputado nacional y que se plasmara 13 años después en la reforma del Código de Comercio.

Apuntaba que el elemento circulatorio es secundario y no hace a la esencia del título de crédito, pues lo impone la realidad negocial y no la normativa, desplazándose libremente sin dependencia de la voluntad del librador. Descartada la circulación sigue que los elementos tipificantes de los títulos valores son el de *necesariedad* del cual deriva la *legitimación*, la *literalidad* y la *autonomía*. La literalidad, según Yadarola, es común a todos los títulos valores, sean causales o abstractos y tiene una significación insospechada en la economía circulatoria de estos valores.

Se pregunta este autor ¿cuál es el fundamento de la literalidad? concluyendo que la razón de la literalidad radica en el fundamento mismo del documento que exige una celebración necesariamente escrita, es por ello que se trata de un documento dispositivo o constitutivo y en base al mismo documento se mide y se realiza el derecho.

Como el Código de Comercio reglaba deficientemente el endoso, como lo admitía uniformemente la doctrina patria, sostuvimos que era preferible haber mantenido el antiguo sistema -señalando los requisitos de este endoso-, como lo hace la ley de Paraguay, art. 15; en especial, por cuanto exigía conste el domicilio del endosatario, de mucha utilidad en varios casos³⁹. ¿Procede la acción conjunta contra todos ellos? Se for-

³⁹ Mauricio YADAROLA, *La reforma de la legislación cambiaria*, en Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, año II, N°2/3, pág. 223, reproducido en Libro-Homenaje.

mula el interrogante, porque es conocida la ardua discusión planteada entre los juristas nacionales en base al art. 669 del Código de Comercio, hoy derogado.

Yadarola, con muy buenas razones, sostuvo que corresponde la acción colectiva o individual contra los deudores, pero que elegido uno de los responsables no procede accionar contra otro u otros, mientras no se excusan los bienes de aquel, en cambio, la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia uniformemente rechazan la acción conjunta, ya que entre los obligados cambiarios hay una solidaridad imperfecta.

No es nuestro propósito enfrascarnos en esta polémica irreconciliable, donde se han agotado los argumentos por ambos bandos, la cual perdió interés después de la sanción del decr. ley 5965/63, cuyo art. 51 dispone: “todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, quedan solidariamente obligados hacia el portador. El portador tiene derecho a accionar contra todas esas personas, individual o colectivamente, sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas. La acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aún cuando fuesen posteriores a aquél contra el cual se ha procedido primero”. La solidaridad cambiaría juega con gran liberalidad a favor del portador, admitiendo el *ius electionis* y el *ius variandi*...⁴⁰

“... Siguiendo a Yadarola afirmamos que no puede equipararse el documento constitutivo con el ad solemnitatem, y que por tanto puede equipararse el primero con el documento dispositivo. Los ad solemnitatem son la prueba exigida por la ley, de determinados actos o negocios jurídicos que tienen vida independiente. En cambio el constitutivo es la única representación relevante de un negocio jurídico que se traduce en tal forma documental. O sea que plasma en el instrumento una incorporación de una declaración negocial de relevancia jurídica como manifestación de voluntad de obligarse del emisor en favor de quién resulta tenedor del documento que representa permanentemente tal declaración. De tal modo, el derecho

⁴⁰ De prenda con registro, de Héctor CÁMARA, 3ª ed. bajo nuestra actualización: Mauricio YADAROLA, “El derecho cambiario argentino y la legislación uniforme”, Proyecto de reforma, pág. 92.

documentado se vincula... desde su nacimiento y siempre durante su circulación y en su ejercitación, con el instrumento que determina su contenido y medida, y por ello es que puede designárselo como portador del derecho documentado en el mismo. Es la compenetración permanente entre derecho contenido y representado y la materialidad del documento la que califica esta situación. ...". Es pues esa conexión permanente la llamada *neccesitá* de ejercitar el derecho con el documento y si bien el derecho no desaparece con el documento destruido, será obligatorio reconstruir el vínculo con el derecho a través de la invocación del título destruido.

Mediante el título valor se objetiva la representación de las obligaciones ⁴¹ desvinculando al crédito de sus protagonistas originarios ⁴² y lo patrimonializa como valor permitiendo su transmisión como cosa mueble.

4.10. Privilegios

Como bien destacó Yadarola, si en algún supuesto el Código Civil parece atribuir al acreedor privilegiado el derecho de perseguir la cosa hasta en manos de terceros, "resulta evidente que su fundamento debe encontrarse más bien en aquel principio contenido en el art. 2765 del Código Civil, según el cual las cosas muebles robadas o pérdidas son reivindicables aun contra el tercer poseedor de buena fe", que demuestra en forma concluyentemente ⁴³.

En cuanto al warrant, éste es también un reflejo no sólo de lo anotado en la matriz del almacenista/warrantero sino también de lo consignado en el certificado de depósito (conf. art. 6 de la ley 9643).- Pero tiene otro propósito específico: ha sido expedido para constituir un gravamen real

⁴¹ "... entre el **título** (documento) y el derecho **creditorio** existe tal vinculación que a este último se lo considera en cierto modo **objetivado** al través del documento" (confr. BONELLI, "Appunti sulla natura giuridica dei titoli de crédito", en Rivista de Diritto Commerciale, pág. 514, citado por YADAROLA, *Títulos de crédito*, pág. 56).

⁴² Lo cual marca una nítida diferencia con sus antecedentes, la cesión y la delegación, ya que en materia de títulos de crédito se disipan los recaudos exigidos por el derecho común la la transmisión de los derechos, produciéndose lo que Ascarelli denominara simplificación analítica.

⁴³ Mauricio YADAROLA, "El problema de los privilegios", Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, año VI, N° 5, pág. 305 y en el año VII, 1943, 1ª parte, pág. 513.

de prenda sobre las mercaderías. Aparece así la *función pignoratícia* del documento.

Recalco la gravitación del *crédito* como elemento movilizador del circuito económico y que, según ejemplifica Yadarola, es como el oxígeno para el cuerpo humano. A través del vehículo warrant el documento transforma en dinero el valor de esas mercaderías sin haberlas vendido⁴⁴.

Entonces, no se deben confundir ambas funciones. Por una se prueba la existencia del contrato de depósito con la warrantera, teniendo como función disponer y transmitir las mercaderías. Por la otra, el warrant servirá de respaldo para la obtención de un préstamo⁴⁵. Con respecto al certificado de depósito se crea una relación jurídica entre depositante y depositario, mientras que respecto del warrant la relación jurídica se desenvuelve entre depositante y acreedor.

5. Así cerramos el ciclo de homenajes a académicos-profesores que iniciaron la Escuela Comercialista de Córdoba. En números sucesivos recordaremos a algunos de los que integraron la mesa inicial del Instituto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, hoy fallecidos: Juan José de Arteaga, Francisco Junyent Vélez, Salomón Roitman, Juan Laguinge, Marsal a quien sucedí en la titularidad de la Cátedra de Derecho Comercial I en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba en el año 1969.

⁴⁴ Mauricio YADAROLA, *Títulos de crédito*, Buenos Aires, TEA, 1961, pág. 193.

⁴⁵ Restaría por último referirse a la *función técnica* de ambos documentos (asumiendo anticipadamente que son títulos de crédito), como punto de análisis que propone Yadarola. A partir del carácter doble del título de crédito: considerando el documento como una cosa/derecho real, pedazo de papel (al igual que las mercaderías), que no tiene valor intrínseco sino tan sólo *representativo* y ¿qué es lo representativo? el derecho personal/obligacional en él inserto. O sea que confluyen dos tipos de derechos sobre un mismo bien: real y personal, entonces la cosa objeto de la posesión circula como una cosa mueble (real) pero con contenido obligacional (personal).- Por lo tanto, la *función técnica del título de crédito es justamente ésta: unificar*, a los fines de la posesión y circulación, el derecho personal del crédito con el derecho real de propiedad sobre el documento, operando la transformación de la estructura formal del derecho crédito en una cosa semejante a las cosas muebles (págs. 201 y 202).

Adviértase que hemos tratado de dar unidad sistémica a los fenómenos complejos que hoy engarzan los estudios, investigaciones y disciplina del derecho mercantil, comercial o de la empresa, conforme lo visualizamos al generar la creación del Instituto de la Empresa de la Academia.

En el estudio de la empresa la visión es mucho más multidisciplinaria que en el derecho comercial. En esto siempre me guían algunos estudios vinculados a la axiología, la ética y la empresa, la responsabilidad social empresaria. La ética de los administradores y la empresa está muy vinculada a la problemática de la crisis de empresa y los deberes y obligaciones de los administradores, pero también a muchos otros aspectos que hacen a la comunidad y la convivencia.

Desearía desde aquí reforzar la idea de la escuela que -a mi entender- se generó desde Yadarola, que construyeron con su actividad y publicaciones Cámara y Quintana Ferreyra, y que muchos seguimos sobre la idea de empresa como iluminadora del sistema, de un sistema jurídico de convivencia desde el punto de vista de la productividad.

Observando la empresa pretendo hacerlo en forma generalizada, no sólo a la empresa del mundo capitalista, acotando que no estamos en este momento en un sistema capitalista, ni lo hemos estado en los últimos años, porque supone un sistema capitalista el pleno empleo y el salario digno para que funcionen los mercados. Lo que nos inunda hoy es una globalización financiera en la cual se inserta con dificultad la idea de empresa.

Por eso sostengo que hay que volver al viejo corazón del derecho mercantil. Viejo corazón que tiene dos ideas básicas: las reglas de los comerciantes como ética del negocio, como ética del comercio y la justicia inmediata. La justicia inmediata de los propios comerciantes que evite las pérdidas inútiles y asegure la equivalencia de los repartos. Claro, esta parece hoy una visión utópica.

En realidad, ambos son problemas de la convivencia y de la comunidad toda, cegada por un economicismo inmedatista que importa no sólo la pérdida de la eticidad sino también la entronización de la violencia moral y física.

Recordaba del homenajeado Quintana Ferreyra: *“La mejor manera de dominar al hombre, decía, es quitarle sus derechos esenciales: es el camino que lleva a la servidumbre... y prevenía: Cuidado, todos aquellos que no advierten que en la inseguridad jurídica de su propia personalidad, ellos mismos caen, siempre, víctimas del sistema que han creado. Esta es la enfermedad del siglo”*. Enfatizaba sobre *“la crisis de la legalidad”*. El siglo terminó y la enfermedad continúa.

RECENSIONES

PRENDA CON REGISTRO O HIPOTECA MOBILIARIA,

Héctor CÁMARA,

3^a ed. actualizada por Efraín Hugo Richard,

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, 660 págs.

Las obras del maestro y académico Dr. Héctor R. Cámara fueron ellas en materia de títulos circulatorios, en el área de los concursos y quiebras, como en la presente obra de *Prenda con registro*, se han transformado en obras clásicas de nuestra literatura jurídica. Tan así lo era la presente obra *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, allá por 1983, que haber escrito un trabajo sobre el mismo tema, me hizo sentir como un atrevido irreverente que incursionaba en un área muy bien desarrollada por este maestro.

Hoy transcurridos unos años de la desaparición del maestro y más desde aquella irreverencia, la actualización de su obra no pudo encontrar a otra persona más acertadamente elegida y más acorde a esa exigente tarea, que el profesor Efraín Hugo Richard, discípulo y acompañante del maestro en gran parte de su vida académica. Por una respetuosa decisión del propio profesor Richard la obra hoy actualizada ha respetado íntegramente los textos de la segunda edición de 1983/4 limitándose a modificar -con expresa connotación en un tipo de letra diferenciada- aquellas partes que hubieran sufrido reformas normativas, bien actualizando la jurisprudencia o la doctrina del caso, en texto y en notas.

El profesor Richard prologa la obra con un sincero reconocimiento al maestro, efectuando una breve síntesis de lo principal de su tarea académica y educativa reconociendo en el Dr. Héctor R. Cámara, como bien correspondía, a uno de los grandes pilares de nuestro moderno derecho comercial.

Esta actualización se inicia con el análisis comparativo del texto legal original y su modificación tal como rige hoy día, haciendo particular referencia al decreto 897/1995 en el Capítulo IV, punto 22 bis, en donde pone

de resalto que esa reforma se ajustó a la tendencia económica de desregulación económica, adecuando el texto a la normativa contenida en el decreto 2284/1991 por la que se eliminaron restricciones a la oferta de bienes y servicios en el territorio, asegurando así el libre acceso a los mercados por parte de productores y consumidores conforme los derechos constitucionales de comerciar, trabajar y ejercer industria lícita.

La obra, manteniendo su estructura original, transcurre en sus cuatro primeros capítulos con un profundo, extenso e interesante análisis del derecho comparado, de los institutos jurídicos análogos como el warrant, referenciando todos los antecedentes nacionales y cierra esta parte conformada en cuatro estadios, con el régimen vigente, sus distintas modificaciones y los distintos proyectos de reforma habidos hasta hoy.

A partir de allí la obra ingresa en un intenso y enjundioso tratamiento de cada aspecto de la normativa prendaria vigente, textos originales con profundo agregado de jurisprudencia por el actualizador, que refrescan la obra en todo su contenido.

Se mantiene en el Capítulo VI el desarrollo original que hiciera el maestro Cámara del contrato de prenda con registro y merece resaltarse en el Capítulo VII el análisis original de los elementos personales, activos y pasivos del régimen por vía del anterior texto del art. 5º, que se nutre con los comentarios actualizados del profesor Richard en págs. 206/207 y que deben complementarse con su puntilloso análisis, volcado en el comentario efectuado en págs. 495/496 respecto de las instituciones financieras extranjeras cuando acceden como acreedores en el sistema prendario.

En el tratamiento de los elementos reales del contrato desarrollado en el Capítulo VIII se advierte una excelente actualización de jurisprudencia y de las notas al pie, con un detallado análisis actualizado de las obligaciones accesorias, la prenda flotante y la extensión objetiva de la garantía que manteniendo el texto original se enriquece en los comentarios y jurisprudencia agregados.

Al transcurrir la obra por los elementos formales del contrato -Capítulo IX- encontramos un interesante desarrollo respecto de la inscripción prendaria, su plazo y la reinscripción, resaltándose el clásico debate de hasta qué momento debe o puede renovarse la inscripción, concluyendo con cita de Salvat respecto de que debe serlo aun cuando se hubiere iniciado el proceso de ejecución por hacer a la oponibilidad del privilegio frente a terceros. Debe resaltarse que es de aplicación también en este

punto, como en el punto 70 referido a la acción privada, el plenario de la Cámara Nacional de Comercio del 11 de abril de 2006 en cuanto a que la reinscripción del contrato no será procedente en el procedimiento del art. 39, una vez transcurrido el término de cinco años.

El Capítulo XI relacionado con los efectos de la relación prendaria frente a terceros desarrolla la versión original del maestro Cámara y como ningún otro autor expusiera la cuestión relacionada con el derecho reipersecutorio, la que es adecuadamente actualizada por el profesor Richard. Este capítulo se integra con el Capítulo XIV (Otros aspectos del proceso prendario) en donde se advierte la detallada incidencia que en el tema tienen las tercerías, incidentes, fuero de atracción del concurso y la quiebra con adecuado desarrollo del concepto del “*concurso especial*” que conforma la ejecución prendaria, significando así que esta no es individual sino una ejecución colectiva limitada que se ve ratificada en la actualización, comentario y jurisprudencia incorporadas en la obra.

Los capítulos XII y XIII integran todo el proceso de la acción prendaria, su trámite, defensas y excepciones resaltando en especial nuestra coincidencia con el maestro Cámara que, al referirse al pago, critica la jurisprudencia que no admite el pago parcial y a la vez -con cita de Zaefferer Silva- considera ilógico que ello se remita a discutirse en el acto de la liquidación. El tratamiento de los recursos es también interesante en estos capítulos, como el puntual desarrollo de la ejecución privada del art. 39 y el llamado juicio ordinario posterior. Cierra la obra el Capítulo XV de extinción de la prenda y el XVI que relaciona las disposiciones penales aplicables al régimen particular de la prenda con registro.

Concluimos este breve comentario resaltando que la actualización de la obra ha sido excelentemente lograda por el profesor Efraín Hugo Richard y la memoria del Maestro Héctor R. Cámara debe considerarse adecuadamente honrada con la revitalización lograda en este clásico del derecho argentino. Debo destacar que la obra mantiene su nivel de valiosísimo elemento de consulta para todo profesional del derecho y por ello aplaudimos la decisión editorial de su *aggiornamento* por ser ejemplo de la mejor doctrina nacional desarrollada en este apasionante tema.

Roberto A. Muguillo

DERECHO CONCURSAL COMPARADO,

Ariel Angel DASSO,

Buenos Aires, Legis, 2009, t. 1, 804 págs.

Ariel Angel Dasso, que nos venía deleitando y beneficiando con sus citas de la legislación concursal del derecho comparado, al mismo tiempo que exquisito intérprete de la ley nacional, nos regala ahora el acceso a esa legislación en un libro integral.

La multiplicidad y versatilidad de los negocios, los riesgos propios del mercado, las crisis locales o generalizadas, nuevos paradigmas en torno de la empresa, los intereses convergentes, la obtención de beneficios a través de diversos sistemas, los abusos, la competencia, han generado una renovación de las normas del derecho de crisis, normalmente desde el derecho concursal.

Las reuniones nacionales e internacionales en que interviene continuamente Dasso, uno de los juristas de mayor experiencia en la materia -nos hemos recibido ambos en 1955-, unida a la participación de jóvenes ya maestros en la especialidad, han venido enriqueciendo en esas jornadas -con continuos aportes doctrinarios- la interpretación del sistema de crisis. A ello se ha unido una jurisprudencia que va revelando la preocupación y capacidad de los jueces nacionales en afrontar las múltiples expresiones de los incumplimientos generalizados, no siempre vinculados a riesgo empresarial o a conductas ajustadas a derecho.

Las pocas líneas que van de seguido intentan mostrar la riqueza del aporte del distinguido profesor y amigo, pero más que nada están destinadas a incentivar a los interesados en estos estudios a bucear directamente en el material que nos entrega Dasso, buscando el aporte que les requiera el estudio o caso a que están abocados.

Mucho agradecemos a Ariel A. Dasso por lo que nos ha dado en más de treinta años que nos conocemos -período en que hemos estrechado nuestros lazos-, beneficiándonos con sus críticas agudas, en las disidencias respetuosas y vehementes que hemos mantenido en más de un congreso. De esta forma nos hemos sentido crecer, alentados por él mismo -unido a sus dos hijos, expertos juristas- para ahondar las cuestiones, mostrándonos siempre como primicia las novedades del derecho comparado, que ahora sistematiza en este verdadero *Tratado de derecho concursal comparado*.

En el primer tomo entrega la legislación de 7 países, incluido el nuestro en forma actualizada, lo que ya es de por sí un logro frente a las continuas modificaciones que se han producido. Lo hace alfabéticamente: Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España y Estados Unidos de América. Sabemos que ya entregó el segundo tomo con otras tantas legislaciones, el que esperamos con la fruición con que hemos devorado las páginas de la primera entrega, que a nosotros materializó en el reciente Congreso Iberoamericano de la Insolvencia de Mendoza (octubre de 2009).

El magnífico prólogo del jurista mexicano Antonio Silva Oropeza es en sí mismo una reseña de esta obra, al igual que los “Agradecimientos y Dedicatoria” y el “A manera de prólogo” del autor, que certifican que cada legislación y capítulo “están arbitrados por estudiosos relevantes de los respectivos países”. Particularmente estimamos el reconocimiento que formaliza a la “escuela comercialista cordobesa” al mencionar a su integrante el concursalista -pero integral jurista- profesor plenario Dr. Francisco A. Junyent Bas al manifestar: *“En la Argentina el tributo lo debo a toda la doctrina, en particular a Francisco”*, nuestro querido amigo y compañero de ruta académica.

Se abre este tesoro bibliográfico con dos notas más del autor: “El derecho concursal comparado”, donde destaca *“el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales. La persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”*, y *“Algo sobre el método”* donde explica la forma de acceder al cotejo que *“resulta así simplificado satisfaciendo la pretensión de consulta urgente”*. El Capítulo I, dedicado a Alemania se inicia en realidad con lo que pudo ser una advertencia general en la “Parte I”, donde se refiere a *“Leyes y proyectos en países de avanzada en materia concursal”*. 1. Crisis del derecho concursal, donde apunta que *“La ley francesa del 23/7/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa. de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico”*, continuando con 2. Una breve reseña: *“Ante la crisis empresarial, entonces, se llega a la reestructuración de la empresa viable económicamente”* y en 3. Garantismo vs. Eficientismo sobre el *“convenci-*

miento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado". La parte II es donde se inicia el análisis del sistema concursal alemán, donde pone en relevancia los aspectos generales y destacables particularmente los aspectos de reconversión de empresas con la intervención del Comité de Empresas y otras formas de atender los intereses laborales, la inmediatez con que deben actuar los administradores societarios, la prohibición de obstrucción dirigida a acreedores, y también la insolvencia del consumidor. Termina esta parte con una nota doctrinaria sobre la reacción legislativa ante la crisis, evitando la apertura de procedimientos concursales de sociedades ante el sobreendeudamiento generado por la pérdida de valor de activos financieros e inmobiliarios, y también la modificación de las normas societarias en torno a reducir el capital mínimo de la S.R.L., y el tratamiento no tan riguroso de los financiamientos de socios minoritarios, dejando de considerarlos capital social. La parte III presenta en idioma castellano la integridad del régimen legal alemán de la insolvencia.

El Capítulo II se refiere a la legislación nacional. La parte I explica la "Estructura metodológica del concurso preventivo y del acuerdo, del concurso del grupo y del garante, la conversión de la quiebra en concurso, el proceso de quiebra, acciones de recomposición patrimonial, extensión de la quiebra, continuación de la empresa y cooperativas de trabajo, liquidación y distribución, privilegios, rehabilitación y conclusión de la quiebra. Continúa con referencias a los pequeños concursos, a los órganos del concurso. Introduce un cronograma o camino crítico temporal. Después de ello en la Parte II presenta la normativa nacional integrada por sus repetidas reformas a partir de la ley 24.522.

El Capítulo III presenta la legislación de Brasil del 2005 fruto de diez años de análisis: "Recuperación judicial y extrajudicial del empresario y de la sociedad empresaria", que permite "oponer a la demanda de quiebra el pedido de propia recuperación. que importa la continuidad de la actividad y su mantenimiento en el mercado". Regula el "denominado Plan de Recuperación judicial. preservando los activos tangibles e intangibles, la unidad de producción y su función social. por medio del mantenimiento de la fuente productora de empleo a los trabajadores, los intereses de los acreedores, por vía de la prevención de la empresa con reconocimiento de su función social y de estímulo a la actividad económica" (art. 47). Los acreedores tardíos "*están privados de voto en la*

asamblea general de acreedores salvo los créditos de acreedores laborales. Se anota. el escaso vigor del fuero de atracción. El comité de acreedores está constituido por tres integrantes representantes de distintas clases y una de ellas necesariamente es la de los acreedores de créditos laborales. Los sindicatos de trabajadores pueden representar a sus asociados que fueran acreedores cuando no comparezcan personalmente. La clase laboral es la única en la que la mayoría se obtiene por número de personas. El crédito laboral salarial vencido en los tres meses previos al pedido de recuperación judicial, hasta el límite de cinco salarios mínimos, debe ser satisfecho como condición de aprobación del plan. El eje de la recuperación es el plan que el deudor debe presentar al juzgado, dentro de los 60 días de la publicación de la resolución de apertura. El plazo de ejecución no puede ser superior a un año para el pago de los créditos laborales y accidentes de trabajo. El juez puede conceder la recuperación aun cuando el plan no hubiera sido aprobado por los acreedores” en ciertas condiciones. Refiere también al plan extrajudicial preconformado y sus efectos. Con estas referencias estamos tratando de incentivar la consulta directa, que explicita con coherencia la política jurídica y la estructura normológica de la ley, que va en la parte II a partir de la pág. 249.

En la parte I del Capítulo IV, Dasso explica el sistema de la ley de 2005 de Chile. Nos detenemos en la explicitación del Título XII “De los acuerdos extrajudiciales y de los convenios judiciales”; “*celebrados entre el deudor y uno o más acreedores. sólo obliga a quienes lo suscriben. La ley chilena no recepta la tendencia de los ordenamientos actuales que establecen fórmulas avanzadas de acuerdos extrajudiciales con ulterior homologación*”. Luego se refiere al “convenio judicial preventivo” en el que “*El síndico debe informar al tribunal sobre el contenido de la propuesta de convenio. que la suspensión de las acciones patrimoniales. no se aplica a los juicios laborales. La ley exige un convenio único e idéntico para todos los acreedores, salvo acuerdo unánime. con lo cual se advierte una clara intransigencia frente a la categorización. de acreedores. La ley permite que el deudor y los acreedores determinen que toda diferencia. de cumplimiento se someta a un juez árbitro, pudiendo establecer la naturaleza del arbitraje*”. Resulta muy interesante, y así lo explica Dasso, que “*El sistema de voto permite advertir una notable fórmula*

destinada a la facilitación en la obtención del acuerdo: para obtener las mayorías, un acreedor con derecho a voto puede excluir a otro oponente al acuerdo, adjuntando la suma que correspondería como monto probable de recuperación en la quiebra". Se organiza un sistema de determinación de ese valor, de oposición y decisión. Se otorga posibilidad al "voto a los cesionarios de créditos cuando la cesión se hubiera producido antes de los 30 días a la fecha de formulación de la propuesta".

Este aspecto de la desinteresación del acreedor que se opone en la legislación chilena, permite a nuestro distinguido colega incorporar una parte II: "La prueba concursal del mejor interés de los acreedores (*The best interest of creditors test*) y la exclusión del voto disidente", con un análisis del derecho comparado -partiendo de la legislación de Estados Unidos de América-, la doctrina y jurisprudencia que, incluso en nuestro país, se ha gestado, con efectos opinables, que Dasso equilibra con la referencia "Es un presupuesto explícito en algunos casos, pero siempre tenido como vigente en forma implícita, que la propuesta o plan cualquiera fuere el proponente debe ser 'justa y equitativa', realizada de 'buena fe' aunque dicho término no tenga definición legal". Hemos hecho algunos aportes sobre el punto que, sin duda, se seguirá debatiendo. La información que nos brinda el autor es fascinante, como también sus argumentos.

La parte III se corresponde en este Capítulo a la normativa chilena.

En el Capítulo V refiere la legislación de Colombia. En la parte I describe la ley de 2006, destacándose en este vuelo de pájaro sobre páginas llenas de comentarios interesantísimos, que se ha derivado la jurisdicción a la Superintendencia de Sociedades en la "alta preocupación por mantener un proceso eficiente, y un alto grado de ejecutividad y simplicidad, por lo que la inapelabilidad es la regla. ante una jurisdicción mayoritariamente inepta". Para acceder al "acuerdo de reestructuración" se debe "estar al día con el cumplimiento de las obligaciones previsionales y retenciones laborales", aceptándose que esa presentación la formule la deudora ante la "amenaza de insolvencia", con lo que "se integra en el elenco de los que siguen la tendencia más moderna de la búsqueda de flexibilizar el acceso a la solución concursal anticipándose al momento en el cual la situación económico-financiera se torne irreversible, condenando entonces a la empresa a la liquidación por haberse tornado ya inviable". "Recepta la noción de

grupo económico en crisis, incluyendo como novedad relevante la posibilidad de iniciar un proceso de reorganización en forma simultánea de varios deudores". La administración "se detalla con regulación precisa y casuística, que da lugar a interpretar que los procesos colombianos se han visto contaminados por ciertas prácticas abusivas de los deudores". El síndico es denominado "promotor" y puede ser reemplazado por determinada mayoría y una vez determinados los "derechos de votos y acreencias". Prácticamente se impide la rescisión contractual por insolvencia para "favorecer el mantenimiento del negocio del deudor". La cesión y subrogación de créditos está autorizada expresamente, y permite el ejercicio del derecho de los votos, "despeja una fuerte y novedosa discusión concursal declarando la legitimidad de la cesión de los derechos creditorios en el caso de concurso y también de la subrogación legal". Se impone "la presentación por parte del deudor del plan de reorganización de la empresa, como una condición necesaria para la admisión de la presentación del acuerdo, el que debe ser abonado con criterio empresario, juntamente con un flujo de caja". Se determinan cinco categorías de acreedores, sometiéndose "a los accionistas -acreedores internos- a un sistema de restricciones o subordinaciones". Se permite la reforma del acuerdo, y se exige una mayoría del 60 % como condición "de excepción a la regla del pago del capital". "No está permitido al deudor acceder al proceso de insolvencia cuando dentro de su pasivo presente obligaciones fiscales derivadas de retenciones", en otros supuestos las acreencias fiscales están sujetas al acuerdo. El acuerdo es homologado previo al escrutinio de acreedores "en una audiencia en la cual los mismos pueden plantear sus dudas u objeciones". De su rechazo puede derivar un acuerdo de adjudicación, donde el "promotor asume la posición de representante legal de la sociedad". Apunta Dasso que "Las empresas que hayan celebrado un acuerdo de reorganización no están sujetas a renta presuntiva por los tres primeros años contados a partir de la fecha de confirmación del acuerdo, decisión sobria que disipa la retórica discusión que existe en otros ordenamientos (así en la Argentina) acerca de si la quita concursal otorgada a los acreedores de una empresa insolvente es 'ganancia' y por lo tanto está sujeta a imposición tributaria". Los créditos laborales pueden ser capitalizados, pero en caso "de que no se obtuviera la reorganización, estos créditos no se consideran novados". Los beneficios del acuerdo "no se

extienden ni benefician a fiadores o garantes (art. 43 inc. 6) pero se puede ir contra ellos una vez decretado el incumplimiento del acuerdo de reorganización". Frente al incumplimiento del acuerdo no implica la liquidación *"primero el juez convocará al promotor síndico para que proponga una solución y luego una audiencia con el deudor. En aspectos de responsabilidad civil"*. *"Se establecen reglas claras y directas, aunque redundantes con aquellas que deriven del régimen de la responsabilidad civil de los socios y administradores del régimen societario. Advértase que la responsabilidad se extiende incluso a los empleados"*. Se admite un sencillo acuerdo extrajudicial y se regula la insolvencia transfronteriza. La parte II presente el régimen legal colombiano.

El Capítulo VI está destinado a España. La parte I como *"Comentario a la ley concursal española"*. Refiere una breve historia de la gestión de la legislación aprobada en el año 2003, con vigencia desde el 2005 y de una reforma del corriente año. Siguiendo tendencias se determina la unidad del procedimiento, con diversos desenlaces. *"No prevé un tratamiento diferenciado para la macroempresa. en cuanto a la microempresa, apenas puede advertirse un procedimiento abreviado"*. El *"Concurso voluntario"* *"sólo puede ser actuado por el deudor. no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. la llamada insolvencia inminente. conlleva algo de previsión y de predicción, lo que conecta con el tema, siempre difícil de abordar, de la prevención de las crisis económicas"*. *"En el caso del concurso necesario (el que procede a instancia de acreedor o del deudor), la insolvencia debe ser actual"*. *"El deber de presentación ha sido liberalizado por la reforma DL 3/2009, ante la necesidad de aportar condiciones más facilitantes a los deudores, ampliando ostensiblemente los plazos. Tal obligación de solicitar el concurso ya no resulta exigible cuando el deudor en estado de insolvencia hubiera iniciado negociaciones con sus acreedores para formular una propuesta anticipada"*. Ello es coherente en que esa norma *"incorpora un convenio preconcursal, contractual"*. *"El llamado en doctrina órgano judicial o sindicatura es designado en la ley como administración concursal. Tiene integración colegiada compuesta por un abogado, un economista, ambos con cinco años de antigüedad en el ejercicio, y un acreedor ordinario o con privilegio general no garantizado"*. Los acreedores integran la junta que *"sesiona en asamblea y tiene a su*

cargo la aprobación del convenio, salvo que se trate de la forma denominada propuesta anticipada”. “El carácter fundamental conservativo del concurso implica, de toda necesidad la continuación de la actividad, cuando el concurso fuere necesario el deudor es sustituido en la administración y disposición del activo. Constituye un extremo sin precedentes en el derecho comparado la facultad judicial, a pedido de la Administración concursal o aun de oficio, de disponer ab initio el embargo preventivo de los bienes personales de los administradores o liquidadores actuales y de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso”.

Respecto de la compensación, expresa el autor: *“Siguiendo el tradicional modelo francés, y apartándose del modelo alemán que admite la compensación cuando sus requisitos se producen en forma ulterior a la declaración del concurso, no se admite la compensación”.* Trata con particularidad el “crédito laboral” en torno de las relaciones laborales, la modificación suspensión o extinción de los contratos colectivos *“cuando se considere que quedan comprometidos gravemente no sólo la viabilidad futura de la empresa sino también el compromiso al empleo o la posibilidad de grave perjuicio a los trabajadores. Se califican como créditos salariales contra la masa, prededucibles, de pago inmediato. los salarios de los 30 días anteriores a la declaración del concurso. Se consagra el efecto novatorio respecto a los créditos ordinarios, de los privilegiados que votaron a favor y de los subordinados, determinándose que todos ellos quedan extinguidos en la parte a la que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de la espera. La introducción de la categoría de subordinados constituye un reflejo del modelo estadounidense, incorporado en el derecho concursal de los países centrales. Están clasificados detrás de los ordinarios, carecen de voto y sólo cobran luego de la total satisfacción de los ordinarios”.* Respecto de la propuesta: *“El sistema establece significativos límites a los contenidos económicos de las propuestas: las esperas no pueden exceder los cinco años y las quitas no pueden superar la mitad de cada crédito, pero el juez está facultado para labilizar tales límites cuando se tratare de empresas de trascendencia para la economía. El convenio puede tener un contenido de reorganización, por medio de un plan de viabilidad. La conformidad de los acreedores con*

aplicación de la regla de la mayoría sigue siendo el eje de la concursabilidad. Los cesionarios de créditos por actos entre vivos ulteriores a la declaración en concurso, salvo adquisición por título universal o por realización forzosa, no tienen derecho de voto". Las mayorías se flexibilizan "cuando consista en el pago total del pasivo ordinario dentro de los tres años o en el pago inmediato con quita inferior al 20 %". "Si el convenio fracasare por cualquier circunstancia procede la liquidación según un plan redactado por la administración concursal". "La calificación sólo procede en hipótesis en la que el convenio aprobado contuviere una quita mayor a la tercera parte del pasivo o una espera superior a los tres años, pero es siempre procedente en hipótesis de liquidación. La sentencia de calificación del concurso puede condenar a los administradores de hecho y de derecho, incluyendo a los que lo fueron en los dos años anteriores a la apertura del concurso, al pago del remanente insoluto resultante de la liquidación". El autor dedica un largo análisis a las previsiones de esta legislación al "acreedor involuntario", al igual que a las "Conclusiones del Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Declaración de Gijón del 18 de abril de 2009". Con ello se abre la parte II con la transcripción del régimen legal español.

Así llegamos al último capítulo de este primer tomo dedicado a la legislación específica de Estados Unidos, donde apunta inicialmente: *"El derecho concursal anglosajón tiene divergencias con el derecho continental, ya que, de los efectos personales de una concepción orientada hacia los acreedores, pasa a una concepción orientada hacia el deudor. y su paradigma se halla en la institución angloamericana de la discharge, pone en evidencia la intención política del legislador de evitar por cualquier medio que la solución concursal se convierta precisamente en la eliminación definitiva del mercado del comerciante fallido. que pueda tener un comienzo nuevo (fresh start)".* Refiere antecedentes de Inglaterra y la reforma de 1985 basada en *"Proveer de instrumentos para evitar el abuso de la responsabilidad limitada de los directores y ejecutivos de las compañías, cuyos actos irresponsables hubieran perjudicado los intereses de los acreedores o del comercio en general. Modificar los procesos paraconcursoales y estimular su utilización. Introducción de un nuevo procedimiento de administración para facilitar la recuperación y reorganización de las compañías amenazadas de insolvencia, pero*

con las razonables perspectivas de retornar a la viabilidad". Luego afronta la descripción del sistema de Estados Unidos de América, destacando: "*Tenía capítulos impares sucesivos. El propósito era prever la ulterior incorporación de otros capítulos que así podrían ser intercalados, sin alterar el orden numeral originario*". El primer efecto es la suspensión de las acciones contra el deudor.

El Capítulo 11, denominado *Reorganization*, tiene carácter general y está destinado al salvataje del patrimonio del deudor y al pago a los acreedores. Se mantiene la regla del *debtor in possession*. El Capítulo 11 tiene su base en el llamado "Plan de Reorganización" que debe contar con el visto bueno de la Security And Exchange Commission. Los síndicos son personas físicas o sociedades anónimas constituidas específicamente. El procedimiento del Capítulo 11 del nuevo texto se basa en la discrecionalidad del tribunal. le otorga al deudor la posibilidad de lograr plazo suficiente para cancelar el pasivo, permitiéndole continuar al frente de sus negocios. incluyendo la posibilidad de emitir nuevas acciones por las deudas, la participación de los acreedores en las futuras ganancias de la compañía y el libramiento de nuevas acciones de capital. tiene como base central, alrededor de la cual gira, el plan que el deudor puede presentar. nunca más allá de ciento veinte días posteriores a la orden de apertura. Esta presentación podría también ser competencia de cualquier otra parte interesada. siempre que el deudor no haya presentado un plan puede contener medios adecuados. que podrían ser: a) retención por el deudor de todo o una parte de la propiedad del patrimonio, b) transferir todo o parte de la propiedad del patrimonio a uno o más entidades, c) fusión o consolidación del deudor con una o más personas... h). extensión de la fecha de vencimiento, cambio de una tasa de interés y modificación del estatuto del deudor. El plan debe ser aprobado por acreedores que representen al menos dos terceras partes en cantidad y la mitad en número de las pretensiones admitidas a tal clase. Debe depositarse de buena fe. El proponente debe revelar el nombre y las relaciones existentes con las personas con las que operará, luego de la homologación del plan. Todos los créditos deben ser liquidados de contado al momento de la homologación del plan, aunque se aceptan pagos en cuotas para los acreedores que así lo acepten. Se prevé un procedimiento llamado *cramdown*, gracias al cual el proponente del plan puede requerir al juez que éste sea homologado igualmente en el caso de que la mayoría no se hubiera obtenido en todas y cada una de las clases.

Destaca la influencia de esa legislación y una serie de sus características, indicando que se *“define al acreedor como todo ente que tiene un crédito (claim) contra el deudor, nacido la momento de o antes de la orden de alivio. El tribunal de bancarrotas por sí mismo puede aplicar prioridades basadas en principios de equidad. Esto se consigue a través de la aplicación de la doctrina de la subordinación de los créditos. Invalida algunas transferencia preferenciales del deudor a acreedores favorecidos antes de la fecha de bancarrota. El síndico puede tornar ineficaces las transferencias fraudulentas hechas dentro del año previo a la fecha del inicio del pedido de quiebra”*. Más adelante vuelve en detalle sobre la reorganización del capítulo 11, poniendo énfasis en el plan, el período de exclusividad del deudor, la división de créditos y la aceptación, como así también la homologación basada en la buena fe, factibilidad, pagos en efectivo y aceptación de los acreedores: *“Con relación a los créditos quirografarios las condiciones de justicia y equidad están regladas conforme dos parámetros: 1) deben recibir “un valor a la fecha de vigencia del acuerdo igual al importe admitido de los créditos” (sección 1129, b. 2. B. I), 2) los titulares de créditos o derechos subordinados a los créditos de la categoría disidente no deben recibir bien alguno en virtud del crédito o derecho subordinado. La categoría disidente de derechos afectados puede incluir a socios solidarios o comanditarios en sociedades personales, unipersonales, y a accionistas de la anónima. El deudor reorganizado o la nueva entidad que va a suceder a las propiedades del deudor emergen del procedimiento con sólo aquellas obligaciones que son impuestas por el plan. Si el deudor no presentar el plan, quedan habilitados todos los interesados, el síndico, el comité de acreedores o tenedores de participaciones societarias, acreedores, fideicomisarios, incluido el propio deudor. También puede disponerse la modificación en el estatuto del concursado que tenga forma de sociedad anónima, de cláusulas que prohíban la emisión de acciones sin derecho a voto o que dispongan respecto de varias categorías de acciones con dicho derecho de voto entre las diversas clases de acciones, incluyendo el caso de acciones preferidas. Asimismo pueden incluir disposiciones que se estimen adecuadas respecto de la elección de directores que a representen en el caso de incumplimiento en el pago preferente de los dividendos”*. Culmina la parte I con referencias a los concursos de granjeros, de un individuo asalariado -de la reforma al concursamiento del consumidor- y la quiebra internacional, y un glosario de definiciones terminológicas del

inglés al castellano. Luego la parte II contiene el sistema normativo traducido, manteniendo los títulos también en el idioma original.

El relato de cada legislación, muchas veces genérico, es luego explícito y pormenorizado, permitiendo a su vez el cotejo con las normas del sistema.

Ex profeso hemos limitado las transcripciones con la intención de provocar la consulta directa de lo que el autor expresa, como así también hemos elegido los aspectos que desde nuestra limitada óptica abren interesantes perspectivas que imponen la lectura integral del libro. Al mismo tiempo hemos omitido formalizar comentario personal alguno para no inducir al lector o distraerlo de la ilación que metodológicamente aplica Dasso, con quien -como dijimos- mantenemos cordiales disidencias y polémicas que, personalmente, nos hacen crecer al imponernos nuevos análisis o argumentaciones.

Un trabajo de gran importancia, no sólo para los estudiosos, sino para los profesionales que ante situaciones límites podrán buscar soluciones e interpretaciones en las previsiones de la legislación comparada presentada.

La capacidad académica de Ariel Angel Dasso nos permite así ingresar en la extrema complejidad de la legislación concursal a la que hemos referido tan a vuelo de pájaro, tratando de estimular el acceso a las soluciones del derecho comparado frente a la crisis -conforme la pretensión lograda por el eximio jurista amigo-.

Nos hemos deleitado y tratamos de transmitir esa impresión en este breve -aunque largo comentario-. También hemos aprendido.

Córdoba, octubre de 2009.

Efraín Hugo Richard

INSOLVENCIA SOCIETARIA,

Efraín H. RICHARD,

Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, 313 págs.

Un libro más del Dr. Richard, por tanto -y como siempre-, promesa y alegría. Todos los que hemos seguido su enjundiosa producción sabemos

que va a desarrollar a fondo el tema que ataca, conservando una de las notas características, incluso definitorias de su estilo, a saber, el enfoque riguroso del tema que le ocupa va invariablemente enriquecido por numerosas ocurrencias que notoriamente se le agolpan sobre la marcha, a las que atiende con agudeza y luciendo ese *background* de buena onda que aumentan, como bien advertir, la siempre grata lectura. Pero no se piense que Richard, con esas consideraciones paralelas, se aleja del tema que le ocupa. Por el contrario, su propósito sigue un orden inteligente y escrupuloso. Entre tanta riqueza de tratamiento, nos queda -y arriesgaríamos a calificarlo como nota objetiva- la problemática de la empresa que, en situación de dificultades e incluso de cabal estado de insolvencia, demora la promoción de su concurso. Es casi el *leitmotiv* de la obra, y en ese punto centralizaremos nuestro examen del libro.

Las razones que invoca Richard son irrefutables, y anotamos que hacen a un tema de notoria actualidad. Al respecto consignamos una referencia ocasional. El régimen concursal italiano, según las importantes reformas introducidas por ley del 9/1/2006 y modificación del 12/9/2007, dispone que ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, sobre todo si reparamos en la previsión expresa de que en caso de insuceso el tribunal debe pronunciar la quiebra. En recentísima publicación (Alberto di Jorio, en Cottino, Gastone [dir.], *Trattato di Diritto Commerciale*, t. XI, 2009, págs. 8/9) se dice que “*el nuevo sistema de los procedimientos concursales no deja desarmados a los acreedores frente al riesgo de que el deudor retardara el acceso al concordato... En efecto, si bien sigue estando precluido a los acreedores sustituirse al deudor en pedir el concordato preventivo, la nueva disciplina del concordato falimentario... constituye una oportunidad considerable: frente a la insolvencia del deudor y al retardo en presentar una propuesta de concordato preventivo, los acreedores pueden pedir ellos mismos la quiebra y proponer contemporáneamente un concordato falencial...*”. El autor agrega que se trata de “*una innovación significativa de la reforma, que no encuentra correlato en los modelos extranjeros, aun cuando avanzados, en los que nuestra reforma se inspiró*”. Prueba elocuente de que, aun suprimida la calificación penal por demorar la presentación, aquella tempestividad en la promoción del concurso ha adquirido reciente y nítida relevancia. Esa

renuencia empresarial en orden a promover su concurso es atendible; al menos, humanamente atendible. Ocurrir a la justicia confesando un estado de dificultades económicas conlleva la admisión, en mayor o menor medida, de un fracaso. Por eso remarcamos que humanamente se comprende la postura dubitativa o remisa, disipando de ese modo el momento más apropiado para lograr un apoyo que posibilitara superar el trance (inolvidables los personajes de las novelas francesas decimonónicas sobre el comerciante que debía “*déposer son bilan*”, esto es, someterse a la quiebra). Pero de ninguna manera ese aspecto humano del problema es factor único ni decisivo, porque el recurso a remedios judiciales, incluso la trascendencia de que eso está por ocurrir, impone consecuencias que bastarían por sí solas para llevar al derrumbe de una empresa claudicante, como la desaparición del auxilio bancario y de todo recurso al crédito, retracción de quienes ordinariamente intercambian negocios que hacen a la vida empresarial de la concursable -justo cuando sería más necesario intensificarlos para superar los problemas-, en suma, lo que se dio en llamar el “cordón sanitario”. Empero, aun concediendo que fuera comprensible la demora, las consecuencias son inexorables, con más la imposibilidad de prever cuántos serán los destinatarios ignotos en quienes percutirá aquella tardanza.

El tema de la “conservación de la empresa” -rúbrica del Cap. IV- ocupa a Richard desde hace años. En premio a ese ideal, señala que “*para conservar la empresa sus administradores deben actuar oportuna o tempestivamente*”, lo cual vale para “*todas las crisis, pero en las sociedades con más razón*”, pues “*el problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento*”, y se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente “frente a la mera crisis financiera o económica general”. Algún resbalón trialista resulta inocuo, fuera de que Richard es merecedor de toda indulgencia, aun cuando cometiera algún pecadillo.

En el Cap. VI reitera su reclamo de “actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis” como presupuesto de “la conservación de la empresa”. En sede concursal, destaca con razón que la frase recién entrecomillada -no el ideal- suele mezclarse con “*la aceptación de un acuerdo con una depredadora quita y espera de los créditos quirografarios*”, además, “*en beneficio directo de los socios..., cons-*

tituyendo una modalidad de abuso de derecho... so pretexto de la conservación de la empresa". Señala con énfasis que las normas del derecho concursal vigente resultan *"ineficaces para prevenir la insolvencia o actuar tempestivamente"*, insistiendo en *"la acción depredadora de los concursados en perjuicio de la empresa, los trabajadores y los acreedores"*, ello, agravado porque *"una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuesto de dolo"*, con la agravante de que su promoción se supedita a autorizaciones que por sí solas dificultan el intento. Agrega que *"ninguna ha de aplicarse a los administradores societarios que presentan a la sociedad en concurso si es que logran un acuerdo"*, y recuerda la tesitura contraria de la ley francesa. Remacha con su tema central - *"... en la mayoría de las presentaciones en concurso de las sociedades comerciales la cesación de pagos ya se había producido con anticipación... hasta varios años"*-, lo cual podría incluso *"configurar el delito de administración fraudulenta, art. 173 , inc. 7, C.P., en tanto con su accionar perjudicar a los intereses confiados..."*. Incluso, *"tras la sanción de la ley 25.602 (año 2002), que incorpora el art. 174 , inc. 6, C.P., tales conductas podrían quedar comprendidas en los delitos de vaciamiento de empresas"*.

El denso Cap. VII trata sobre *"Aspectos societarios de la crisis económica"*, e insiste en que *"ante la crisis los remedios deben aplicarse en forma más rápida, evitando la profundización de esa crisis y su contagio"* (cita de Yadarola). Toca después un punto penoso, al que lamentablemente hay que mirarlo de frente sin el espejo de Perseo: *"... la gente no cree en el sistema jurídico, ni en el poder que hace las leyes, ni en quien las aplica tardíamente... Hoy debemos pensar en una lógica de la incertidumbre"*, pensamiento que exhibe *velis nolis* una ineludible valencia cronológica, a saber, el *"hoy"* del trasfondo temporal aludido. Afortunadamente, Richard no se limita a las críticas severas y fundadas de las cuales reprodujimos unas pocas muestras, sino que también ofrece, con autoridad, las formas de superarlas con apoyo en el derecho, que ofrece *"proyecto de formas de vida capaces de organizar el futuro, y no sólo instrumentos de coacción, control o sanción; pero no bastan buenas nuevas -que las hay- si no son efectivas. No basta con declamar el derecho si el mismo no es aplicado o lo es tardíamente"*, y señala una paradoja que consiste en *"resolver todas las cuestiones a través del derecho como pauta de paz social"*, asis-

tiendo a la presencia de “grandes zonas de marginación del sistema jurídico: grupos de poder, y grupos de marginados donde imperan otras normas no escritas”. Hace precisa referencia a la preeminencia de la *lex mercatoria*, o sea, las conductas internacionales gobernadas por reglas uniformes y por los contratos autónomos propuestos por los grandes grupos económicos, subrayando una característica definitoria de ese nivel de vinculaciones, a saber, que “el derecho de cada país se subalterniza”. Es de práctica en el comercio internacional que las partes inserten cláusulas especiales para determinar, conforme a la autonomía de la voluntad, “cuál será el derecho aplicable para regir su relación, en especial los conflictos...”. Esos contratos “suelen incluir cláusulas de autoejecución, generándose una suerte de sistema jurídico mercantil transnacional”, evitando ocurrir a las magistraturas ordinarias. “Creatividad, complejidad, escape al marco normativo, internacionalización, autoejecución de los contratos, son algunas de las pautas que guían la conducta de los agentes económicos, generando un nuevo microclima que incluso impulsa la política. Se genera una nueva *lex mercatoria* en beneficio de los grandes grupos económicos”. Richard estima que eso es natural, pero “lo que no resulta natural es que el Estado omita asumir una tendencia similar de protección para los otros grupos, incluso la pequeña y mediana empresa frente a la globalización económica y financiera”. Hace bien el autor en señalar esa circunstancia, notoria desde hace un siglo y en crecimiento exponencial. Cita un libro del prestigioso ministro de nuestra Corte Suprema, Carlos S. Fayt (*Teoría de la política en el siglo XXI*, Buenos Aires, 2002), del que transcribe algunos pasajes, por ejemplo: “... entre política y economía hay una interrelación funcional. El poder estatal cristaliza y protege una determinada forma de propiedad, que en el Estado occidental ha sido el de la apropiación privada de los bienes (...el poder político condiciona la economía por tres medios visibles: a) mediante la fijación de nuevas formas de propiedad; b) imponiéndole restricciones en el ejercicio del poder de policía o a través de reconstruir su concepción bajo la idea de ‘justicia social’; y c) planificando el proceso económico...); el hecho irreversible de la democracia política y el sufragio universal, el advenimiento gradual del proletariado al poder político y la tendencia del constitucionalismo social muestran a la sociedad contemporánea enrolada en el anticapitalismo, siendo rasgo distinto de nuestro tiempo

el control cualitativo y cuantitativo de las relaciones económicas por el poder político. La organización de la economía ha venido a depender del poder político, y éste de la masa del pueblo". Tras lo transcrito agrega que *"la realidad nos marca hoy que el Estado ha sido conquistado por los grupos económico a través de la sumisión de los políticos gobernantes"*, aserto lamentablemente indiscutible, y asimismo con valencia cronológica. Menciona "un punto esencial de la construcción del sistema societario y concursal", que lo sería "la operatoria de sociedades con dotación patrimonial adecuada". Reitera que *"las normas del derecho concursal vigente aparecen como ineficaces para prevenir la insolvencia o actuar temporáneamente con sus síntomas"*, reproche justificado ante la notoria desatención de tantos esfuerzos, proyectos, incluso concreciones que ofrece el derecho comparado tras la consigna de la prevención de las crisis empresariales, en vista a la profundamente sentida necesidad de intervención cuando empiezan a mostrarse los signos de dificultades y en vista a la búsqueda de remedios que conengan al ideal de mantenimiento o recuperación de las empresas con problemas que pudieran comprometer la prosecución de su actividad. De esa ineficiencia "del derecho concursal vigente" destaca Richard lo relativo a la "propuesta abusiva". Dice que ciertos empresarios "y alguna doctrina complaciente" tratan de justificar que se prosiga *"la operatoria de una sociedad... en insolvencia, sosteniendo que se trata de situaciones financieras coyunturales, culpando al gobierno, a la imprevisibilidad de las medidas económicas, al mercado, a los competidores, a los proveedores, etc."*, y con esas excusas demoran la presentación judicial oportuna -el *leitmotiv* de Richard-, tratando "en el concurso que abrirá tardíamente" de "traspasar todos los daños generados a los acreedores". A esa anomalía siguen las propuestas abusivas, y en orden a ellas la "compra de créditos, subrogación, cesión, etc.", estimando, con razón, que ello hace "presumir maniobras para obtener mayorías". Mientras tanto, el sistema societario no responsabiliza al administrador, que sólo asume una obligación de medio descripta por el art. 59. Desde plurales ángulos de enfoque insiste en los problemas que apareja la demora en procurar soluciones judiciales, porque la erosión de la empresa se acentúa, las operaciones incluso desesperadas en vista a seguir tirando se multiplican, y cuando promueve su concurso suele ser tarde. Nuestra ley -dice- ha eliminado una anterior exigencia de ocurrir al tribunal dentro de los tres días de conocer el empresario su estado de insol-

vencia. La preocupación de Richard coincide con orientaciones cada vez más definidas a fin de impedir que la demora en la búsqueda de soluciones continúe y agrave el proceso de erosión, que inexorablemente percutirá sobre los acreedores, aun cuando no serán los únicos castigados ante esos eventos.

Recuerda que la disolución *ipso iure* de la sociedad por pérdida del capital social -art. 94, inc. 5, L.S.C.- se declaró inaplicable en 2002, por decreto de necesidad y urgencia prorrogado por decretos ulteriores (también se suspendía la reducción obligatoria del art. 206), lo cual alienta las “líneas permisivas que informa la legislación concursal”, a saber, que “*la sociedad puede seguir operando en insolvencia... no existiendo plazo alguno para que los administradores peticionen su concurso preventivo*”. Aquellos decretos -estima Richard- solucionaron un problema de infracapitalización formal, pero subsiste la norma indirecta de infracapitalización material o sustancial con respecto a cuándo el patrimonio es insuficiente para posibilitar el cumplimiento del objeto social o empresa. - Como en *La invención de Morel*, regresa el autor a su tema: “... *la actividad prolongada de una sociedad en insolvencia*”, que podría ser calificada como actividad ilícita a tenor del art. 19 L.S.C., desarrollando el tema desde diversas perspectivas. Y tanto lo preocupa y ocupa el punto, que en su última publicación -un atrevido y logrado *Ensayo sobre axiología del derecho concursal*- pregunta “*si existen sanciones por... abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación en concurso... La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la prosecución traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante*” (RDCO, marzo/abril de 2009, pág. 356. El trabajo es citado por Carlos E. Moro en publicación que figura en E.D. del 24/8/2009).

Con acritud y severidad -asimismo, con lucidez-, habla de “*estafa con relación a los administradores de una sociedad de transporte aéreo, que, en insolvencia, había vendido y cobrado pasajes... a pasajeros que sabía no podría transportar*”, derivando en los escándalos ocurridos con la invocación proficiente del *leverage buy out*, conducta que “trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas”, caso en el que el Estado adoptó, con los ojos abiertos, el papel de *cocu magnifique*, posibilitando “*una confusa y lamentable gestión... Las consecuencias de haberse tolerado... la insolvencia de nuestra*

mayor línea aérea la soportamos y las seguiremos soportando. El Dr. Domingo F. Cavallo y otro contador -ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta”, a saber, que la sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. “tomara a su cargo lo que los accionistas que adquirieron del Estado el 85% de esa sociedad libre de pasivo debían pagar... de allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentina S.A., trayendo los perjuicios al Estado, a los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio conocimiento”. Por eso el diputado Alberto Natale se expresó en términos que merecen transcribirse: “... ¿cómo fue posible que en cuatro días, desde el 17 de julio hasta el 21, se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según se dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscreta de un estudio jurídico de Buenos Aires... nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/1992 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17/7/1992. Con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro. El 20/7/1992 el acuerdo... y el convenio final entre el ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21/7/1992. La computadora indiscreta contó la verdad”. Hasta ahí el pasaje del Dr. Natale que transcribe Richard, quien agrega: “... el leverage buy out generado en esos casos, y particularmente el de Aerolíneas Argentinas, constituye un caso de administración societaria fraudulenta que puso en cesación de pagos a la sociedad desde el año 1992, y que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplido en un fin de semana, sustituyendo el Poder Ejecutivo a la esfera del Poder Judicial, y condenando indirectamente al Estado a soportar la pérdida de su posición en la sociedad, como a la de sus trabajadores, que no sólo perdieron el valor de su participación accionaria sino también sus empleos, y que las consecuencias que aún soportamos...”. Un tanto incidental el caso respecto del examen tan lineal de su tema que exhibe Richard, pero que se impone actualizar para que tan desagraciadas experiencias asuman un papel admonitorio (también el caso exhibe valencia cronológica).

En el Cap. IX -“La solución concursal”- recuerda que “*la conservación de la empresa aparece como un elemento fundamental al momento de la decisión de un juez de homologar una propuesta de*

acuerdo aceptada por los acreedores”, y reitera que la ley ha eliminado “*toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso*”, ratificación del señalado leitmotiv que inspiró a Richard, y con ello cerramos esta recensión porque así lo fijan los límites espaciales que nos impone la editora, malgrado la pluralidad de referencias, enfoques y asunciones valorativas -francas y valientes- que sobreabundan en el libro, de lectura tan grata como ilustrativa.

Oswaldo Maffía

INDICE GENERAL

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 2007-2010)	5
<i>EXPOSICIONES DE ACÁDEMICOS</i>	
La lesión y presunción de aprovechamiento <i>por Luis Moisset de Espanés</i>	9
Crisis financiera y responsabilidad <i>por Efraín Hugo Richard</i>	33
El trabajador autónomo en la legislación de Argentina y España <i>por Raúl Altamira Gigena</i>	77
La excesiva onerosidad sobrevenida y los Congresos de Derecho Civil <i>por Juan Manuel Aparicio</i>	95
El derecho y el mal <i>por Horacio Roitman</i>	137
La coparticipación impositiva federal <i>por Antonio María Hernández</i>	149
El sucesorio de Dalmacio Vélez Sársfield y su biblioteca <i>por Luis Moisset de Espanés</i>	173
El modelo jurídico multidimensional y la enseñanza del derecho penal <i>por Carlos J. Lascano</i>	175

Incorporación del Sr. académico de número Dr. Carlos Julio Lascano	
- Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa	183
- Palabras del Sr. académico de número Dr. Carlos Julio Lascano	186
El tipo objetivo del enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos	
<i>por Carlos Julio Lascano (h)</i>	195
Incorporación del Sr. académico de número Dr. José I. Cafferata Nores	
- Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Jorge de la Rúa	221
Prisión preventiva: estado actual de su recurrente problemática	
<i>por José I. Cafferata Nores</i>	227
Incorporación del Sr. académico de número Dr. Gabriel B. Ventura	
- Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés	269
- Palabras de presentación del Sr. académico de número Dr. Gabriel B. Ventura	272
Régimen jurídico de las comunidades de bienes	
<i>por Gabriel B. Ventura</i>	277

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES NACIONALES

Recepción del académico correspondiente Dr. Jorge H. Sarmiento García	
- Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Julio I. Altamira Gigena	293
Sobre la filosofía del derecho administrativo	
<i>por Jorge H. Sarmiento García</i>	299
Recepción del académico correspondiente Profesor Dr. Adolfo Alvarado Velloso	
- Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Manuel Cornet	311
El garantismo procesal	
<i>por Adolfo Alvarado Velloso</i>	317

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

Recepción del académico correspondiente Dr. Rafael Domingo Oslé	
---	--

- Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero	363
La crisis del derecho internacional <i>por Rafael Domingo Oslé</i>	371
Recepción del académico correspondiente Dr. Emanuele Lucchini Guastalla - Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero	429
La circulación de los modelos jurídicos y los sistemas latinoamericanos <i>por Emanuele Lucchini Guastalla</i>	437
Recepción del académico correspondiente Dr. Alejandro Venegas Franco - Palabras de presentación por parte del Sr. académico de número Dr. Horacio Roitman	453
Florentino González, jurista y buen ciudadano colombo-argentino <i>por Alejandro Venegas Franco</i>	455
 <i>HOMENAJES</i>	
Homenaje al Dr. Enrique Ferrer Vieyra - Palabras del Dr. Ernesto J. Rey Caro	471
Homenaje al Centenario del natalicio del Dr. Carlos Luque Colombres - Palabras del Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira en el acto de homenaje	475
- Palabras del Dr. Carlos A. Luque, en representación de la familia	486
Homenaje al Dr. Alfredo Acuña - Palabras de homenaje del Dr. Efraín H. Richard	491
- Palabras del profesor Dr. Luis Romero Basaldúa	499
Homenaje A Florentino V. Izquierdo - Palabras del Dr. Luis Moisset de Espanés	507
Homenaje a la Dra. Hilda Chamorro Greca de Prado - Palabras del Dr. Eduardo Fanzolato	513
Homenaje al Dr. Manuel Fernando Martínez Paz - Palabras del Dr. Carlos Julio Lascano	517
In memoriam de Mauricio L. Yadarola. La escuela cordobesa de derecho comercial <i>por Efraín Hugo Richard</i>	523

RECENSIONES

<i>Prenda con registro o hipoteca mobiliaria</i> , de Héctor Cámara, <i>por Roberto A. Mugullo</i>	594
<i>Derecho concursal comparado</i> , de Ariel Ángel Dasso, <i>por Efraín Hugo Richard</i>	552
<i>Insolvencia societaria</i> , de Efraín H. Richard <i>por Osvaldo Maffia</i>	563

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,
en el mes de diciembre de 2010

