# DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

ANALES 2006

# **ANALES**

# DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XLV AÑO ACADÉMICO 2006

CÓRDOBA REPÚBLICA ARGENTINA Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - 1ª ed - Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007.

497 p. ; 23x16 cm. ISBN 978-987-1123-40-7

1. Derecho. I. Título

**CDD 340** 

Fecha de catalogación: 13/07/07

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 2004 - 2007)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI Presidente

Dr. RICARDO HARO *Vicepresidente* 

Dr. ERNESTO J. REY CARO Secretario

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ Director de Publicaciones

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA Revisor de Cuentas

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD Tesorero

Dr. ARMANDO S. ANDRUET Director de Publicaciones adjunto

Dr. HORACIO ROITMAN *Revisor de Cuentas suplente* 

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929 E-mail:acader@arnet.com.ar Consulte novedades doctrinarias en la Página Web: www.acader.unc.edu.ar REPÚBLICA ARGENTINA

# **Presidentes Honorarios**

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

# ACADÉMICOS DE NÚMERO Y DISTRIBUCIÓN DE SILLONES al 31-12-2006

Pedro J. Frías (16-5-64)	Sillón Juan Bautista Alberdi
Luis Moisset de Espanés (13-12-72)	Sillón Tristán Narvaja
Víctor H. Martínez (12-10-76)	Sillón Enrique Rodríguez
Fernando Martínez Paz (15-4-77)	Sillón Jerónimo Cortés
Olsen A. Ghirardi (31-8-84) (*)	Sillón Juan Bialet Massé
Ricardo Haro (31-8-84)	Sillón Ramón Ferreyra
Efraín Hugo Richard (31-8-84)	Sillón Mariano Fragueiro
Juan Carlos Palmero (28-9-84)	Sillón Juan Antonio de Saráchaga
Jorge de la Rúa (18-10-85)	Sillón Santiago Derqui
Julio I. Altamira Gigena (11-8-89)	Sillón Deán Gregorio Funes
Juan Manuel Aparicio (11-8-89)	Sillón Rafael García
Daniel Pablo Carrera (11-8-89)	Sillón Julio B. Echegaray
Ernesto Rey Caro (11-8-89)	Sillón Salvador María del Carril
Héctor Belisario Villegas (11-8-89)	Sillón Alejo del Carmen Guzmán
Enrique Ferrer Vieyra (31-5-93)	Sillón Juan M. Garro
Horacio Roitman (10-9-97)	Sillón Juan del Campillo
Ramón Daniel Pizarro (2-12-97)	Sillón Manuel D. Pizarro
Humberto Vázquez (24-8-99)	Sillón Lisandro Segovia
Antonio María Hernández (14-9-99)	Sillón Joaquín V. González
Eduardo Ignacio Fanzolato (6-10-99)	Sillón Henoch D. Aguiar
Manuel Augusto Ferrer (2-11-99)	Sillón Arturo M. Bas
Ramón Pedro Yanzi Ferreira (23-11-99)	Sillón Nicolás Avellaneda
Armando S. Andruet (h) (26-6-2001)	Sillón Enrique Martínez Paz
Nelson Carlos Dellaferrera (29-5-2001)	Sillón Manuel Lucero
Zlata Drnas de Clément (15-5-2001)	Sillón Félix Sarría
Manuel Cornet (5-4-2005)	Sillón Pedro León
Hilda Eva Chamorro Greca	
de Prado (3-5-2005)	Sillón Alfredo Poviña
Domingo Juan Sesin (26-9-2006)	Sillón Sebastián Soler
Raúl Enrique Altamira Gigena (28-11-2006)	Sillón Sofanor Novillo Corvalár

# ACADÉMICO HONORARIO

Alfredo L. Acuña (11-8-59)

(\*) El académico de número Dr. Olsen A. Ghirardi ocupa también el sillón "Dalmacio Vélez Sársfield" en su carácter de Presidente de la Academia, conforme a lo dispuesto por el art. 10° de los Estatutos vigentes.

# ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS al 31-12-2006

Jorge Mosset Iturraspe - Santa Fe - 12-10-76.

Fernando de la Rúa - Buenos Aires - 15-12-80.

Alberto A. Natale - Rosario - 15-12-80.

Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80.

Alfredo Ves Losada - La Plata - 15-12-80.

Roberto José Dromi - Mendoza - 30-7-82.

Rodolfo P. Martínez - Buenos Aires - 15-4-83.

Roberto H. Brebbia - Rosario - 28-10-83.

María Josefa Méndez Costa - Santa Fe - 28-10-83.

Emilio Cornejo Costas - Salta - 28-10-83.

Alejandro G. Baro - Mendoza - 28-10-83.

René H. Balestra - Rosario - 16-4-84.

Adolfo A. Critto - Buenos Aires - 16-4-84.

Néstor Pedro Sagüés - Rosario - 25-7-86.

Fernando P. Brebbia - Rosario - 25-7-86.

Florentino V. Izquierdo - San Francisco (Córdoba) - 30-10-87.

Aldo Guarino Arias - San Rafael (Mendoza) - 6-5-88.

Héctor Angel Benélbaz - Mendoza - 27-5-88.

Horacio Daniel Piombo - La Plata - 12-5-89.

Aída Kemelmajer de Carlucci - Mendoza - 14-6-89.

Francisco I. Giletta - San Francisco (Córdoba) - 3-9-93.

Rodolfo L. Vigo - Santa Fe - 3-9-93.

Miguel Ángel Ciuro Caldani - Rosario - 4-7-94.

Luis E. Martínez Golletti - Villa María (Córdoba) - 4-7-94.

Pedro J. Bertolino - Mercedes (Buenos Aires) - 22-8-94.

José Raúl Heredia - Comodoro Rivadavia (Chubut) - 5-9-95.

Julio César Castiglione - Santiago del Estero - 22-11-95.

Mario Antonio Zinny - Rosario - 7-5-96.

Horacio A. García Belsunce - Buenos Aires - 6-10-98.

Ariel Alvarez Gardiol - Rosario - 13-4-99.

Luis O. Andorno - Rosario - 27-4-99 (₽ - 21-6-2006).

Miguel C. Araya - Rosario - 3-10-2000.

Juan J. Casiello - Rosario - 3-10-2000.

Ricardo Luis Lorenzetti - Rafaela - 3-10-2000.

Francisco Eduardo Cerro - Santiago del Estero - 1-8-2000 (1 - 9-4-2006).

Oscar Hugo Vénica - San Francisco (Córdoba) - 5-9-2000.

Jorge Walter Peyrano - Rosario - 24-6-2003.

Pascual Eduardo Alferillo - San Juan - 24-6 -2003.

Rolando Oscar Guadagna - Río Cuarto (Córdoba) - 12-8-2003.

Marcelo López Mesa - Neuguén - 4-10-2003.

Juan Carlos Veiga - Tucumán - 25-11-2003.

Ernesto Clemente Wayar - Tucumán - 25-11-2003.

Carlos Páez de la Torre - Tucumán - 25-11-2003.

Ricardo Alberto Muñoz - Río Cuarto (Córdoba) - 25-11-2003.

Roberto G. Loutayf Ranea - Salta - 25-11-2003.

Antonio Juan Rinessi - Chaco - 25-11-2003.

Alberto Sánchez - San Juan - 25-11-2003.

Mario Midón - Corrientes - 5-10-2004

Carlos Pettoruti - La Plata - 12-7-2005

Alejandro Pérez Hualde - Mendoza - 12-7-2005

José Daniel Cesano - Neuquén - 7-11-2006

# ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS al 31-12-2006

Héctor Fix Zamudio - México - 16-12-75.

Rafael Caldera - Venezuela - 12-10-76.

Antonio La Pergola - Italia - 22-6-79.

Manuel Fraga Iribarne - España - 15-12-80.

Rafael Entrena Cuesta - España - 15-12-80.

Gonzalo Parra-Aranguren - Venezuela - 28-5-82.

Ernesto Garzón Valdés - Alemania - 28-9-84.

Luciano José Parejo Alfonso - España - 19-3-86.

Eduardo García de Enterría - España - 19-3-86.

Angel Rojo Fernández-Río - España- 4-7-86.

Pierangelo Catalano - Italia - 4-7-86.

Miguel Reale - Brasil - 25-6-86 (⊕ - 14-4-2006).

Manuel Aragón Reyes - España - 25-7-86.

Ramón Silva Alonso - Paraguay - 20-11-86.

François Chabas - Francia - 20-11-86.

Lynton Keith Caldwell - Estados Unidos (♥ - 15-8-2006).

Jorge Carpizo - México - 3-7-87.

José Luis Cea Egaña - Chile - 15-12-87.

Alejandro Silva Bascuñán - Chile - 15-12-87.

Eduardo Soto Kloss - Chile - 15-12-87.

Alejandro Guzmán Brito - Chile - 15-12-87.

José Afonso da Silva - Brasil - 10-6-88.

Jaime Vidal Perdomo - Colombia - 10-6-88.

Mons. Doctor Faustino Sainz Muñoz - Bélgica - 16-9-88.

Luis Carlos Sáchica Aponte - Colombia - 18-4-89.

Diego Valadés - México - 18-4-89.

Winfried Böhm - Alemania - 12-5-89.

Eduardo Roca Roca - España - 9-6-89.

Juan Ferrando Badía - España - 9-6-89.

Elio Fazzalari - Italia - 14-6-89.

Eckard Rehbinder - Alemania - 14-6-89.

Carlos Fernández Sessarego - Perú - 24-10-89.

José María Castán Vázquez - España - 5-10-90.

Karsten Schmidt - Alemania - 20-12-90.

Antonio Anselmo Martino - Italia - 14-10-91.

Celso A. Bandeira de Melo - Brasil - 18-5-92.

Allan R. Brewer-Carias - Venezuela - 18-5-92.

Jean-Marc Trigeaud - Francia - 29-6-92.

Manuel Jiménez de Parga - España - 27-4-94.

Víctor Uckmar - Italia - 4-7-94.

Fernando Hinestrosa - Colombia - 22-8-94.

Pablo Lucas Verdú - España - 15-3-95.

José Luis de los Mozos - España - 5-9-95.

José Miguel Embid Irujo - España - 5-9-95.

Francisco Orrego Vicuña - Chile - 5-9-95.

Luis Diez Picazo - España - 23-7-96.

Antonio Manuel Morales - España - 2-9-97.

Sandro Schipani - Italia - 7-4-98.

Eusebio González García - España - 30-6-98.

Efrén Borrajo Dacruz - España - 30-6-98.

Paolo Grossi - Italia - 30-6-98.

Héctor Gros Espiell - Uruguay - 4-8-98.

José Massaguer - España - 4-8-98.

Manuel Albaladejo - España - 6-10-98.

Francisco María Baena Bocanegra - España - 6-10-98.

Miguel Coll Carreras - España - 6-10-98.

José Antonio García Caridad - España - 6-10-98.

Francisco Javier Gaxiola - México - 6-10-98.

José Guardia Canela - España - 6-10-98.

José Llorca Ortega - España - 6-10-98.

José María Martínez Santiago - España - 6-10-98.

José Luis Merino Hernández - España - 6-10-98.

José María Othon Sidou - Brasil - 6-10-98.

Hildegard Rondón de Sansó - Venezuela - 6-10-98.

Jorge Vélez García - Colombia - 6-10-98.

Sergio Zavala Leiva - Honduras - 6-10-98.

Ricardo Zeledón - Costa Rica - 6-10-98.

Domingo García Belaúnde - Perú - 8-6-99.

Fernando Vidal Ramírez - Perú - 18-4-2000.

Carlos Cárdenas Quirós - Perú - 18-4-2000.

Ulises Pittí - Panamá - 24-10-2000.

Pedro Silva Ruiz - Puerto Rico - 24-10-2000.

Gustavo Ordoqui Castilla - Uruguay - 24-10-2000.

Jaime Lluis y Navas- España - 4-9-2001

Francisco Fernández Segado - España - 4-9-2001

Sergio Martínez Baeza - Chile - 12-03-2002

Jorge Antonio Giammattei Avilés - El Salvador - 31-6-2003.

Ricardo Alonso García - España - 12-8-2003.

Peter Häberle - Alemania - 5-10-2004

Daniel D. Zovatto - Costa Rica - 5-10-2004

Michel Rosenfeld - Estados Unidos - 17-5-2005

Paulo Bonavides - Brasil - 17-5-2005

Paolo Comanducci - Italia - 17-5-2005

Francesco Galgano - Italia - 17-5-2005

## INSTITUTOS DE LA ACADEMIA

Instituto de Federalismo *Director:* Pedro J. Frías.

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

Director: Ramón P. Yanzi Ferreira

Instituto de Derecho Civil

Director: Juan Carlos Palmero

Instituto de Educación Vacante

Instituto de la Empresa

Director: Efraín Hugo Richard

Instituto de Filosofía del Derecho *Director:* Olsen A. Ghirardi

Instituto de Derecho Comparado

Director: Luis Moisset de Espanés

Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en Santa Fe

Director: Ariel Alvarez Gardiol

Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración

Director: Ernesto Rey Caro

Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Cuyo

Director: Luis Moisset de Espanés

# PREMIO "ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA"

Nómina de juristas o instituciones premiados

Joaquín M. López (Derecho Administrativo) - 1976
Elías P. Guastavino (Derecho Civil) - 1977
Daniel Pablo Carrera (Derecho Penal) - 1978
Efraín Hugo Richard (Derecho Comercial) - 1979
Fernando Pedro Brebbia (Derecho de los Recursos Naturales) - 1980
Néstor Pedro Sagüés (Derecho Constitucional) - 1981
Eduardo Martiré (Historia del Derecho) - 1982
Mario Justo López (Ciencia Política) - 1985
Luis Orlando Andorno (Derecho Civil) - 1986
"Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza" - 1987

Justo Laje Anaya (Derecho Penal) - 1988

In memoriam: Sebastián Soler, Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A. Clariá Olmedo en el cincuentenario del proceso oral penal - 1989 Departamento de Derecho Civil "Henoch D. Aguiar" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba - 1991

Carlos Creus (Derecho Penal) - 1992

Ricardo Luis Lorenzetti (Derecho Civil) - 1993

Jorge Walter Peyrano (Derecho Procesal) - 1995

Francisco Junyent Bas (Derecho Comercial) - 1997

Colegio de Abogados de Junín (Pcia. de Buenos Aires) - 1999

Foro de Córdoba - 2000

Fundación de Estudios para la Empresa (FESPRESA) - 2004

#### PREMIO "PROVINCIAS UNIDAS"

#### **Titulares**

Edición 1987: Armando Raúl Bazán (Catamarca)

Edición 1988: Ciudad de Corrientes

Edición 1989: GEICOS, Grupo Empresario Interregional del Centro Oeste Sudamericano

Edición 1990: Profesor Salvador M. Dana Montaño

Edición 1991: Instituto de Investigaciones Geohistóricas (Resistencia-Chaco)

Edición 1992: Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba

Edición 1993: Dr. Helio Juan Zarini (Bell Ville - Pcia. de Córdoba)

Edición 1994: Fundación del Tucumán

Edición 1995: Silvia Cohn (Tierra del Fuego)

José Raúl Heredia (Chubut)

Ezequiel y Martín Lozada

Edición 1996: Profesor Carlos S. A. Segreti

Edición 1997: Dr. Guillermo Barrera Buteler

Edición 1998: Lic. Raúl Hermida

Edición 2001: Dr. Armando R. Bazán y equipo de colaboradores del libro: "La cultura del Noroeste argentino"

Edición 2003: Consejo Empresario Mendocino

Edición 2004: Bolsa de Comercio de Córdoba por "Balance de la Economía Argentina. Alianzas interregionales. Décima edición"

Edición 2005: Foro de Córdoba

Edición 2006: Diarios "La Voz del Interior", "El Litoral" y "El Diario de Paraná"

#### PREMIO "AL JOVEN JURISTA"

#### Nómina de juristas premiados

1985: Delia Matilde Ferreira Rubio Ramón Daniel Pizarro Matilde Zavala de González

1987: Julio Ceferino Sánchez Torres

1989: Armando S. Andruet (h)
Domingo Juan Sesín
Gabriel B. Ventura

1991: Premio: Alfredo Lemon

Menciones especiales: Silvana María Chiapero de Bas

Mario Claudio Perrachione Carlos Alberto Tamantini

1993: (Declarado desierto)

1995: *Premio*: Mario Claudio Perrachione

Menciones especiales: José Fernando Márquez

Guillermo P. Tinti

1997: *Premio*: Verónica F. Martínez de Petrazzini

Guillermo P. Tinti

Menciones especiales: Fernando J. Cafferata

José Daniel Cesano

1999: Premio: María Isolina Dabove Caramuto

Alfredo Mario Soto Fabián Ignacio Balcarce

2001: Premio: Martín Abdala

Fernando Alfonso María Toller

Menciones especiales: Enrique Camps

Luis Ramiro Carranza Torres Carlos Alberto Molina Sandoval

 2003: Premio:
 Carlos Alberto Molina Sandoval

 Menciones especiales:
 Ezequiel Abásolo

 Gustavo Arocena

 2005: Premio:
 Gustavo Alberto Arocena

 Mención especial:
 Mauricio Boretto

## DISTINCIÓN "MAESTRO DEL DERECHO"

Edición 1990: Agustín Díaz Bialet

Edición 1996: Fernando J. López de Zavalía

# PREMIO PUBLICACIÓN DE TESIS SOBRESALIENTES

Edición 2000: Armando S. Andruet (h)

Mario Carrer Carlos Egües

Emilio Vázquez Viera

Edición 2001: Miguel Angel Acosta

Héctor A. Zucchi

Edición 2002: Ezequiel Abásolo

Fabián I. Balcarce

José Luis Martínez Peroni

Edición 2003: Susana Frascaroli

Benjamín Moisá

María Susana Najurieta

Edición 2005: Premio: Laura Filippi

Menciones Honoríficas: María Gabriela Abalos

Luis Fernando Castilla Argañarás

Carlos Molina Sandoval

## PRESIDENCIA

El sillón Dalmacio Vélez Sársfield está adjudicado al Presidente. El académico que lo ocupe conserva con carácter permanente el sillón que originariamente le fuera adjudicado, el cual no se reputará vacante. Así lo dispone el art. 10° del Estatuto.

Los titulares del sillón Dalmacio Vélez Sársfield son:

Dr. Sofanor NOVILLO CORVALÁN	(1941 - 1942)
Dr. Félix SARRÍA	(1942- 1944)
Dr. Julio B. ECHEGARAY	(1944- 1947)
Dr. Enrique MARTÍNEZ PAZ	(1948 - 1952)
Dr. Félix SARRÍA	(1952 - 1954) (1956 - 1967)
Dr. Pedro LEÓN	(1968 - 1974)
Dr. Alfredo POVIÑA	(1974 - 1986)
Dr. Pedro J. FRÍAS	(1986 - 1995)
Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS	(1995 -2001)
Dr. Olsen A. GHIRARDI	(2001-2007)

# SILLONES ACADÉMICOS - SU HISTORIA (al 31-12-2006)

Sillón	Fecha de	Titulares y fecha		
	creación	de adjudicación		
MARIANO FRAGUEIRO	7-7-42	Sofanor Novillo Corvalán Benjamín Cornejo	18-8-44 22-6-59	
		Héctor Cámara	8-10-74	
		Efraín Hugo Richard	13-3-96	
RAMÓN FERREYRA	7-7-42	Félix Sarría	18-8-44	
		Pedro J. Frías Ricardo Haro	26-4-72 31-8-84	
ENRIQUE RODRÍGUEZ	7-7-42	Mauricio L. Yadarola	21-12-51	
ENRIQUE RODRIGUEZ	7-7-42	Néstor A. Pizarro	26-9-57	
		Víctor H. Martínez	7-12-76	
LISANDRO SEGOVIA	7-7-42	Santiago Beltrán	18-8-44	
		Alfredo Orgaz	21-12-51	
		Lisardo Novillo Saravia Humberto Vázquez	31-8-84 24-8-99	
		Trumberto vazquez	24-0-77	
JUAN M. GARRO	7-7-42	Raúl A. Orgaz	18-8-44	
		Jorge A. Núñez	21-12-51	
		Enrique Ferrer Vieyra	20-8-93	
CORNELIO MOYANO GACITÚA	(*) 7-7-42	Sebastián Soler	18-8-44	
		José Severo Caballero	14-12-84	
NICOLÁS M. BERROTARÁN (*)	9-9-42	Luis J. Posse	2-9-44	
		Santiago Beltrán	21-12-51	
		Alfredo L. Acuña	11-8-59	
JOAQUÍN V. GONZÁLEZ	9-9-42	Guillermo Rothe	18-8-44	
		César Enrique Romero	11-8-59	
		Guillermo Becerra Ferrer Antonio María Hernández	2-7-77 14-9-99	
MANUEL D. PIZARRO	9-9-42	Carlos Ernesto Deheza	2-9-44	
WANGEL B. HEARRO	)-)- <del>1</del> 2	Alfredo Rossetti	3-9-74	
		Ramón Daniel Pizarro	2-12-97	
JERÓNIMO CORTÉS	9-9-42	Santiago F. Díaz	18-8-44	
		Pedro León	21-12-51	
		Fernando Martínez Paz	2-7-77	
DEÁN GREGORIO FUNES	9-9-42	Enrique Martínez Paz	18-8-44	
		Sofanor Novillo Corvalán Francisco Quintana Ferreyra	26-9-57 3-12-64	
		Julio I. Altamira Gigena	11-9-89	
VICTORINO RODRÍGUEZ (*)	9-9-42	Mauricio L. Yadarola	18-8-44	
TOTOKINO RODINGULL	) )- <del>1</del> 2	Santiago F. Díaz	21-12-51	
		Carlos Luque Colombres	2-7-77	
		Mario Martínez Crespo	24-6-97	
RAFAEL GARCÍA	9-9-42	Henoch D. Aguiar	18-8-44	
		Benjamín Cornejo	21-12-51 7-6-61	
		Enrique Saravia Edgard A. Ferreyra	7-6-61 7-12-76	
		Juan Manuel Aparicio	11-5-90	
TRISTÁN NARVAJA	9-9-42	Angel H. Cabral	21-12-51	

		Luis Moisset de Espanés	3-9-74	
JUSTINO CÉSAR (*)	6-8-51	Arturo Gallego Sánchez	21-12-51	
		Ernesto R. Gavier	22-6-59	
		Efraín Hugo Richard	31-8-84	
JUAN DEL CAMPILLO	21-12-51	Carlos A. Tagle	21-12-51	
		Ricardo C. Núñez	14-10-57	
		Horacio Roitman	10-9-97	
ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ	7-7-52	Enrique Martínez Paz (h)	26-9-57	
		Jorge A. Carranza	3-9-93	
		Armando S. Andruet	26-6-2001	
RAÚL A. ORGAZ <sup>(*)</sup>	16-7-52	Alfredo Poviña	14-10-57	
		Justo Laje Anaya	30-7-93	
JUAN BIALET MASSÉ	15-9-52	Luis A. Despontín	26-9-57	
		Olsen A. Ghirardi	31-8-84	
NICOLÁS AVELLANEDA	13-8-57	Emilio Baquero Lazcano	14-10-57	
		Roberto I. Peña	2-7-77	
		Ramón P. Yanzi Ferreira	23-11-99	
JUAN BAUTISTA ALBERDI	13-8-57	Carlos A. Tagle	26-9-57	
		Pedro J. Frías	7-9-76	
SANTIAGO DERQUI	13-8-57	José León Schwartz	26-9-57	
`		Jorge de la Rúa	18-10-95	
ALEJO DEL C. GUZMÁN	13-8-57	V. N. Romero del Prado	26-9-57	
		Donato Latella Frías	10-11-60	
		Héctor Belisario Villegas	5-10-90	
ARTURO M. BAS	13-8-57	Luis Eduardo Molina	26-9-57	
		José Ignacio Cafferata	3-9-74	
		Manuel Augusto Ferrer	2-11-99	
SALVADOR M. DEL CARRIL	13-8-57	Carlos R. Melo	26-7-57	
		Ernesto Rey Caro	8-6-90	
HENOCH D. AGUIAR	12-8-64	José A. Buteler	13-12-64	
		Eduardo I. Fanzolato	6-10-97	
SOFANOR NOVILLO CORVALÁI	N 12-8-64	Berta K. de Orchansky	23-1-76	
		Raúl E. Altamira Gigena	28-11-06	
JULIO B. ECHEGARAY	12-8-64	Jorge Clariá Olmedo	3-12-64	
		Daniel Pablo Carrera	4-5-90	
JOSÉ OLEGARIO MACHADO (*)	23-9-64	Miguel A. Ferrer Deheza	3-12-64	
	20 > 0.	Enrique Carlos Banchio	14-9-90	
MANUEL LUCERO	23-9-64	José Severo Caballero	7-12-76	
	23 7-07	Nelson C. Dellaferrera	29-5-2001	
JUAN A. DE SARÁCHAGA	23-9-64	Santiago Montserrat	14-12-76	
	25 7 01	Juan Carlos Palmero	28-9-84	
			16.7.74	
FÉLIX SARRÍA	16-7-74	Jesús Luis Abad	16-7-74	
FÉLIX SARRÍA	16-7-74	Jesús Luis Abad Zlata Drnas de Clément	16-7-74 15-5-2001	
FÉLIX SARRÍA PEDRO LEÓN	16-7-74			

SEBASTIÁN SOLER 16-4-82 Ernesto R. Gavier 14-12-84

Domingo Sesin 26-9-06

ALFREDO POVIÑA 15-3-05 Hilda Eva Chamorro

Greca de Prado 3-5-05

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

# AUTORIDADES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

1941-1944: Presidente: Sofanor Novillo Corvalán (por renuncia, completó período el Dr. Félix Sarría).

Vice: Félix Sarría (completó el período el Dr. Julio B. Echegaray).

Secretario: Raúl A. Orgaz

1945-1947: Presidente: Julio B. Echegaray

Vice: Henoch D. Aguiar Secretario: Mauricio L. Yadarola

1948-1951: Presidente: Enrique Martínez Paz

Vice: Félix Sarría Secretario: Pedro León

1952-1954: Presidente: Félix Sarría

Vice: Pedro León Secretario: Benjamín Cornejo

1956-1958

1958-1961: Presidente: Félix Sarría

Vice: Pedro León Secretario: Benjamín Cornejo

1961-1964: Presidente: Félix Sarría

Vice: Pedro León

Secretario: Benjamín Cornejo (completó el período por licencia Enrique Martínez Paz [h]).

1964-1967: Presidente: Félix Sarría

Vice: Pedro León

Secretario: Enrique Martínez Paz (h)

1967-1970

1970-1973: Presidente: Pedro León

Vice: Benjamín Cornejo Secretario: José A. Buteler

1973-1975: Presidente: Pedro León (completó el período por renuncia, el Dr. Alfredo Poviña, desde 1974).

Vice: Benjamín Cornejo (completó el período por fallecimiento, el Dr. Pedro J. Frías).

Secretario: José A. Buteler

1975-1978: Presidente: Alfredo Poviña

Vice: Pedro J. Frías Secretario: José A. Buteler

1978-1981: Presidente: Alfredo Poviña

Vice: Pedro J. Frías

Secretario: José Ignacio Cafferata

1981-1984: Presidente: Alfredo Poviña

Vice: Pedro J. Frías

Secretario: José Ignacio Cafferata (completó el período por renuncia el Dr. Edgard A. Ferreyra).

1984-1986: Presidente: Alfredo Poviña (completó el período por fallecimiento el Dr. Pedro J. Frías).

Vice: Pedro J. Frías Secretario: Edgard A. Ferreyra

1986-1989: Presidente: Pedro J. Frías

Vice: Ernesto R. Gavier Secretario: Edgard A. Ferreyra

1989-1992: Presidente: Pedro J. Frías

Vice: Luis Moisset de Espanés

Secretario: Lisardo Novillo Saravia (completó el período por renuncia, el Dr. Olsen A. Ghirardi).

1992-1995: Presidente: Pedro J. Frías

Vice: Luis Moisset de Espanés Secretario: Olsen A. Ghirardi

1995-1998:

Presidente: Luis Moisset de Espanés Vice: Olsen A. Ghirardi Secretario: Ricardo Haro Tesorero: Ernesto Rey Caro

1998-2001:

Presidente: Luis Moisset de Espanés Vice: Olsen A. Ghirardi Secretario: Ricardo Haro Tesorero: Ernesto Rey Caro

2001-2004:

Presidente: Olsen A. Ghirardi Vice: Ricardo Haro Secretario: Ernesto Rey Caro Tesorero: Efraín Hugo Richard

Revisor de

Cuentas: Julio I. Altamira Gigena

Director de

Publicaciones: Humberto Vázquez

2004-2007:

Presidente: Olsen A. Ghirardi Vice: Ricardo Haro Secretario: Ernesto Rey Caro Tesorero: Efraín Hugo Richard

Revisor de

Cuentas: Julio I. Altamira Gigena

Revisor de Cuentas

Suplente: Horacio Roitman

Director de

Publicaciones: Humberto Vázquez

Director de

Publicaciones

Adjunto: Armando S. Andruet

# ACADÉMICOS DE NÚMERO DESDE SU FUNDACIÓN

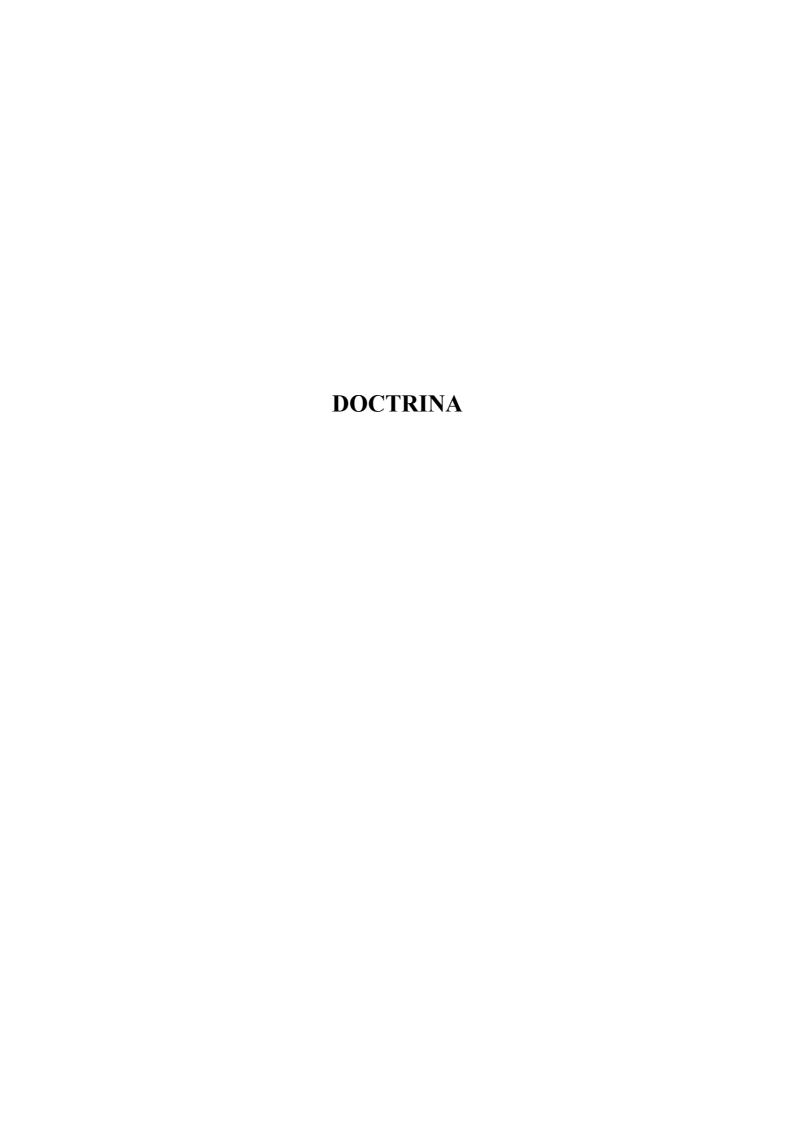
Sillón	Fecha de Nombramiento	
NOVILLO CORVALÁN Sofanor (학)	18-8-41	Mariano Fragueiro
AGUIAR Henoch D. (†)	18-8-41	Rafael García
BELTRÁN Santiago (骨)	18-8-41	Lisandro Segovia
DEHEZA Carlos Ernesto (争)	18-8-41	Manuel D. Pizarro
ECHEGARAY Julio B. (骨)	18-8-41	(*)
MARTINEZ PAZ Enrique (骨)	18-8-41	Deán Gregorio Funes
MONTAGNÉ Hipólito (骨)	18-8-41	(*)
ORGAZ Raúl A. (†)	18-8-41	Juan M. Garro
POSSE Luis J. (†)	18-8-41	Nicolás M. Berrotarán
ROTHE Guillermo (†)	18-8-41	Joaquín V. González
SARRÍA Félix (🕆)	18-8-41	Ramón Ferreyra
YADAROLA Mauricio (ᠲ)	7-7-42	Enrique Rodríguez
DÍAZ Santiago F. (†)	7-7-42	Victorino Rodríguez
	7-7-42	Cornelio Moyano Gacitúa
SOLER Sebastián (†) LEÓN Pedro (†)		Jerónimo Cortés
` /	21-11-44	
TAGLE Carlos A. (†)	23-11-44	Juan Bautista Alberdi
CORNEJO Benjamín (†)	10-7-48	Mariano Fragueiro
NÚÑEZ Jorge A. (骨)	10-7-48	Juan M. Garro
ORGAZ Alfredo (骨)	26-11-49	Lisandro Segovia
CABRAL Angel H. (†)	21-8-50	Tristán Narvaja
GALLEGO SÁNCHEZ Arturo (骨)	21-8-50	Justino César
DESPONTIN Luis Alberto (약)	27-5-52	Juan Bialet Massé
MARTÍNEZ PAZ Enrique (h) (우)	27-5-52	Enrique Martínez Paz
NÚÑEZ Ricardo C. (✞)	27-5-52	Juan del Campillo
MOLINA Luis Eduardo (육)	16-6-52	Arturo M. Bas
PEÑA Fernando (†)	16-6-52	(*)
BAQUERO LAZCANO Emilio (骨)	20-8-56	Nicolás Avellaneda
MELO Carlos R. (中)	20-8-56	Salvador María del Carril
PIZARRO Néstor A. (令)	20-8-56	Enrique Rodríguez
GAVIER Ernesto (争)	20-8-56	Sebastián Soler
POVIÑA Alfredo (†)	20-8-56	Raúl A. Orgaz
SCHWARTZ José León (骨)	20-8-56	Santiago Derqui
ROMERO DEL PRADO Víctor N. (骨)	3-9-56	Alejo del Carmen Guzmán
ACUÑA Alfredo L.	11-8-56	Nicolás M. Berrotarán
ROMERO César Enrique (章)	11-8-59	Joaquín V. González
LATELLA FRÍAS Donato (骨)	11-8-60	Alejo del Carmen Guzmán
CÁMARA Héctor R. (骨)	8-5-61	Mariano Fragueiro
SARAVIA Enrique (†)	8-5-61	Rafael García
BUTELER José A. (🕆)	16-5-64	Henoch D. Aguiar
CLARIÁ OLMEDO Jorge A. (骨)	16-5-64	Julio B. Echegaray
FERRER DEHEZA Miguel A. (†)	16-5-64	José Olegario Machado
FRÍAS Pedro J.	16-5-64	Juan Bautista Alberdi
MONTSERRAT Santiago (骨)	16-5-64	Juan Antonio de Saráchaga
QUINTANA FERREYRA Francisco (†)	16-5-64	Deán Gregorio Funes
ABAD Jesús Luis (†)	13-12-72	Félix Sarría
CAFFERATA José Ignacio (**)		Arturo M. Bas
MOISSET DE ESPANÉS Luis	13-12-72	
	13-12-72	Tristán Narvaja
ROSSETTI Alfredo (骨) CABALLERO José Severo (骨)	13-12-72	Manuel D. Pizarro
A BALLEKU TOSE SEVETO (57)	12-10-76	Cornelio Moyano Gacitúa

KALLER de ORCHANSKY Berta (☼)	12-10-76	Sofanor Novillo Corvalán
MARTÍNEZ Víctor H.	12-10-76	Enrique Rodríguez
BECERRA FERRER Guillermo (♣)	15-4-77	Joaquín V. González
LEÓN FEIT Pedro (骨)	15-4-77	Pedro León
LUQUE COLOMBRES Carlos (†)	15-4-77	Victorino Rodríguez
MARTÍNEZ PAZ Fernando	15-4-77	Jerónimo Cortés
PEÑA Roberto Ignacio (⊕)	15-4-77	Nicolás Avellaneda
GHIRARDI Olsen A.	31-8-84	Juan Bialet Massé
HARO Ricardo	31-8-84	Ramón Ferreyra
	31-8-84	•
NOVILLO SARAVIA Lisardo (む)	31-8-84	Lisandro Segovia Justino César
RICHARD Efraín Hugo PALMERO Juan Carlos	28-9-84	***************************************
DE LA RÚA Jorge	28-9-84 18-10-85	Juan Antonio de Saráchaga
ALTAMIRA GIGENA Julio I.	11-8-89	Santiago Derqui
		Deán Gregorio Funes Rafael García
APARICIO Juan Manuel	11-8-89	
BANCHIO Enrique Carlos (†)	11-8-89	José Olegario Machado
CARRERA Daniel Pablo	11-8-89	Julio B. Echegaray
REY CARO Ernesto	11-8-89	Salvador María del Carril
VILLEGAS Héctor Belisario	11-8-89	Alejo del Carmen Guzmán
CARRANZA Jorge A. (†)	31-5-93	Enrique Martínez Paz
FERRER VIEYRA Enrique	31-5-93	Juan M. Garro
LAJE ANAYA Justo (**)	31-5-93	Raúl A. Orgaz
MARTÍNEZ CRESPO Mario (**)	24-6-97	Victorino Rodríguez
ROITMAN Horacio	10-9-97	Juan del Campillo
PIZARRO Ramón Daniel	2-12-97	Manuel D. Pizarro
VÁZQUEZ Humberto	24-8-99	Lisandro Segovia
HERNÁNDEZ Antonio María	14-9-99	Joaquín V. González
FANZOLATO Eduardo Ignacio	6-10-99	Henoch D. Aguiar
FERRER Manuel Augusto	2-11-99	Arturo M. Bas
YANZI FERREIRA Ramón Pedro	23-11-99	Nicolás Avellaneda
DRNAS DE CLÉMENT Zlata	28-11-01	Félix Sarría
ANDRUET Armando S.	28-11-01	Enrique Martínez Paz
DELLAFERRERA Nelson C.	28-11-01	Manuel Lucero
CORNET Manuel	5-4-05	Pedro León
CHAMORRO GRECA DE PRADO Hilo	la 3-5-05	Alfredo Poviña
SESIN Domingo Juan	26-9-06	Sebastián Soler
ALTAMIRA GIGENA Raúl Enrique	28-11-06 Sof	fanor Novillo Corvalán

<sup>(</sup>中) Fallecido.

<sup>(\*)</sup> No tuvo sillón adjudicado

<sup>(\*\*)</sup> Renunció.



# EL CONTENIDO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CON RELACIÓN A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL, POLÍTICA Y TÉCNICA

por Domingo Juan Sesin

SUMARIO: I. Introducción. Complejidad de la problemática abordada. II. Sujeción de la administración al orden jurídico. III. Juridicidad del acto y control de juridicidad. IV. Noción conceptual de la discrecionalidad administrativa y control sólo de su "ejercicio". V. El juez que controla la discrecionalidad no reproduce en forma exacta la decisión administrativa. VI. Conceptos jurídicos indeterminados. La imprecisión conceptual y el origen de la teoría. VII. Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad. VIII. Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados. IX. Debilidad de la teoría: el margen de apreciación. X. El control de "sostenibilidad", "aceptabilidad" y "razonabilidad". XI. La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso. XII. La intensidad del control judicial frente a la opinabilidad intrínseca de cuestiones técnicas complejas. XIII. Estrategia práctica a seguir frente a la complejidad de lo discrecional, técnico y reglado. XIV. El silogismo judicial que obliga a una solución justa no es trasladable con el mismo rigor a la realidad administrativa. XV. El juez sólo interpreta el derecho. No es un dominus de la sociedad. XVI. El acto político dentro del orden jurídico. XVII. El control judicial del acto político. XVIII. Equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez. XIX. Un requisito imprescindible: la acreditación de la legitimación y el agravio concreto. XX. El llamado acto institucional que directamente no agravia situaciones jurídicas subjetivas. XXI. El acto institucional que sólo puede ser controlado en su aplicación concretizada. La mentada devaluación. XXII. Los avances de la jurisprudencia. El procedimiento de reforma de la Constitución. XXIII. Conclusión.

### I. Introducción. Complejidad de la problemática abordada

Desde hace aproximadamente dos siglos, el derecho administrativo busca establecer un justo equilibrio que haga posible la convivencia de lo discrecional, lo reglado y lo técnico, la autoridad y la libertad, lo determinado y lo indeterminado, lo político y lo jurídico.

Los inconvenientes surgen de diversas circunstancias, de carácter administrativo, político, jurídico, social y, de manera más creciente, de orden técnico.

Determinar cuál es la oferta más ventajosa, la idoneidad profesional en un concurso, la peligrosidad de una actividad, el interés cultural, la tasa de retorno de un servicio, la renovación de una licencia, el control de los costes, la razonabilidad de una tarifa son, entre otros, los numerosos ejemplos en los que la técnica se relaciona con la práctica administrativa.

Las técnicas muy especializadas, de oscura comprensión, las relacionadas estrechamente con valoraciones subjetivas insustituibles, las de complicado control por la imposibilidad de su reproducción, las que traducen juicios de probabilidad y no de certeza, ponen en evidencia la existencia de una zona de penumbra que hace problemático el control judicial por la dificultad en determinar con precisión el ámbito de lo reglado y lo discrecional.

A la complejidad referenciada, se debe sumar la variada indeterminación del orden jurídico, con normas disyuntivas e incompletas, de remisión a conceptos técnicos, lógicos, de valor, de experiencia, de contenido expreso o implícito.

De allí la necesidad de proyectar un nuevo orden, aunque fuere opinable, de lo discrecional, lo técnico y lo reglado, con la consecuente incidencia en el control judicial.

En definitiva, se debe buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

#### II. Sujeción de la administración al orden jurídico

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20 ap. 3§), la Constitución italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la administración pública hoy, no sólo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma

constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que como la de Córdoba subordinan la administración al "orden jurídico" (art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto con la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente, el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

## III. Juridicidad del acto y control de juridicidad

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y, consecuentemente, de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio <sup>1</sup>. De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

# IV. Noción conceptual de la discrecionalidad administrativa y control sólo de su "ejercicio"

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita. Es decir que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y, en mayor o menor porcentaje, en toda la pirámide normativa.

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión, la discrecionalidad puede definirse como "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho". Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

Comadira entiende que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la administración pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo, o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho<sup>2</sup>.

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercido "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido, una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de

la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio" 3.

Como dice Cassagne: "... la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad..." <sup>4</sup>.

# V. El juez que controla la discrecionalidad no reproduce en forma exacta la decisión administrativa

Ha menester recordar que en base a la división de poderes, cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la administración ("núcleo interno" de lo discrecional), no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la administración, pues ello implicaría "administrar", "sustituir" al órgano administrativo competente y "vulnerar" la división de poderes.

No es lo mismo decidir que controlar lo previamente decidido por otro. Si no existe en el ordenamiento jurídico parámetro alguno para la emisión de un acto administrativo, no es posible controlarlo jurídicamente, pues no hay control sin parámetro, sin normas de conducta, dice Bacigalupo <sup>5</sup>. Ratificando doctrina alemana nos recuerda que la tutela judicial no implica que continúa el procedimiento administrativo mediante un simple cambio de roles, ratificando o no lo decidido por la administración con sus mismos poderes de valoración, sino que la jurisdicción implica sólo control secundario cuyos únicos parámetros son la ley y el derecho.

Como bien dice Fernández <sup>6</sup>, la tarea de los jueces no implica repetir el mismo ejercicio que la administración, para llegar a él o diferente resultado (lo que les convertiría en administradores), sino "en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la administración ha observado o no los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada...". Con el mismo criterio, Beltrán de Felipe <sup>7</sup> diferencia la función de administrar de la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por lo que la sustitución judicial de la discrecionalidad administrativa convertiría a los jueces en administradores, lo cual no armonizaría con su cometido específico de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como lo señala el art. 117.3 de la Constitución española.

En cuanto a la potestad de sustitución relacionada con la potestad discrecional, la jurisprudencia <sup>8</sup> es prudente al señalar que: "a) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la administración, actuando su potestad discrecional, podrá decidir al respecto". Los tribunales no pueden sustituirla.

El control que realiza el juez no lo autoriza a la creación de normas jurídicas, no desempeña función directa alguna en la creación de las normas, correspondiéndole complementar con su doctrina el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho conforme el art. 1.6 C.C. español, dice Parejo Alfonso <sup>9</sup>.

Si bien la jurisprudencia argentina reconoce que la graduación de la sanción, en el marco de la normatividad vigente, comporta una facultad discrecional de la administración, excepcionalmente, los jueces han sustituido una sanción por otra de las legalmente permitidas, especialmente, en las cuestiones contravencionales. El brillante voto del juez Coviello en la causa "London Supply S.A" advierte que si la ley establece la atenuación como una posibilidad discrecional, encuadrada en el ejercicio de cometidos contravencionales, su posterior control judicial sólo estará ceñido a la legalidad o razonabilidad del acto, mas no a la sustitución de una atribución deferida por el ordenamiento sólo a la administración <sup>10</sup>. Gordillo, en cambio, sostiene que la sustitución o modificación por parte del juez es posible <sup>11</sup>.

En síntesis, el control judicial implica fiscalizar una ponderación y una elección ya realizada, por lo que debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la administración, y sólo controlar cuando se sobrepasen sus límites. Aun cuando existan varias soluciones aceptables o razonables, no corresponde al juez sustituir una por otra, sino sólo controlar que el criterio adoptado por la administración tenga su propio consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad. Ello quiere decir que quien controla no puede imponer su propio punto de vista acerca de lo que es más razonable, sino sólo verificar si el iter lógico y la ponderación ya efectuada por la administración se ajustan a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueren opinables.

De allí que el proceso lógico seguido por la administración y el juez no sea el mismo, ya que aun cuando a este último no le agrade el criterio adoptado por la administración discrecional, debe, no obstante, respetarlo, cuando una vez efectuado el control advierta que, en el consenso objetivo y en el marco de la juridicidad, la solución es razonable.

Con expresividad ha sostenido el Tribunal Supremo Español <sup>12</sup> que "Hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas (o legalmente indiferentes), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial"... "esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma, una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando éstas infrinjan el ordenamiento jurídico... lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la administración".

Como bien dice Comadira <sup>13</sup> recordando a Igartúa Salaverría: "No compete, por ello, al juez, reconstruir el proceso valorativo realizado por el administrador; sólo le asiste, en nuestra opinión, la posibilidad de determinar si la decisión adoptada por éste está debidamente justificada. Y el alcance del auxilio pericial del juez, en estos casos, no podrá ir tampoco más allá del análisis de esa justificación, sin incursionar en la valoración volitiva derivada de otras alternativas".

La jurisprudencia española en numerosas oportunidades (a partir de la STC 13/1981 del 22 de abril) ha ratificado los límites de la tutela judicial efectiva en el derecho a obtener del juez, una respuesta razonada y fundada en derecho a las pretensiones deducidas en el proceso. Es decir que no puede basarse en otros criterios o argumentos. De allí que el control del ejercicio de la discrecionalidad sólo puede ser objeto de contraste con una norma jurídica y no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles <sup>14</sup>. Si ello ocurriera, el juez estaría sustituyendo a la administración en la apreciación de las circunstancias. El juez que controla a la administración sólo puede actuar a la manera de un administrador negativo: no puede decidir lo que la administración debería hacer, sino sólo lo que la administración no puede hacer <sup>15</sup>.

## VI. Conceptos jurídicos indeterminados. La imprecisión conceptual y el origen de la teoría

Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general, la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambas <sup>16</sup>.

En el ordenamiento jurídico administrativo son numerosos los dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios que trasuntan estándares o normas en blanco, cuya indeterminación es evidente.

El decoro o prestigio de la institución policial, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, la idoneidad en un concurso, la urgencia de una contratación, lo riesgoso de una actividad son ejemplos cotidianos, cuya relación con la realidad a la que se

refieren, puede impregnarse de mayor o menor imprecisión.

La aplicación práctica de estos supuestos en el variado accionar administrativo, obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo el hecho concreto en la norma.

Vemos un ejemplo: la declaración de interés histórico de un inmueble, que autoriza genéricamente el orden normativo, es susceptible de ocasionar tres alternativas distintas: a) una opción positiva al no existir dudas sobre el interés histórico; b) una opción negativa, ante la seguridad de la falta de interés, y c) una zona de penumbra que se ubica entre ambas, en cuanto existen razonables dudas sobre si el edificio reviste o no interés histórico.

Las hipótesis a) y b) se denominan respectivamente: zona de certeza positiva y negativa; mientras que la c), "halo del concepto" o "zona de dudas". Esta última es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto.

La pregunta fundamental que cabe formularse es cómo se integra un concepto jurídico indeterminado, si a través de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad. La respuesta es por demás relevante para advertir el alcance del control judicial que corresponde realizar según se utilice uno u otro instrumento integrador del concepto.

Este interrogante ha suscitado diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Lo que en Italia continúa llamándose "discrecionalidad técnica" en el lenguaje ordinario -aunque se lo critique severamente- es objeto de estudio en el derecho alemán con el nombre de "conceptos jurídicos indeterminados".

En este último ámbito, la indeterminación también fue llamada "discrecionalidad técnica" en sus orígenes. Para Bernatzik <sup>17</sup>, este fenómeno comprende las cuestiones administrativas complejas relacionadas con la técnica, cuya apreciación compete exclusivamente a la administración y sobre la cual no corresponde el contralor judicial.

Tezner <sup>18</sup>, en cambio, fue quien incipientemente propició el control de los conceptos jurídicos indeterminados, planteando la necesidad de diferenciarlos con la discrecionalidad. La evolución de la teoría, reduce ostensiblemente el campo de lo discrecional; concibe que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples opciones válidas, sino, una en cada supuesto: la integración normativa se produce, entonces, por medio de la interpretación. De tal manera, la ruina de la obra, la urgencia, la actividad riesgosa, el orden público, etc., son supuestos cuya resolución sólo admite unaposibilidad. La eliminación de la discrecionalidad -como se advierte- parece constituir la meta soñada de esta concepción.

## VII. Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad

Si esta teoría sustenta que el concepto jurídico inderminado sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas <sup>19</sup>.

El concepto jurídico indeterminado pasa a ser estudiado como un problema de interpretación y aplicación de la ley, razón por la que se lo considera parte de la actividad vinculada o reglada: de allí que la diferencia con la discrecionalidad no sea de cantidad sino de calidad.

## VIII. Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados

Para la teoría tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados, la diferencia es sólo

terminológica, porque sustantivamente concibe lo determinado e indeterminado en el marco de lo vinculado, por oposición a lo discrecional que queda relegado a la escasa apreciación volitiva del órgano competente. Entre un concepto determinado y uno indeterminado únicamente hay diferencias de grado y representan dos técnicas distintas sólo en apariencia, porque íntimamente tienen por objetivo realizar lo preceptuado por el legislador.

La tarea de subsunción en los determinados, es casi de aplicación automática (conceder la jubilación a los 65 años); en cambio, en los indeterminados exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa. La urgencia existe o no; tal bien es de interés cultural o no. Por esta razón sólo es admisible para ella una solución justa donde nada tiene que ver lo discrecional.

Para esta concepción, el control judicial fluye espontáneamente. Este es el objetivo prioritario de la teoría que pretende extender al máximo la revisabilidad de los actos administrativos.

No obstante, la polimórfica -y, a veces, confusa- realidad estatal presenta en su devenir situaciones en las cuales resulta difícil admitir la existencia de una sola solución justa.

## IX. Debilidad de la teoría: el margen de apreciación

Los casos límite hacen criticable la construcción dogmática alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y también dificultan la elaboración de fórmulas teóricas apropiadas para superar la penumbra, ambigüedad y variabilidad de ciertos conceptos ubicados en ámbitos indeterminados entre la zona de certeza "negativa" y "positiva".

Establecer en una calificación pedagógica el porqué de un 9 en lugar de un 10, es tan complicado como su revisión judicial ulterior.

Para la concepción tradicional de la teoría analizada, los casos difíciles se superan concediendo a la administración un cierto "margen de apreciación", no susceptible de revisión judicial <sup>20</sup>.

Las dificultades prácticas que genera la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica, el temor de sustituir un criterio administrativo "opinable" por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible, son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza en favor de la administración.

Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende sólo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar -en teoría- que la integración se efectúa por intermedio de un juicio de naturaleza cognoscitiva <sup>21</sup>.

Creo que tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen otra cosa que confirmar la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así como, en muchos casos, la aplicación de esta concepción tiene un éxito indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible. Esto último, unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del derecho, confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión. Poco importa quién tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional.

Para justificar el rechazo de un momento discrecional en el "margen de apreciación", se sostiene que al no efectuarse valoraciones de oportunidad, la discrecionalidad es inexistente. Sin embargo, como se definió conceptualmente, la discrecionalidad no puede limitarse sólo a apreciar la oportunidad; en otras ocasiones trasunta una ponderación de intereses, una valoración del interés público o un simple acto volitivo del órgano competente. Siendo su campo de acción mucho más amplio, bien se puede considerar el contenido del "margen de apreciación" como una particular modalidad discrecional.

En su proyección práctica, poco importa si hay discrecionalidad o no, porque de todas maneras queda dentro de la zona de reserva de la administración y se excluye el control judicial.

Para evitar los resultados y restringir aún más la libertad administrativa, surgen otras posturas que conducen a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados a posiciones extremas, al eliminar el margen de apreciación y pretender la plena revisabilidad de los actos de la administración.

Sainz Moreno <sup>22</sup> al comentar teorías alemanas avanzadas, explicita algunas preocupaciones sobre la complejidad de determinadas casuísticas, como la realización de pronósticos, la calificación de exámenes y, entre otros, la determinación de la capacidad e idoneidad de los funcionarios. Concluye admitiendo que de igual modo puede realizarse el control judicial porque ese es un problema de derecho procesal y niega -en definitiva- el margen de apreciación en favor de la administración, subrayando la preeminencia de la tutela jurisdiccional de los derechos conculcados.

Esta nueva concepción revaloriza la motivación y la razonabilidad de los actos propugnándose otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados <sup>23</sup>.

En definitiva, el intento de fulminar la arbitrariedad estatal y controlar la libertad de los funcionarios atraviesa las siguientes etapas: primero se procura reducir la discrecionalidad cambiándole su rótulo externo con la configuración del "margen de apreciación". Más tarde, al advertirse que ese pequeño reducto podría implicar un abuso de libertad o una verdadera discrecionalidad, es eliminado postulándose la revisión judicial integral de lo indeterminado. Desde mi punto de vista, para lograr ese objetivo se utilizan técnicas de reducción de la discrecionalidad, que en rigor se refieren más a elementos relativos a la juridicidad que al control intrínseco de la discrecionalidad. En efecto, la verificación de los hechos, la razonabilidad, la motivación, la finalidad y aun la comprobación de que la discrecionalidad forma parte del orden jurídico, no dejan de pertenecer al ámbito de la juridicidad o legitimidad en sentido amplio.

En esencia, el proclamado "control pleno de la discrecionalidad" implica una fiscalización absoluta sobre su inserción jurídica y es superficial en su contenido interior.

Aun cuando se postule la revisabilidad total de los conceptos jurídicos indeterminados, o se pretenda disfrazar lo discrecional con atuendos de legitimidad, lo cierto es que numerosas hipótesis llevan en su interior un momento subjetivo discrecional que ha menester un trato peculiar; éste no puede ser sustituido por el juez quien sólo debe controlar la integración de la libertad dentro del ordenamiento.

Estoy de acuerdo con tales técnicas de control del "ejercicio" de la discrecionalidad pero no con el propiciado "control total" porque altera el principio de división de poderes con el avasallamiento de la "zona de reserva de la administración".

En mi criterio, los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso intelectivo puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula.

No coincido con quienes afirman que lo aludido por los términos: orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, emergencia, son conceptos jurídicos indeterminados que "sólo admiten una solución justa".

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

Hay veces en que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectivo puro. Esto sucede, por ejemplo, cuando en virtud de la norma, la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos, la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización de los conceptos "idoneidad" y "oferta más ventajosa" se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad, o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir a uno u otro concursante, a una u otra oferta en el caso de que la norma nada establezca al respecto, bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

Aceptar entonces que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea sólo intelectivo, negando la posibilidad de que éste, según el caso, puede también ser volitivo o discrecional, importa, en mi criterio, un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total.

Asimismo podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuándo hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados son en mi criterio, creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad.

## X. El control de "sostenibilidad", "aceptabilidad" y "razonabilidad"

En los últimos tiempos, el debate doctrinario y jurisprudencial alemán <sup>24</sup>, asigna importancia a conceptos como "sostenibilidad", "aceptabilidad", que significan "plausibilidad" o, entre nosotros, "razonabilidad" de la decisión administrativa, según el parámetro de quien ha asumido la decisión. Esta metodología importa superar el modelo tradicional sobre la base de la revisión judicial de los particularizados vicios formales y sustanciales detectados. La nueva metodología propuesta comporta una visión global de la decisión administrativa, entendida como cláusula general, efectuando con control genérico, sobre todo, el íter procedimental desarrollado por la administración en la actividad controlada. Es lo que en Estados Unidos se denomina "deferencia administrativa".

En mi criterio es dable ejercitar tanto el control tradicional en base a los vicios del acto administrativo como el genérico aludido precedentemente, aun cuando se han ejercido facultades discrecionales. Ello, por cuanto la administración ya no sólo se subordina a los precisos límites de la ley sino a un orden jurídico más amplio, como se explicitó en los puntos precedentes.

## XI. La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso

Estoy en desacuerdo con algunas posturas vertidas precedentemente que restringen el control judicial respecto de ciertas cuestiones técnicas. La remisión normativa de valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de éste.

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional.

En consecuencia, el control de juridicidad es perfectible, pues el juez, al entrar al fondo de

la cuestión verifica si en el *sub examine* se ha respetado el contenido de la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia, o el comportamiento social, en el momento en que se concretice el acto administrativo respectivo.

La entonces Cámara en lo Civil y Comercial especial de la Capital Federal, con buen criterio, ha proclamado el control de los hechos aun relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El tribunal consideró que la "discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la administración pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir, de aquello que constituye su causa o motivo. El acto administrativo que se dicta en base a un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo con los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto a dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad".

# XII. La intensidad del control judicial frente a la opinabilidad intrínseca de cuestiones técnicas complejas

Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el juez. Al menos debe verificar con el fondo de la cuestión si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, "tolerable", cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. No se trata de un mero control de legalidad formal externa; el juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos, y aún la apreciación de éstos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva (aun cuando puedan existir mínimos porcentajes de discrecionalidad que debe respetar).

En definitiva, lo técnico -en el sentido expresado- forma parte del orden jurídico y, por lo tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva.

No obstante, cuando es la propia realidad del objeto o situación la que admite márgenes de opinabilidad, cuando la objetividad del procedimiento de subsunción se agota, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad.

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la administración a quien el orden jurídico le autoriza a operativizar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos, le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica a fin resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público. La discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita sino, excepcionalmente, de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

Es que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados en el ordenamiento, sin poder distinguir lo reglado de lo discrecional, la observación de la propia realidad del acontecer administrativo se convierte en el factor decisivo para clarificar la identidad de los conceptos y estar en condiciones de predecir los efectos ulteriores.

En estos casos debemos aceptar aunque en su mínima expresión, la posible existencia de

facultades discrecionales para integrar creativamente el concepto. Debe recordarse que los órganos administrativos no sólo son creados para aplicar el derecho sino también para ejercer la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

Muchas veces, la discrecionalidad se ejercita después de tener presente determinadas pautas técnicas, en cuyo caso participa de todos los caracteres de la discrecionalidad, empero, otras veces, se relaciona intrínsecamente con la relatividad de la ciencia o de técnica, juicios de probabilidad no de certeza, denominada por la doctrina tradicional como discrecionalidad técnica.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer, sobre todo, en el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo), y cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución que otra, debe respetar el espacio de libertad rellenado por la administración. No cabe aquí sostener que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva pues da lo mismo una solución que otra desde el punto de vista jurídico. Asimismo, si el tribunal examina el fondo de la cuestión en sentido integral, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del orden jurídico, el derecho al debido proceso ha quedado salvaguardado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado, con relación a la actividad de los tribunales de concursos y oposiciones, que "... aunque los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse, en cada caso, en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho de la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE, ni el principio del sometimiento pleno de la administración a la ley y al derecho (art. 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1)". Es que el control del tribunal asume "determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación" <sup>26</sup>.

Pragmáticamente ha expresado el Tribunal Constitucional Español que "... Partiendo de la inteligencia de las bases que se ha realizado, es obvio que la concreta puntuación que haya de otorgarse a los distintos opositores es algo, en principio, de la competencia de la comisión calificadora. Debe recordarse que frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese razonable y prudente arbitrio, nunca excesivo, las modulaciones que encuentran la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en un patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega <sup>27</sup>. En este sentido, la STC 353/1993 hace referencia al error grave o manifiesto, fundado en la malicia de la comisión evaluadora o en el desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia, apreciable en su actuación arbitraria o desviación de poder".

De todo ello se advierte que si el juicio técnico fuera erróneo o ni siquiera trasunte una verdad relativa, la pauta científica inaplicable o arbitraria, contradictoria, ilógica, o el

procedimiento desviado, los poderes del juez acrecen en su normal dimensión. Los medios de prueba, aun periciales pueden adoptarse como en cualquier proceso.

De tal modo, el juez controla la juridicidad en un sentido amplio, empero, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la administración.

# XIII. Estrategia práctica a seguir frente a la complejidad de lo discrecional, técnico y reglado

En síntesis, pienso que para clarificar prácticamente esta problemática debemos contemplar tres supuestos:

- 1) Cuando se aplican estándares, reglas técnicas, científicas o de experiencia, de "universal consenso": si la idoneidad, la urgencia, la oferta más ventajosa, implican en el caso concreto actuar conforme a pautas ciertas, objetivas y universales, el control judicial es pleno y su operatividad no ofrece dificultad. No queda espacio para una valoración discrecional. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de una regla o pauta de universal consenso y, por ende, determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo regulado o vinculado.
- 2) Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad: cuando el orden jurídico se remite a varias técnicas aceptables, la selección de una de ellas incumbe a la administración.
- 3) El control judicial de los casos límites complejos: cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas de oscura comprensión o de difícil reproducción probatoria, juicios de probabilidad, etc., el juez no declina su jurisdicción. En efecto, la solución dada por la administración debe ser controlada por el juez quien ha de contentarse con un juicio "tolerable", es decir, una "aserción justificada". La provisoriedad de la ciencia y de la técnica significa que la certeza absoluta, a veces, no existe, por lo que el juez debe conformarse con una solución técnicamente aceptable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Esta misma opinabilidad pasa a formar parte del orden jurídico e implica que su realización o concreción cristaliza siempre una verdad relativa, razón por la cual quien la ejecute como quien la controle debe conformarse con aproximaciones atendibles, razonables y suficientes. Si existen pequeños márgenes de opinabilidad corresponde a la administración integrar el concepto.

Como bien dice Comadira, "... Puede, entonces, existir actividad administrativa fundada en razones científicas o técnicas, que generarán, o no, discrecionalidad, según su grado de univocidad y/o de vinculación con un objeto reglado, o no. Desde esta perspectiva, entonces, la denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en éstos, más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible..." <sup>28</sup>.

El juez o quien ejerce la función jurisdiccional no puede sustituir un juicio tolerable del administrador por otro igualmente "tolerable" de él, porque ello implica violar la separación de poderes.

Como consecuencia de lo anterior, no sólo es antijurídico el acto administrativo que vulnera las reglas ciertas y universales sino también cuando infrinja los criterios atendibles (falta de coherencia, disparidad de tratamiento, informes técnicos contradictorios, arbitrariedad en la verificación probatoria, etc.).

Es menester que los dictámenes técnicos y periciales informen en detalle cuáles son lo

aspectos perfectamente objetivables a la luz de las reglas respectivas, cuáles los tolerables, y cuáles admiten un mayor o menor grado de opinabilidad y, por ende, la posibilidad de elegir entre dos o más opciones válidas. Ello puede ser regulado en las leyes de procedimiento administrativo y códigos procesales.

Incluso en los códigos procesales o contencioso administrativos en el capítulo relativo a la sentencia podrían normarse las pautas referidas a fin de clarificar el alcance del control.

En definitiva, quien ejerce la jurisdicción controla la juridicidad, no sustituye ni valora la discrecionalidad y con ello la oportunidad, mérito o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la administración. Llegamos así a un justo equilibrio.

Por todo ello, considero en definitiva que la conducta administrativa en relación con el ordenamiento jurídico puede ser entonces:

- a) vinculada en forma precisa: cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano;
- b) vinculada en forma implicita: determinable objetivamente mediante reglas lógicas, técnicas, de experiencia o estándares, que tengan universal consenso, o sean, al menos tolerables;
- c) desvinculada: objetivamente indeterminable que puede integrarse con la discrecionalidad.

Las pautas señaladas bien pueden ser aplicadas en la construcción del Consejo de Estado francés cuando después de la "verificación" de los hechos existan vacilaciones en cuanto a la "apreciación" de los supuestos técnicos complejos; de igual modo pueden aplicarse en el derecho norteamericano para encauzar la llamada "discrecionalidad guiada" y su distinción con la verdadera discrecionalidad. Incluso podría aplicarse en aquellos ámbitos que admiten la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para frenar su inadecuado uso y la posible aniquilación de la discrecionalidad.

# XIV. El silogismo judicial que obliga a una solución justa no es trasladable con el mismo rigor a la realidad administrativa

Considero una confusión histórica pretender trasladar el habitual silogismo judicial que obliga a llegar a una solución justa a la actividad administrativa.

En efecto, si analizamos detenidamente los principios del derecho procesal, los estándares jurídicos del derecho privado que en mi criterio, influyeron en la creación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y los diversos criterios de la hermenéutica interpretativa, es dable advertir que constituyen valiosas herramientas metodológicas para colaborar con quien realiza la función jurisdiccional a fin de llegar a "una solución justa", pues institucionalmente el juez está obligado a ello (todo tiende a facilitar esta tarea).

Esta orientación pretende aplicarse a la actividad administrativa mediante las teorías analizadas, entre otras (discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados), dificultando los límites del juez revisor de la conducta administrativa y la determinación de la verdadera zona de reserva de la administración al no distinguirse con nitidez lo reglado de lo discrecional. A la postre no tienen otro remedio que llegar al control total atento la naturaleza de la función jurisdiccional y el silogismo judicial aplicado.

Empero, la peculiaridad de la administración y de su revisión ulterior no concilian con principios indiscutidos aceptados en las otras ramas del derecho. La salvaguarda del interés público, pero, fundamentalmente, la presencia de una de las partes investida de potestad pública, modifica la pureza de los métodos referidos, por lo que es necesario la formulación de un trato diferente.

El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios. La clave reside en interpretar a "quién" se delega, y "cómo" se integra el contenido de lo delegado.

El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo: el administrador incorpora calificaciones que explicitan:

- a) la juridicidad mediante un juicio objetivo utilizando la hermenéutica interpretativa, y
- b) valoraciones subjetivas originales de carácter discrecional relacionadas con la oportunidad y conveniencia.

El juez, en cambio, utiliza nada más que la interpretación porque sólo puede desarrollar elementos que ya forman parte del derecho, buscando la concreción de lo justo en el caso particular. Por ello, lo que hace el juez es explicitar en el caso concreto, el sistema ordinamental; por eso "dice" el derecho, utilizando para ello la mecánica interpretativa que será amplia o reducida según el caso. La administración "actúa", pero para tal accionar usa tanto la técnica de la interpretación como la de la discrecionalidad creativa en función del interés público en juego. Esto no existe en otras esferas del derecho (penal, civil, etc.) y de allí deviene la confusión.

En definitiva, el silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa porque la administración no siempre está obligada a llegar a una solución justa mediante la interpretación, porque si un hecho es opinable y admite varias opciones posibles igualmente válidas para el derecho, puede dirimir la cuestión mediante la "discrecionalidad", ejercitando un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el ámbito de la administración pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quiénes mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

Admitir la unicidad de solución justa en la praxis administrativa forzando las reglas procesales e interpretativas para ello, o aceptando teorías que lo postulen procurando eliminar lo discrecional, es tan disparatado como aceptar el control total.

Si esto ocurriera, implicaría sustituir el criterio opinable del administrador por el no menos opinable del juez, con el agravante que tal soberbia judicial infringiría el precepto ordinamental que dispuso que tal margen de libertad lo completara el poder administrador.

En definitiva:

- a) existe primero quien ejerce la función administrativa que debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma;
- b) al juzgador entonces sólo le incumbe controlar si la aplicación del concepto encuadra en la juridicidad. Cabe subrayar que la administración ya realizó la subsunción, que en las otras esferas del derecho le hubiera correspondido directamente al juez;
- c) el derecho administrativo quiere que sea la administración quien haga operativo el concepto por lo que los instrumentos reglados como discrecionales no deben ser desvirtuados.

La administración tiene la forma de dirimir la opinabilidad de supuestos alternativos aplicando un juicio subjetivo en pro de un ideal de oportunidad y conveniencia. ¿Por qué quitarle este cometido que en exclusividad le pertenece, acudiendo a estrategias implementadas para otros ámbitos funcionales? ¿Por qué querer cambiar solapadamente una valoración subjetiva por otras de igual naturaleza, cuando el propio ordenamiento pretende que sea más de mérito que de justicia? (el propio ordenamiento constitucional le da otra herramienta que el resto no tiene).

### XV. El juez sólo interpreta el derecho. No es un dominus de la sociedad

La misión del jurista revela una nostálgica belleza: la de preparar los caminos para el advenimiento del reino de las valoraciones (apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia del accionar de la administración pública), sin que le sea permitido entrar en sus dominios, tal como Moisés, el legislador que guió a su pueblo hacia los límites de la tierra prometida sin que le fuera dable penetrar en ella.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

Pero como dice Tocqueville <sup>29</sup> "... es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse;... por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...".

No obstante, el juez no es un *dominus* de la sociedad, y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo, su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años <sup>30</sup>.

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia.

La problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política plantea una cuestión irresuelta: si es posible reconducir las materias discrecionales que sólo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reflotar la consabida tesis del "gobierno de los jueces", que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales <sup>31</sup>.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado "darwinismo jurídico", se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc.. Se caracterizó el período, por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas <sup>32</sup>. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del "*New Deal*".

La Corte Suprema argentina ha señalado que cada poder, "dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan" <sup>33</sup>.

El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero, una vez deducida la conclusión, entonces, impone el sello de la autoridad del Estado.

Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente jurídico, estándole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la administración pública o al legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente, el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes del orden jurídico, las convicciones sociales, y, en definitiva, las valoraciones de lo que es "justo", todo esto, dentro del estilo del sistema jurídico vigente. Ello ocurre porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico para rellenar el concepto.

La legitimidad de los jueces no sólo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente, mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le

deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función, podrían afectar seriamente, la división de poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados <sup>34</sup>.

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y sólo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del "pretor romano" y del "canciller inglés", quienes -atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del derecho- actuaban con mayor libertad <sup>35</sup>.

Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la administración que interprete o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto la administración tiene una herramienta de la que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Cuando se trata de aplicar una potestad reglada, la administración utiliza la misma metodología que emplea el juez, esto es, la hermenéutica interpretativa. Si, en cambio, el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público.

En otras palabras, cuando el sistema jurídico encarga a la administración pública la emisión del acto particular, reglando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio, cuando le atribuye una facultad de opción, la "zona de reserva" debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: a) con pautas objetivables cuando sea posible (actividad reglada); b) con criterios técnicos o estándares tolerables en casos difíciles o complejos; c) con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

El control judicial es total en la hipótesis a); casi total en la b) pudiendo, en este caso, controlar la razonabilidad pero no sustituir un criterio técnico opinable de sustentabilidad relativa por otro también dubitable; y es escaso en la c) controlando sólo el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad sin penetrar en el núcleo discrecional interno.

#### XVI. El acto político dentro del orden jurídico

En el actual Estado de derecho, esta tipología de actos no puede desarrollarse fuera del derecho, sino que debe provenir del propio orden jurídico, que expresa o implícitamente autoriza esta modalidad de ejercicio del poder.

Si la unidad del ordenamiento jurídico regula la actividad del Estado, es lógico suponer que el acto político queda atrapado implícita o explícitamente en este sistema.

Considero que el acto político es "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho".

La apreciación subjetiva que incumbe al órgano político competente se debe realizar ponderando el interés público, la libertad de elección entre varias opciones igualmente válidas para el derecho y, al mismo tiempo, la sujeción al orden jurídico, pues constituyen los

#### XVII. El control judicial del acto político

Si actualmente el acto político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal accionar ha sido correctamente ejercido "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (elección de una opción entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de control judicial de los actos políticos se debería hablar de control del "ejercicio" del accionar político discrecional dentro de la juridicidad.

Esta interpretación pretende llegar también a una vinculación de lo político discrecional con el fondo de la cuestión, a partir de lo cual quede claro que en principio no puede haber inadmisibilidad de los actos políticos como *prius* ni como *posterius*; Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la actividad política ejercida es producto del orden jurídico.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva ya que el juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo político discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la administración ultrajando la división de poderes.

Como dice Haro <sup>36</sup>: "Allí hasta donde penetra la normatividad, debe alcanzar la revisabilidad para controlar sus violaciones".

No hay derecho sin juez, dice elocuentemente García de Enterría <sup>37</sup>. Ello comporta una conquista del Estado de derecho que demandó siglos de complejas dificultades, por lo que ha menester resguardar y fortalecer para salvaguardar la esencia de la división de poderes y el sistema democrático.

Si la actividad política se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de la función política condice con el orden jurídico vigente.

En posturas avanzadas, la legislación española propicia un control pleno en la moderna ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. En su exposición de motivos dice que "... la ley no recoge ya, entre otras exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos... Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de gobierno, o de dirección política- excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder regido sólo por el derecho constitucional, y exento del control,... resulta inadmisible en un Estado de derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la ley señala -en términos positivosuna serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la acción gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes".

Es indudable, el avance de la moderna legislación española, empero omite precisar el justo límite del control judicial por cuanto la mera lectura de la norma podría implicar un control total amparando el gobierno de los jueces.

El Tribunal Supremo Español antes de la citada reforma a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que "... tras aprobarse la Constitución y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional".

Para el Tribunal Supremo ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador, comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable <sup>39</sup>.

#### XVIII. Equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez

Es necesario buscar el equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez. Los extremos son riesgosos: el control total implicaría el gobierno de los jueces y la invasión de poderes que le corresponden a la administración, mientras que el control restringido o escaso es pernicioso para el Estado de derecho y las situaciones jurídico-subjetivas de los administrados.

En definitiva, si el acto institucional o político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercido dentro de ese universo de derecho, sólo cuando es susceptible de agraviar situaciones jurídico-subjetivas (derechos adquiridos, intereses legítimos y difusos) de fuente directamente constitucional. Ello no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino sólo su límite externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos.

Lo que no puede revisar ni sustituir el juez, es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su zona de reserva.

De allí que, conceptualmente y como dijimos *supra*, en lugar de utilizar la expresión control de los actos políticos, es más adecuado hablar de control del procedimiento de conformación del acto político dentro de la juridicidad constitucional.

Al respecto sustenta el Tribunal Supremo Español <sup>40</sup> que "al ser el acto de que se trata un acto de gobierno, este tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional...".

La dogmática alemana considera que la actividad de gobierno goza de una libertad de configuración política propia, que no puede ser sustituida con legitimidad por otro órgano. Ello deriva del cumplimiento de sus funciones constitucionales. Para Scheuner <sup>41</sup>, la decisión creadora, la iniciativa política y la completa dirección del Estado, constituyen la esencia de la actividad de gobierno. Por ende, los jueces no pueden ponerse en lugar del órgano administrativo sustituyendo las apreciaciones del gobierno por las suyas.

En el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente les corresponde a cada poder, cada uno obra bajo su propia responsabilidad.

Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado <sup>42</sup>.

#### XIX. Un requisito imprescindible: la acreditación de la legitimación y el agravio concreto

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. Sabido es que la legitimación es la situación especial en las que se encuentran las partes respecto del objeto de la pretensión procesal, y que la ley garantiza sólo a quienes están en esa posición, el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión <sup>43</sup>.

Afirma el prestigioso juez norteamericano Scalia sobre la doctrina constitucional del standing to sue <sup>44</sup> que "la doctrina judicial del standing es un crucial e inseparable elemento de la división de poderes cuyo desconocimiento producirá inevitablemente la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno... No hay caso o controversia... donde no hay partes adversarias con interés personal en el asunto...". Más adelante nos recuerda el famoso caso "Marbury v. Madison" cuando afirma que las potestades de la Corte son solamente para decidir sobre derechos de los individuos, no para analizar cómo el Ejecutivo, o los oficiales del Ejecutivo, desarrollan sus deberes sobre los cuales ellos tienen discreción. El standing requiere un daño diferenciado, un agravio distintivo no participativo por el resto del cuerpo social <sup>45</sup>.

En el caso "Rothingham vs. Mellon" <sup>46</sup>, la Corte norteamericana subrayó que la parte no sólo debe poder probar la invalidez sino también que le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo como resultado de su aplicación, y no meramente que lo sufre en forma indefinida en común con el resto de la gente.

El criterio aludido también se aplicó en el caso "United States vs. Richardson" <sup>47</sup>, en virtud del cual un ciudadano pretendía que se declarase la inconstitucionalidad de la ley de la CIA (Central de Inteligencia Americana) por infringir el art. 1º de la Constitución, en cuanto la norma permitía a la CIA no publicar sus casos. La Corte desestimó la acción aduciendo que el actor carecía de *standing to sue* <sup>48</sup>.

Ello concuerda plenamente con los principios liminares de la división de poderes en Argentina que garantiza el acceso a la justicia a quien sea parte en una controversia concreta (art. 116 y conc. C.N). Como es sabido, "parte" es quien tiene un interés controvertido con otro sujeto de derecho, perteneciente a su propia esfera jurídica quien, en definitiva, tiene algo que perder o ganar con motivo de la decisión judicial a dictarse.

Invocar un interés simple en el carácter de habitante o ciudadano, implicaría la aplicación lisa y llana de la "acción popular" que está excluida de nuestro ámbito jurídico. Como dice magistralmente Marienhoff <sup>49</sup>, la exclusión de la acción popular del orden jurídico argentino surge del art. 22 de la C.N., en virtud del cual el pueblo sólo delibera y gobierna por medio de sus representantes; y lo dispuesto por el art. 1º de la C.N. en cuanto dispone que el gobierno de nuestro país es "representativo". En este sentido afirma: "No existiendo ni pudiendo existir válidamente en nuestro país la acción popular, porque lo prohíbe la Constitución, ninguna persona del pueblo puede objetar o impugnar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante...". Es obvio que tampoco puede cuestionar los actos políticos en las condiciones descriptas.

La reforma de la Constitucional Nacional de 1994 consagró una sustantiva innovación con relación a los derechos de "incidencia colectiva". Esta normativa vino a rellenar la amplitud conceptual del art. 33 de la C.N. que en forma genérica e indeterminada tutela los "derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Dispone el segundo apartado del art. 43 C.N., que la acción de amparo en materia de "derechos de incidencia colectiva en general" otorga legitimación sólo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis: a) el propio afectado; b) el defensor del pueblo; y c) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Si quien interpone el amparo es el "afectado", pretendiendo tutelar incluso derechos de

incidencia colectiva, la legitimación para accionar sólo está asignada a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es, de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional.

Quiroga Lavié <sup>50</sup> sostiene con relación a la legitimación procesal para interponer el amparo colectivo que: "Se tomó en cuenta el proyecto del convencional Barra, sostenido por él personalmente, de forma tal que fueran solamente el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva) quienes estuvieran legitimados para ello. Dicha propuesta fue enriquecida... en proponerse que también estuviera legitimado procesalmente 'el afectado'".

Ha señalado Barra <sup>51</sup> que "El primer legitimado es el afectado, es decir, el mismo que se encuentra legitimado en el párr. 1° del art. 43, tal como ocurre con el afectado del art. 5° de la ley 16.986. Se trata del discriminado, del usuario o consumidor defraudado, de la empresa que no puede competir. Estos tienen un interés personal y directo, es decir, un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional -en realidad, un derecho a secas- el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio. Se trata del agravio concreto, específico, personalizado...". En los casos en que no aparece un afectado individualizado, sólo pueden interponer el amparo, los otros dos legitimados especiales creados por la constituyente: el defensor de pueblo y las asociaciones.

Este tradicional criterio doctrinario y jurisprudencial ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en "Polino" y "Dromi" <sup>52</sup>. Con motivo de la privatización de Aerolíneas Argentinas, en el caso "Dromi", el amparo fue interpuesto por un diputado nacional "por sí y en el carácter de representante del pueblo" a fin de que se ordenara al Estado Nacional que la forma societaria que adoptara Aerolíneas se enmarcara dentro de uno de los tipos societarios. Al respecto, la Corte dijo que la condición de ciudadano sustentada por el actor "no es apta... para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite en el caso, tener configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida".

Similar criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa "González" 53, donde se discutía si miembros del Concejo Deliberante en el carácter de tales o simples ciudadanos podían impetrar la exhibición de documentación relativa al pago de viáticos de funcionarios municipales a través del amparo. En el referido pronunciamiento se sostuvo que ser concejal no es título suficiente para otorgarle legitimación para accionar, como tampoco lo es ser habitante o ciudadano de la Nación Argentina: "... los actores no acreditan el daño diferenciado o el agravio distintivo con relación a cualquier miembro de la colectividad. La averiguación de los datos solicitados por los actores en nada mejora o perjudica su esfera de derechos y garantías que tutela el orden constitucional, que viabiliza el amparo. No se advierte cuál es la lesión o restricción que repercute en su esfera interna; no hay parte en sentido jurídico estricto. Desde otra perspectiva es importante destacar que el amparo incoado contra todo acto u omisión de autoridades públicas no puede ser interpuesto por quien también ejerza funciones públicas como sucede en la especie, al pretender los actores actuar en el carácter de concejales. La norma constitucional presupone una relación jurídico pública, administración-administrado, donde la primera actúa investida de potestad pública y el segundo impetra la nulidad del acto u omisión lesiva a fin de tutelar su derecho o garantía constitucional, lesionado, restringido, alterado o amenazado, en su calidad de ciudadano o administrado. De admitirse la legitimación activa de quien está dotado de potestad pública contra quien también ejerza la función administrativa o de gobierno, implicaría desconocer el principio liminar señalado, por cuanto en esta hipótesis no habría una relación administración-administrado, sino una vinculación administración-administración, es decir, inter-orgánica, regulada, en este caso, por principios y normas constitucionales. Carece entonces de legitimación el peticionante para estar en juicio. En efecto, tal discrepancia se resuelve, muchas veces, si correspondiere y tuviere la envergadura necesaria, mediante el procedimiento del conflicto de competencias, o directamente a través de los controles y responsabilidades fijados por el derecho constitucional".

Similar criterio se ha sustentado en España con otros fundamentos. El Tribunal Supremo 54 sostiene que la falta de respuesta o falta considerada incorrecta de un gobierno a la solicitud de información de un parlamentario, es acto infiscalizable por la jurisdicción contencioso administrativa, porque no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político parlamentario. También ha señalado el Tribunal Supremo <sup>55</sup> que "Los informes o documentos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los diputados a la administración pública, por conducto de la Presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de éstos, se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello, los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los tribunales sin desplazar a éstos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo, y por ello no residenciable ante los tribunales de este orden jurisdiccional...".

A veces, la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aun siendo muy amplio, en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

## XX. El llamado acto institucional que directamente no agravia situaciones jurídicas subjetivas

Para Marienhoff <sup>56</sup>, el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en el mismo, careciendo entonces de acción para cuestionarlo.

En la actualidad, expresa con buen criterio Cassagne <sup>57</sup> que el acto institucional es producto de la función gubernativa o política y engloba la actividad de los órganos superiores del Estado respecto de aquellas relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones esenciales que organiza la Constitución tanto en el derecho interno como en el internacional. En su concepción, estos actos están excluidos de la revisión judicial, por carecer de efectos jurídicos directos sobre los particulares, reduciéndose, de tal modo, lo no controlable ya que la anterior categoría de actos de gobierno no se diferencia de la revisión judicial que puede tener cualquier acto administrativo.

Es correcto y razonable que no corresponde el control judicial cuando el acto no se vincula inmediata o directamente con los particulares, pero es indiscutible que por más acto político o institucional que sea, cuando éste es susceptible de agraviar una situación jurídico-subjetiva tutelada por el ordenamiento constitucional en forma personal y directa, el control judicial es insoslayable. Debe ser ejercido y no pueden existir retaceos en honor a la majestad de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

No es la naturaleza del acto lo que determina entonces la exclusión de la revisión judicial, sino si es susceptible de agraviar derechos subjetivos o intereses tutelados en forma personal o directa.

#### XXI. El acto institucional que sólo puede ser sólo controlado en su aplicación concretizada. La mentada devaluación

A veces, en una misma problemática se presenta un doble objeto de análisis y resolución por ser una controlable y otra incontrolable: así, por ejemplo, no es cuestionable judicialmente el cambio del valor de la moneda porque entra dentro de la zona de reserva de la administración, el establecimiento de la política monetaria con arreglo a pautas de mérito, oportunidad y conveniencia, repercutiendo, en general, sobre la totalidad de la población. Empero, nada impide que en un caso concreto, puedan repararse las consecuencias patrimoniales en función del agravio acreditado y la justeza de éste, y aún pueda declararse la inaplicabilidad o inconstitucionalidad del acto aplicativo sólo para ese agravio o perjuicio individualizado por la parte debidamente legitimada. La declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo no altera la vigencia de la norma pues el juez debe circunscribirse a declararla inaplicable en el caso concreto.

El Tribunal Supremo Español <sup>58</sup> señala que el acto de devaluación de la moneda es político aun cuando ello no tiene relevancia sobre el fallo del caso que se concreta exclusivamente en pretensiones indemnizatorias.

Consecuentemente, como por ejemplo sucede con el Estado de sitio o la intervención federal (entre otros), es en principio irrevisable la valoración político discrecional de las razones tenidas en cuenta para su adopción. Empero, distinto es lo que sucede con sus actos de aplicación si lesionan un derecho fundamental o causan un daño patrimonial particularizado, en cuyo caso la revisión judicial es procedente para subsanar el obstáculo concreto o, en su caso, ordenar la indemnización pertinente.

En concreto, pueden plantearse tres situaciones diversas: a) actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídico-subjetivas; b) actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, éstos sólo pueden ser indemnizados, y c) actos políticos o de gobierno que no inciden en situaciones individualizadas sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso, no son controlables judicialmente. A éstos, un sector de la doctrina los llama institucionales.

#### XXII. Los avances de la jurisprudencia. El procedimiento de reforma de la Constitución

Como es sabido, el poder constituyente derivado está sujeto: a las reglas que establece la vigente Constitución para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución Nacional, cuando se trata de una revisión provincial; a lo dispuesto por los tratados internacionales a los que la Nación se ha adherido, y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Especial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional <sup>59</sup>.

Dice al respecto Rubio Llorente <sup>60</sup> que "El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino sólo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera sólo ex nunc y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas la que fueran conforme al sistema anterior".

El derecho extranjero más encumbrado aconseja regular para el futuro respetando los derechos adquiridos preexistentes y, excepcionalmente, en caso contrario se analiza su eventual reparabilidad.

Ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso "García" <sup>61</sup> citado supra que "Reducir el mandato de los legisladores, más allá de la decisión final que se adopte, conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes

que predeterminan un momento histórico dado, es susceptible de agraviar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial.

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna".

Mientras en el caso "Sesma" <sup>62</sup>, también citado *supra*, se sostuvo que "... toda reforma de la Ley Fundamental de la Provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o Leyes Nacionales, art. 31 Const. Nacional), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura Provincial (art. 196 Const. Pcial.), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la Provincia, de aplicación prevalente. De lo expuesto se concluye que la Constitución de la Provincia está, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial. Una reforma constitucional conforme a la citada orientación conceptual también debe enmarcarse en la juridicidad, debiendo señalarse que aun cuando el control judicial es posible y necesario para salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia del sistema democrático, sin embargo, tal control debe ejercerse con la prudencia necesaria.

En el sub examine, el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, mérito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este último supuesto resultan de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de mérito y aun la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas públicas dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legítimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público, dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Este es el camino elegido por el constituyente de la reciente reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere...".

Sin embargo, en este fallo se puntualizaron adecuadamente los límites del control judicial respetando el núcleo discrecional cuya ponderación sólo compete a los órganos políticos pertinentes. Así se sostuvo que "Pertenecen a la zona de reserva político-discrecional, que sólo compete al constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto, el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, más aún, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo está prevista su eventual reparabilidad... La debida justificación de estas razones que atañen a la sociedad y son de interés público y su racionalidad, se encuentra sólidamente acreditada por cuanto la caducidad de los mandatos no responde a un propósito o finalidad arbitrarios de remover a quienes ejercen el cargo en la actualidad, sino que obedece a una reestructuración organizacional que consiste, en esencia, en una disminución del número de integrantes del Poder Legislativo, basada en criterios de austeridad y economía en el gasto público y en procura de una mayor eficiencia funcional".

La sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes. No se trata de invadir funciones que le corresponden al poder político sino de custodiar fielmente la prevalencia de la Constitución y sus principios por sobre las normas y actos derivados. Consecuentemente, no son los jueces quienes suplantan al poder político en este caso, sino que es la propia Constitución y sus principios que vehiculizados por el juez pasan a ser una realidad aplicada y no una verdad declamada.

Estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control total, sustituyendo la discrecionalidad política por la judicial, porque sus principios postulan, en esencia, la politización de la justicia en lugar de la juridicidad de la política. El exceso de control es susceptible de paralizar la actividad estatal y sustituir las decisiones del gobierno democráticamente elegido por la voluntad de los jueces. Empero también estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control escaso, pues ello es pernicioso para el Estado de derecho y las garantías de los ciudadanos.

Es necesario buscar el equilibrio prudente entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

En el marco de estos principios, no se cristaliza el gobierno de los jueces sino la efectiva supremacía de la Constitución, imponiéndose por sobre los actos secundarios que la incumplan o desvirtúen.

En conclusión, las otroras doctrinas que justificaban la exclusión del control judicial de las cuestiones políticas como una manifestación de las inmunidades del poder, hoy han quedado en desuso frente a los enfáticos preceptos constitucionales en este nuevo ciclo de reformas de las leyes supremas de nuestro país, siguiendo los modelos europeos descriptos. En efecto, se ha reforzado y ampliado el derecho de defensa en el marco de la tutela judicial efectiva con una mayor accesibilidad incluso respecto de la legitimación para ser parte en una causa judicial (derechos subjetivos, intereses legítimos y difusos). Asimismo, se ha ampliado el principio de juridicidad que exige el pleno sometimiento de los poderes del Estado a la ley y al derecho <sup>63</sup>. En definitiva, la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional.

#### **NOTAS**

<sup>\*</sup> Este trabajo corresponde al discurso de incorporación como miembro de número, pronunciado el 26 de septiembre de 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Julio Rodolfo Comadira, "La actividad discrecional de la administración pública. Justa medida del control judicial", Buenos Aires, E.D., 29/3/00; del mismo autor ver su reciente libro *Derecho administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2003, pág. 493 y ss.; Pedro Coviello, "La denominada zona de reserva de la administración y el principio de la legalidad administrativa", Buenos Aires, *REDA*, № 23, 1996.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Julio Rodolfo Comadira, *Derecho administrativo: acto...* cit., pág. 507.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Domingo Sesin, Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 287.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Juan Carlos Cassagne, *Fragmentos de derecho administrativo, entre la justicia, la economía y la política*, 1<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2003, págs. 107-108.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> M. Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 68 y ss..

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1994-1997, pág. 249.

M. Beltrán de Felipe, Discrecionalidad administrativa y Constitución, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 187.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> S.T.S. español del 2 de abril de 1991.

- <sup>9</sup> L. Parejo Alfonso, Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 50 y ss..
- Pedro Coviello, voto en la causa "London Supply S.A" como juez de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativa, L.L., 2001-D-419; en el mismo sentido, Alfredo Gusman, "Fronteras del poder discrecional", L.L.C., 2002.
- <sup>11</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., Macchi Grupo Editor, Buenos Aires, 2000, t. 3, pág. 11 y ss..
- <sup>12</sup> Tribunal Supremo Español citado por López Menudo, "El control judicial de la administración en la Constitución española", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996, pág. 38.
  - <sup>13</sup> J. Comadira, "La actividad discrecional de la..." cit., pág. 7.
- <sup>14</sup> M. Sánchez Morón, "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pág. 148.
- Parejo Alfonso, ob. cit., pág. 58; Sánchez Morón, "Siete tesis..." cit., pág. 148 y ss.; P. Cane, *An introduction to administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pág. 81.
- <sup>16</sup> F. Sainz Moreno, Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, Civitas, 1976, págs. 68 y 70.
- <sup>17</sup> Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, pág. 43 y ss.; J. Schmidt-Salzer, *Der Beurterlungsspielraum der Verwatungsbeborden*, Berlín, 1968, pág. 65 y ss..
- <sup>18</sup> Tezner, *Das Freie Ermessen Verwaltungsbehorden*, Viena, Ed. Leipzig, 1924, pág. 69 y ss..
- <sup>19</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, pág. 386; A. Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, pág. 250; Juan Carlos Cassagne, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, N° 3, 1990, pág. 98 y ss.; H. Quiroga Lavie, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 226; R.C. Barra, *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Abaco, 1980, t. II, pág. 230 y ss.; L.M. Grecco, "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", L.L., 1980-D, pág. 1.306 y ss..
  - <sup>20</sup> Jesch, Lev y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad..., pág. 212 y ss..
  - <sup>21</sup> García de Enterría y Fernández, op. cit., pág. 380.
- $^{22}$  Sainz Moreno, op. cit., pág. 243 y ss.; Ossenbuhl, Tendenzen un gefahren der neuren Ermessenlehre, 'D. off. Verw', 1968, pág. 618 y ss..
- <sup>23</sup> En el mismo sentido: T.R. Fernández, "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario" y "Debe la administración actuar racional y razonablemente", *Separata, Revista Española,* Civitas, 1993 y 1994; F. Ledda, "Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull amministrazione pubblica", *Rivista Diritto processuale administrativo*, Milán, Giuffré, 1993; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, Giufré, 1985.
- <sup>24</sup> Martini Serenella, *Discrezionalitá ammnistrativa e sindacato giurisdizionale nell esperienza giuridica*, Tedesca, Libera Universita Internazionale degli Studi Sociali, *La discrezionalita amministrativa: profili comparati*, Milán, Giuffré, 1997, págs. 26-27.
- <sup>25</sup> Cámara en lo Civil y Comercial especial de Capital del 21 de junio de 1983, "Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/ Fusetti de Turro", Buenos Aires, E.D., 105-575; Guido TAWIL, *Administración y justicia*, t. II, pág. 400; Alfredo Gusman, ob. cit..
  - <sup>26</sup> Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda, Sent. Nº 353 del 29/11/93. Ponente: Carlos Viver Pisunyer.
  - <sup>27</sup> STC 48/1998; 353/1993; 34/1995.
  - <sup>28</sup> Julio Rodolfo Comadira, *Derecho administrativo: acto...* cit., pág. 516.
  - <sup>29</sup> Tocoueville, De la démocratie en Amérique, París, Gallimard, 1951, t. II, pág. 154.
  - <sup>30</sup> P. Chierchia, *L'interpretazione sistematica della constituzione*, Padova, 1978, pág. 10 y ss..
- <sup>31</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 168 y ss..
  - <sup>32</sup> Schiwartz, Le droit aux Etats Unis, une création permanente, París, 1979. pág. 125.
  - <sup>33</sup> C.S.J., Fallos 243:513.
- <sup>34</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pág. 34.
  - <sup>35</sup> R. Pound, *Introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, Cap. III.
  - <sup>36</sup> Ricardo Haro, "Las cuestiones políticas: prudencia o evasión judicial", L.L., 1991-D, pág. 1.066.
- <sup>37</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y...* cit., pág. 31 y ss.; en el mismo sentido: Germán Bidart Campos, *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. II, pág. 333 y ss., y "El Pacto de San José de

Costa Rica y las cuestiones políticas no judiciables", L.L., 13-062002, pág. 1; César Enrique Romero, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Zavalía, 1975, pág. 33 y ss.; Ricardo Haro, ob. cit., pág. 1.051 y ss..

- 38 Tribunal Supremo Español, Sent. del 22 de enero 1993, Aranzadi A 57. Ponente: Baena del Alcázar.
- Revista de Derecho Administrativo, Nº 9, 1997, pág. 437.
- 40 Tribunal Supremo Español, Sent. del 6/11/1984.

41

- U. Scheuner, "Der Bererich der Regierung", en Festgabe fur Rudolf Smend, Gottingen, pág. 253 y ss..
- Embid Irujo, "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, t. III, pág. 2.739.
  - <sup>43</sup> Guasp, Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, Madrid, 1943, t. I, pág. 122.
- $^{\rm 44}$  The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers, 17 Suffolk U. L Rev. 881, 1983.
  - <sup>45</sup> Casos "United States v. Richardson"; "Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War", 1974.
  - <sup>46</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, 262, U.S., 447, 1923.
  - <sup>47</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, 418, U.S., 166, 1974.
- <sup>48</sup> Ghunther, *Constitutional law*, pág. 1.544 y ss.; Alberto Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992, pág. 128.
  - <sup>49</sup> Miguel Marienhoff, "La acción popular", L.L., 1993-D, pág. 683 y ss.
  - <sup>50</sup> H. Quiroga Lavié, Constitución de la Nación Argentina comentada, Buenos Aires, Zavalía, 1996, pág. 236.
- <sup>51</sup> Rodolfo Barra, "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", E.D., 22/10/96, ratificando su mismo criterio sustentado en: "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", L.L., 1994-E.
  - <sup>52</sup> L.L., 1990-E-97, C.S.J.N, 6/9/90.
- <sup>53</sup> Tribunal Superior de Córdoba, caso: "González, Guillermo y otro c/ Pérez Amparo", Sent. Nº 50/96, jueces: Sesin, Lafranconi, Tarditti.
  - <sup>54</sup> Tribunal Supremo Español, Sent. del 9/6/1987, Ar. 3778.
- <sup>55</sup> Tribunal Supremo Español, Sent. del 15/11/1988 y comentario de Embid Irujo, "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en ob. cit., t. III, p. 2.723.
  - <sup>56</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, pág. 755 y ss..
  - <sup>57</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, t. II, pág. 69 y ss..
  - <sup>58</sup> Tribunal Supremo Español, Sent. del 9/1/1982, Ar. 235.
- <sup>59</sup> Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la juridicidad ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en los casos: "García, Eduardo José y otra Acción declarativa de inconstitucionalidad", del 17/8/01, jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, L.L.C, 2001-1111; "Sesma, Laura J. y otro Acción declarativa de inconstitucionalidad", A.I. Nº 52, 13/9/01, y "Sesma, Laura J. y otro Acción declarativa de inconstitucionalidad", A.I. Nº 54, 17/9/01, L.L.C., 2002-201; ver interesante comentario de Paulina Chiacchiera Castro, "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la Provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos 'García' y 'Sesma' del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 2/12/02, pág. 63 y ss..

60

Francisco Rubio Llorente, "La forma del poder" en *Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 47.

61

"García Eduardo José y otra -Acción declarativa de inconstitucionalidad", del 17/8/01, jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez; L.L.C., 2001-1111).

Caso: "Sesma, Laura J. y otro - Acción declarativa de inconstitucionalidad, A.I. Nº 54, 17/9/01, L.L.C., 2002-201

(del voto de los Dres. Sesin y Orchansky). Arts. 18, 31, 43, 75 inc. 22, 116 y concs. C.N.; arts. 18, 19 inc. 9, 20, 48, 161, 165 y concs. de la Constitución de la Provincia de Córdoba; art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica; arts. 8°, 9° y concs. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

#### HACIA UN NUEVO ÁMBITO PERSONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

por Raúl Enrique Altamira Gigena

**SUMARIO:** 1. Ambito natural. 2. Ambito prolongado. 3. Relaciones especiales, no amparadas por el derecho del trabajo. 4. Propuesta *de lege ferenda*: el trabajo personal e indelegable. 5. Conclusión.

Seleccionamos el tema con vocación de cambio, modificar la actitud conservadora de los abogados. Es necesario innovar, actualizarse, adecuarse a los tiempos.

#### 1. Ambito natural

Trabajador dependiente de empresa privada, nace con el derecho del trabajo, es decir, alrededor del siglo XIX, se mantiene sin variantes.

#### 2. Ambito prolongado

Empleado público regulado por el CCT. Propiciamos que todo empleado público, de planta permanente, temporaria o transitoria esté regulado por el derecho del trabajo; quedan excluidos los funcionarios políticos y electorales.

Esta posición está respaldada por el maestro de derecho administrativo Agustín Gordillo, quien propicia que el empleado público de planta permanente (choferes, cajeros, administrativos, etc.) sean regulados por el derecho del trabajo.

#### 3. Relaciones especiales, no amparadas por el derecho del trabajo

- a. Bomberos voluntarios;
- b. Ordenes religiosas, obispos, párrocos;
- c. Trabajo de penados o condenados;
- d. Relación dirigente sindical Organización gremial;
- e. Integrantes de los microemprendimientos;
- f. Trabajadores de teleprocesos.

#### 4. Propuesta de lege ferenda: el trabajo personal e indelegable

Siguiendo al querido maestro -de feliz memoria- Mario Deveali, en su clásica obra <sup>1</sup>, entendemos que el contrato de trabajo abarca algunos casos marginales de *locación de obra*, cuando a pesar de la autonomía aparente existe una subordinación sustancial y el riesgo a cargo del trabajador no difiere sensiblemente del que está a cargo de muchos trabajadores de fábrica, como los retribuidos a destajo o sujetos a un régimen severo de multas; y también los casos en

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 hablarse de 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, bajo la vigilancia directa del pasajero?

En los contratos de servicios profesionales debe tenerse especialmente en cuenta 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, sin tener relevancia el hecho de calificar de 'honorarios' a las periódicas entregas de dinero efectuadas por el principal" <sup>2</sup>.

En el contrato de trabajo, el trabajador que pone a disposición del empleador la fuerza y capacidad de trabajo, en la concentración del contenido y los términos no tiene poder económico de negociación.

"La habitualidad del servicio profesional, la identidad de los servicios prestados y la actividad de la empresa, el control o dirección que sobre esa 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" <sup>3</sup>.

En infinidad de casos, la locación de servicios es utilizada para ocultar una relación de trabajo subordinada (jurídica y económicamente), ello se da así, 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 inconciliables y que no podían merecer igual tratamiento jurídico" <sup>4</sup>.

En nuestra opinión, la construcción del contrato de trabajo, en el derecho argentino, podía efectuarse agrupando aquellos casos de locación de servicios en los cuales existía el carácter de la onerosidad y continuidad; los casos del mandato en los cuales, además del primero de los elementos antes aludidos, existía también una prestación efectiva de carácter continuado, o sea, una prestación continuada de servicios con carácter de mandato, y, por último, aquellos casos de locación de obra en que la autonomía del trabajador resulta solamente aparente y de riesgo a cargo de él es prácticamente nulo o casi nulo.

En cuanto a los *trabajadores autónomos*, para diferenciarlos de los trabajadores subordinados, la inexistencia de una relación continuada de dependencia. Pero, una vez que se admite que el servicio o la prestación pueden ser aun accidentales y que la dependencia puede referirse simultáneamente a la pluralidad de "empleadores", desaparece cualquier diferencia entre el obrero de fábrica y el mecánico que llamamos a nuestra casa para arreglar una cerradura, o una *frigidaire*, según nuestras indicaciones y bajo nuestra vigilancia; entre el

médico interno de un sanatorio y el médico que llamamos a nuestro domicilio para aplicar unas inyecciones, según nuestras indicaciones.

Estas consideraciones no tienen ningún alcance crítico, sino que se proponen demostrar prácticamente las dificultades que presenta, en el momento actual, la definición del contrato de trabajo según el derecho positivo argentino.

Entendemos -por lo tanto- que la única solución posible, consiste en una esquematización muy general, que podría ser la siguiente:

Es *contrato de trabajo, en sentido genérico*, aquel en virtud del cual una persona se obliga a ejecutar personalmente una obra, o a prestar un servicio por cuenta de otra, mediante una remuneración.

Propiciamos que el contrato de trabajo pueda tener por objeto un trabajo subordinado o un trabajo autónomo.

Existe *contrato de trabajo subordinado* (contrato de trabajo en sentido específico) cuando éste importa una relación de dependencia de carácter continuativo.

El contrato de trabajo autónomo es cuando su ejecución no importa un verdadero vínculo de dependencia de carácter continuativo, pero se realiza en forma personal e indelegable (situación de los abogados asesores de empresas, de sindicatos, de cooperativas, etc.), donde las condiciones personales e idoneidad del contratado son fundamentales para la formalización del vínculo.

En sentido coincidente, Ramírez Gronda 5.

Roberto García Martínez concuerda sustancialmente con este criterio cuando expresa que "el contrato de trabajo es una expresión moderna de la locación de servicios, y el concepto de ésta es mucho más restringido que el de aquel".

Aunque no exista absoluta uniformidad de opiniones acerca del requisito de la *exclusividad* del empleo, la mayoría de los autores entiende 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, ya en provecho del mismo obrero, ya en provecho de otras personas" <sup>7</sup>.

Este autor -a semejanza de muchos otros- admite la necesidad del requisito 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.

Muchas discrepancias entre los autores derivan esencialmente del distinto sentido que atribuyen a la palabra *dependencia*. Los que usan esta palabra en su acepción general -como lo hace el maestro Deveali, por ejemplo- deben admitir que ella se encuentra también en otras relaciones extrañas al contrato de trabajo, y, por consiguiente, se ven obligadas a 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, 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 de él.

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".

En la doctrina alemana, Jacobi entiende que el contrato en virtud del cual se encarga a un médico de una intervención quirúrgica, o la curación de un enfermo, es un *Werkvertrag* (locación de obra); en cambio, el contrato mediante el cual se encarga el médico de vigilar, sea durante cierto tiempo o bien indefinidamente a una persona, como médico de cabecera, estipula un *Dienstvertrang* (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* <sup>8</sup>.

En sentido idéntico, para Eduardo Stafforini, las características esenciales del vínculo jurídico a 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 <sup>9</sup>.

En síntesis, propiciamos una nueva ley, que considere como 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, bomberos, órdenes religiosas, etc.), a los que realizan una actividad en forma personal e indelegable, 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 una mayor seguridad jurídica, reducirá considerablemente la litigiosidad y, en definitiva, conducirá a una verdadera paz social, ya que no existe un país próspero y en desarrollo mediante el litigio judicial.

#### 5. Conclusión

En definitiva, queremos que alguna vez sea realidad -para nuestro bien y el de nuestra posteridad- el mensaje de Rachel Corrie, documentado en la última carta a su madre, desde un campo de concentración palestino, transcripto por Vargas Llosa, en La Nación del sábado 18 de noviembre del corriente año.

Escribió Rachel: "Esto tiene que terminar. Tenemos que abandonar todo lo otro y dedicar nuestras vidas a conseguir que esto termine. No creo que haya nada más urgente. Yo quiero poder bailar, tener amigos, enamorarme, y dibujar historietas para mis compañeros. Pero, antes, quiero que esto se termine. Lo que siento se llama incredulidad y horror. Decepción. Me deprime pensar que ésta es la realidad básica de nuestro mundo y que, de hecho, todos participamos de lo que ocurre. No fue esto lo que yo quería cuando me trajeron a esta vida. No es esto lo que esperaba la gente de aquí cuando vinieron al mundo. Este no es el mundo en que tú y mi papi querían que yo viviera cuando decidieron tenerme".

Coherente con lo expuesto, para concluir, citaré el pensamiento de Albert Schweitzer -portada de mi tesis doctoral- que orientó y orienta mi vida familiar, personal, profesional y universitaria:

"Aquél que ha sido colmado de beneficios por la vida, debe repartir a su vez, y en la misma medida".

"Aquél que no ha tenido sufrimientos, debe contribuir a disminuir los del prójimo". "Todos tenemos que asumir una parte del fardo de dolor que pesa sobre el mundo".

#### **NOTAS**

<sup>\*</sup> Discurso de incorporación como académico de número, pronunciado el 28 de noviembre de 2006, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Mario Deveali, *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3<sup>a</sup> ed., 1956.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> CNAT. Sala VIII. 26/8/94. D.J., 1995-I-563.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala 2 (Fernández-Herrero), "Banco Popular Financiero S.A. c/ DGI

profesionales", Sent. Nº 70736 del 27/2/97.

- <sup>4</sup> Francisco De Ferrari, *Derecho del trabajo*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Depalma, vol. I, pág. 290.
- <sup>5</sup> Ramírez Gronda, *El contrato de trabajo*, 1945.
- <sup>6</sup> Roberto García Martínez, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1945, pág. 95.
- $^{7}$  Alejandro Gallart Folch,  $Derecho\ español\ del\ trabajo,\ pág.\ 10.$
- $^{\rm 8}$  Grundlehern des. Arbeitsrechts, citado por De la Cueva, op. cit., pág. 449.

Eduardo Stafforni, "Necesidad de revisar el actual concepto de contrato de trabajo", en Revista de Derecho del Trabajo, 1950, pág. 68.

# EL SISTEMA DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: FUNDAMENTOS Y DIFICULTADES

por Alejandro Pérez Hualde

SUMARIO: I. Introducción. II. El usuario en el ordenamiento jurídico. A. Los tratados internacionales. B. La Constitución Nacional. C. La legislación. D. El constitucionalismo provincial. III. El usuario y la concepción del hombre y del Estado. IV. El sistema constitucional de protección. V. Dificultades que enfrenta el sistema de protección. A. La subordinación del sistema a otros fines económicos. B. La "comercialización" del sistema de servicios públicos. C. La eliminación de la solidaridad como base del servicio público. D. El "sacrificio" de sectores. E. La pretendida "neutralidad" de los organismos de control. F. La temida "competencia" política. G. El temor a la responsabilidad. H. La falta de independencia de los organismos de control. VI. La reformulación del servicio público.

#### I. Introducción

Debemos iniciar estas reflexiones aclarando que el título incurre en un pleonasmo; ya que sólo se es, jurídicamente, *usuario* de los servicios públicos; si hablamos de *usuario* hablamos de servicios públicos <sup>1</sup>. Son conceptos inseparables en el terreno del derecho.

Podemos adelantar que la promoción de la constitución de asociaciones de usuarios, juntamente con la garantía de su participación necesaria en los órganos de control, previstas por el art. 42 C.N., y su legitimación procesal activa, además del defensor del pueblo <sup>2</sup>, para el ejercicio de la acción de amparo, que contempla el art. 43 C.N., constituyen el trípode sobre el que se asienta lo que denominamos sistema constitucional de protección de usuarios de los servicios públicos.

#### II. El usuario en el ordenamiento jurídico

El Diccionario de la Real Academia Española, dice que usuario es el "que usa ordinariamente algo; dicho de una persona que tiene derecho de usar de una cosa ajena con cierta limitación; o que, por concesión gubernativa o por otro título legítimo, goza un aprovechamiento de aguas derivadas de corriente pública".

Como dijimos, sólo se es usuario de los servicios públicos. De los servicios privados se es cliente, no usuario. El término "usuario" en nuestro ordenamiento jurídico tiene un sentido propio preciso y comprometido ideológicamente.

Cuando, en algún momento, se buscó "despublicizar" a los servicios públicos, expresamente se empleó el término "cliente", en lugar de usuario, en los reglamentos de los servicios básicos telefónicos <sup>3</sup>. Pero esa impronta contó con muy breve lapso pues la reforma constitucional de 1994 revitalizó la presencia del servicio público en nuestro ordenamiento constitucional; el usuario se encuentra sólidamente presente en él.

A. Los tratados internacionales

En los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina que se encuentran incorporados a nuestro orden constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 C.N., se ha visto expresamente el tema de los servicios públicos, desde un punto de vista literal, únicamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. XXXVI establece el "Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos".

No obstante, consideramos que se encuentra implícito en otros tratados como es el caso del art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Similar cláusula contiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 11 dice: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento". Estas afirmaciones se ven completadas por la Declaración Americana, ya mencionada, que en su art. XI estipula que este nivel se debe corresponder con el que "permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece en su art. 5º inc. f, que "Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley,... particularmente en el goce de los derechos siguientes:... el derecho al acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques".

Coincidimos con Salomoni en que los servicios públicos tienen raigambre en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos incorporados en nuestra Constitución <sup>5</sup>. El autor platense asienta su afirmación en el texto explícito del ya transcripto, art. XXXVI de la Declaración Americana. Sin embargo, no compartimos esta última aseveración por cuanto consideramos que los conceptos de impuesto y de servicio público empleados en ese artículo lo han sido en un sentido demasiado amplio. Se ha comprendido a las tasas dentro del concepto de impuesto y se ha tomado al servicio público con el alcance de la doctrina francesa que no lo distingue, como sí lo hace nuestra doctrina nacional <sup>6</sup>, de las funciones del Estado.

Consideramos que tanto las normas de la Declaración Universal, del Pacto Internacional, de la Declaración Americana (art. XI), como de la Convención Internacional, recién transcriptas, son más específicas. Todas se refieren al derecho a un "nivel de vida adecuado"; se incluye expresamente a la familia; el primero menciona el "bienestar", el segundo se refiere a "condiciones de existencia", y la última, muy concretamente, a los "servicios destinados al uso público". Se trata de bienestar y condiciones de existencia que buscan definir un resultado obtenido como consecuencia de la atención de diversas necesidades básicas según un concepto acorde al medio cultural, social y económico de cada comunidad. No es el derecho concreto a la salud, a la educación o al trabajo o a la subsistencia, pues todos ellos son motivo de tratamiento en otros artículos de esos tratados. Entendemos que la referencia se dirige directamente a la cobertura de necesidades como el agua potable, la electricidad, el gas natural, los servicios sanitarios, el alumbrado público, la recolección de residuos, y el transporte público, como expresamente se menciona a este último.

Es en estas normas en que encontramos la base positiva en los tratados internacionales que brindan sustento formal a la raigambre constitucional de los derechos del usuario de los servicios públicos y del deber jurídico del Estado de garantizar su cobertura.

#### B. La Constitución Nacional

El art. 42 C.N. establece: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al

control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

El art. 43 C.N. dice: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Sin duda alguna, nuestra Constitución Nacional, en un par de normas de plena operatividad <sup>7</sup>, no sólo distingue claramente el concepto de *usuario* del de *consumidor* <sup>8</sup> sino que, además, les brinda protección diferenciada a uno y a otro <sup>9</sup>. Sólo al primero le garantiza el control de calidad y eficiencia de los servicios públicos y la existencia de sus marcos regulatorios.

#### C. La legislación

Si bien existe una protección general, de aplicación supletoria, en la ley 24.440 de "Protección al consumidor", las normas legales específicas a considerar en este tema son los marcos regulatorios de los servicios públicos.

Así, la ley 24.065 de marco regulatorio eléctrico, establece en su art. 2º: "Fíjanse los siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios". En igual sentido, el marco regulatorio del gas natural, ley 24.076 en su art. 2º dice: "Fíjanse los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el artículo 50 de la presente ley: a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores".

#### D. El constitucionalismo provincial

Algunas constituciones provinciales han llevado a su texto una norma similar al art. 42 C.N.; así lo hacen: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 46), el Chaco (art. 47), Formosa (art. 74), La Rioja (art. 50), Salta (art. 31) y Santiago del Estero (art. 36). Con algunas diferencias pero con el mismo grado de preocupación por el usuario también lo hacen Chubut (art. 33) y Catamarca (art. 178). Sin transcribir la norma nacional pero previendo expresamente su participación en el control de los servicios públicos, están las provincias de Córdoba (art. 75) y Tierra del Fuego (art. 78).

Otras provincias, siguiendo el criterio de la Constitución Nacional (art. 43 C.N.), han encomendado a su defensor del pueblo, la tarea de control de los servicios públicos como la provincia de Buenos Aires (art. 55), también Córdoba (art. 124), Formosa (art. 153), La Rioja (art. 144) y Río Negro (art. 167).

#### III. El usuario y la concepción del hombre y del Estado

Julio Comadira <sup>10</sup> destacó que hay tantas definiciones de servicio público como autores se han ocupado de él. Por su parte, Domingo Sesin <sup>11</sup> señala con acierto cómo es la presencia del régimen público, la nota común a todas las definiciones de servicio público con que nos encontramos en el derecho administrativo. Hemos hecho hincapié en la nota de imposición legal del régimen público sobre la cobertura de determinada necesidad de naturaleza económica a fin de asegurar, y -en su caso- obligar, su alcance a la generalidad de la población en condiciones de igualdad, sustrayéndola del ámbito de la libertad de mercado en la medida de lo estricta y razonablemente necesario, como medida enderezada a realizar el bienestar general, como la nota típica del servicio público <sup>12</sup>. Algunos autores, como Gordillo, consideran que la base de determinación del servicio público se encuentra en la ideología económica.

Nosotros, por un lado, encontramos que existe una vinculación necesaria entre la concepción del hombre, del Estado y de la justicia; primero con la política económica, y luego, con la apreciación del usuario y del servicio público. A una determinada visión antropológica corresponde una visualización del Estado y de sus fines específicos de realización de la justicia.

Resulta a toda luz evidente que la inclusión expresa de los servicios públicos y del usuario en nuestro texto constitucional no condice con un Estado prescindente ni con una concepción del hombre racionalista, autosuficiente e igualitario. El servicio público sólo se corresponde con un Estado comprometido con una actitud activa en su accionar, comprometido con valores que el mismo texto constitucional ha mencionado en forma expresa. Y se hace necesario en una comunidad donde no somos iguales, donde hay fuertes y débiles, y donde la protección de éstos es un deber del todo social a fin de garantizarles un nivel de vida digno para su condición humana acorde con el medio socioeconómico y cultural de nuestro pueblo. No sólo se reconoce un derecho familiar a un determinado nivel de vida, acorde con la realidad económica y social del país, sino que -además- se reconoce la existencia de un deber del miembro de la comunidad hacia el todo social, se lo percibe como una exigencia de la *justicia social* complementada con imposiciones de *justicia distributiva*.

Esta percepción encuentra asidero expreso en nuestro texto constitucional. Así, la *solidaridad*, que debe ser el norte de nuestros regímenes de coparticipación federal de impuestos y de elaboración del presupuesto anual (art. 75 incs. 2 y 8 C.N.), es uno de los valores vinculantes para el Estado garante de los servicios públicos. De igual modo, lo es el compromiso expreso del Congreso de la Nación a "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con *justicia social*", a "promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones" y a "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución" (art. 75 incs. 19 y 23 C.N.).

Y, con el mismo énfasis, por otro lado, afirmamos que el servicio público tratado en nuestra Constitución Nacional no se corresponde con un Estado totalitario, de corte socialista que anule la iniciativa y el emprendimiento privados. Porque acepta su existencia, el texto constitucional se compromete a controlar los monopolios legales y a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. Afirma Pedro J. Frías que "no podrán, sin burlarse de la Constitución Nacional, ni renunciar a la equidad ni sofocar la libertad de mercado" 13.

Nuestro texto constitucional ha receptado los servicios públicos en el marco de un contexto de valores sociales y de libertad de empresa, de tal modo que garantiza el cumplimiento de los fines que inspiraron la inclusión coyuntural de determinada necesidad bajo el régimen público de prestación propio de los servicios públicos sin apartarse de los principios que inspiran el papel subsidiario del Estado en la economía. Pedro J. Frías expresa este concepto afirmando que "el principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales" <sup>14</sup> y se ve completado por Alberto Sánchez al decir: "si el bien común es la meta del Estado, la autoridad su herramienta y la solidaridad su camino, el principio de subsidiariedad es su límite" <sup>15</sup>. Juan Pablo II ha precisado que "con

su doctrina social, la Iglesia ofrece una valiosa contribución a la problemática que presenta la actual economía globalizada. Su visión moral en esta materia se apoya en las tres piedras angulares fundamentales de la dignidad humana, la solidaridad y la subsidiariedad" <sup>16</sup>.

Por esta razón hemos sostenido, con Sesin <sup>17</sup>, que la Constitución no establece la titularidad del Estado sobre los servicios públicos con el alcance que algunos autores pretenden. La Constitución ha asignado al Estado, específicamente, a sus "autoridades" <sup>18</sup>, la responsabilidad de garantizar el derecho de raíz constitucional del usuario al servicio público, y para ello es necesario su sometimiento a un riguroso control estatal sobre esa concreta actividad de prestación que, en principio, es privada <sup>19</sup>. Por ello afirmamos que el Estado sí es titular de la garantía constitucional expresada en el art. 42 C.N..

#### IV. El sistema constitucional de protección

El usuario del servicio público responde a esa particular concepción que surge del propio texto constitucional y es el fundamento mismo de la garantía. Podemos afirmar que para la Constitución:

- 1°) que es la presencia del usuario, en los niveles y cantidad adecuados, la que otorga, o no, el carácter esencial de *generalidad* al servicio público;
- 2°) que es respecto del usuario, que es fuerte y también es débil y necesitado de protección, donde se encarna la exigencia de *igualdad*;
- 3°) que el usuario no está solo, sólo se concibe *con su familia*; así surge expresamente de los tratados internacionales que hemos mencionado;
- 4°) que concibe al usuario -además de la de su familia- en compañía de los demás destinatarios del servicio; es inconcebible el usuario y su familia solos; nuestra Constitución lo recepta no sólo en su generalidad sino que además lo percibe, y dota así de derechos extraordinarios, *asociado* y *organizado*; organizado en asociaciones; goza de los derechos que la Constitución le reconoce en la medida que es usuario y en la medida en que hay otros en igual situación que la de él;
- 5°) que este usuario es -también- *dinámico*, crece, se reproduce, cambia de domicilio, progresa económica y socialmente; está tomado en *sentido amplio*, como actual destinatario del servicio público y como futuro beneficiario; futuro usuario, o potencial usuario, tanto porque se encuentra en los planes actuales de expansión del servicio aun no cumplidos, y es -entonces- "inminente" usuario, como porque se encuentra en los proyectos que todavía no se han implementado; o porque aún no ha nacido o no ha venido a vivir en nuestra comunidad todavía, podemos decir que todos los habitantes actuales y futuros de la comunidad están comprendidos en el concepto de usuario a los efectos de la garantía constitucional;
- 6°) que, finalmente, así concebido, ese usuario es el *protagonista* excluyente del sistema de servicios públicos desde el momento en que es el componente que brinda con su presencia, sentido a todo el complejo de relaciones y de normas que integran al servicio público.

Consecuentemente, de acuerdo con lo indicado, no corresponde incluir en la protección constitucional a los "grandes usuarios", a las asociaciones que los agrupan <sup>20</sup>, y a aquellos clientes del sistema "interrumplible" conforme a normativa moderna, de naturaleza comercial, en materia de distribución de gas natural.

Por lo tanto, es sobre esta concepción del usuario como fundamento que podemos precisar los tres componentes de la garantía constitucional en materia de servicio público. Es garantía constitucional que las autoridades proveerán a la constitución de las asociaciones de usuarios. Consecuentemente, es mandato dirigido al legislador establecer la participación necesaria de esas asociaciones en los organismos de control y es atribución constitucional a esas asociaciones su legitimación activa, además de la que otorga al defensor del pueblo con el mismo objetivo, para ejercer la acción rápida y expedita de amparo en lo relacionado con la protección del usuario.

El trípode de sostenimiento del sistema constitucional consiste en: asociación, participación necesaria y legitimación procesal.

#### V. Dificultades que enfrenta el sistema de protección

El "sistema" de protección constitucional de los usuarios se enfrenta con severas dificultades prácticas en forma cotidiana. Estas dificultades están estrechamente vinculadas con aquellas ideas y comportamientos que alteran o desvirtúan el fundamento del servicio público. Sin pretender agotar en una lista, la totalidad de los agentes que perturban la salud de nuestro sistema de servicios públicos, consideramos que entre los más importantes están los siguientes:

#### A. La subordinación del sistema a otros fines económicos

Desde el principio de la etapa originada en la denominada "reforma del Estado" <sup>21</sup>, en que se produjo la "privatización" de la generalidad de los servicios públicos, el fenómeno se caracterizó por una fuerte confusión respecto de los fines perseguidos por la nueva política que se formulaba y ponía en marcha.

Las ideas que inspiraron el nuevo proceso, que se impuso con inusitada fuerza, fundamentalmente debido al fracaso del sistema de prestación estatal que reinó en nuestro país desde mediados de la década de los '40 hasta fines de los '80, no se presentaron con claridad. Así fue como el proceso "privatizador" terminó enajenando empresas *estatales* nacionales a otras empresas también *estatales* pero extranjeras, como ocurrió con teléfonos, electricidad, Aerolíneas y petróleo <sup>22</sup>.

La importante convocatoria a inversores extranjeros y las urgencias coyunturales de caja para un país fuertemente endeudado brindan una explicación a la situación paradójica que planteamos; también es útil para explicar los extraordinarios y prolongados plazos de décadas y extensos territorios de concesión.

Será un tema de debate durante muchos años, cuál de todos los objetivos prevaleció en el derrotero del proceso de "reforma del Estado" que caracterizó a los años '90 y que todavía continúa en plena vigencia. Lo que no escapará a ningún análisis es que en caso alguno fue el bien del servicio público el tenido en cuenta para dicho proceso. Una clara demostración de la falta de preocupación por los fines del servicio público es el hecho de que algunos de los organismos de control destinados a garantizar el cumplimiento de los objetivos del servicio fueron creados y reglamentados cuando la licitación y entrega del servicio ya se había llevado a cabo. Terminaron así, el marco regulatorio y el organismo de control, en la mesa de negociación bilateral comercial sobre la base de una oferta ya adjudicada.

Los plazos de concesión, la extensión de los territorios, el alcance de los privilegios públicos otorgados, son todos incompatibles con una política que tienda a proteger los objetivos del servicio público. Sí lo son con los niveles de precios apetecidos en el momento histórico coyuntural de un país fuertemente endeudado y con altos niveles de corrupción.

La pérdida de visión de las finalidades propias intrínsecas del régimen público impuesto sobre la cobertura del servicio lleva a subordinar a los otros fines, de negocio o de inversión, los caracteres esenciales del servicio público. La sustitución de los fines lleva a la inadmisible contractualización de las facultades públicas y privilegios cuyo otorgamiento sólo podía estar justificado desde el punto de vista jurídico y ético en función de los objetivos públicos propios del servicio público y no de cualquier otro negocio público por muy brillante y oportuno que éste pueda aparecer.

Ha colaborado grandemente a esta pérdida de fuerza normativa del régimen público, propio del servicio público, la estrategia comercial del Estado "privatizador" de las empresas, al haber desdibujado ese ordenamiento mediante la presentación de prospectos de análisis comercial,

denominado "Memorando Informativo" -en el caso de la licitación del gas natural- o "Data room/Informe de la Unión de Bancos Suizos" -en el de la licitación de los aeropuertos- que no se condicen con la realidad, o la suscripción de actas compromiso, resoluciones y decretos, con valor jurídico inferior a la Constitución y a la ley pero que, aun en abierta contradicción con ellas, han prevalecido en la apreciación de los tribunales del CIADI a la hora de determinar el grado de compromiso de la República Argentina frente al inversor externo <sup>23</sup>.

Es consecuencia de esta misma pérdida de visión de la finalidad del servicio público la ruptura de la unidad de las concesiones. Denominamos de este modo, aquellas técnicas de última aparición, muy en boga en estos días, donde se disocian las obligaciones del concesionario, manteniéndole los derechos, prerrogativas y privilegios incólumes, el Estado se hace cargo de las obligaciones de inversión y expansión del servicio mientras el concesionario sólo asume las obligaciones que constituyen "negocio". No es esa la situación que justificó ética y jurídicamente la atribución de los privilegios públicos. Sólo la asunción de aquellas obligaciones extraordinarias, y que -desde algún punto de vista estrictamente económico-podríamos definir como "ruinosas", justificaba la compensación mediante la atribución de las potestades y privilegios públicos. La atribución de sectores de alto rendimiento económico comercial, que podrían estar en el mercado libre, dotada -además- de los privilegios públicos, como el uso de bienes del dominio público y el monopolio -entre otros- constituye un privilegio inadmisible e irritante.

#### B. La "comercialización" del sistema de servicios públicos

Existe una fuerte tendencia a desvincular la gestión comercial del servicio público respecto de su régimen jurídico de derecho público que hace a su esencia. Concretamente, las empresas concesionarias pretenden, no obstante haber arribado a la explotación del servicio en el marco de normas de derecho público, evidenciadas -por ejemplo- por la preexistencia de una tarifa reglamentaria, una interpretación privatista de esos componentes públicos. En otras palabras, a pesar de ser conscientes de la presencia del régimen público, por haber obtenido la adjudicación de la explotación mediante procedimientos propios de ese régimen, como la licitación pública, a la hora de la gestión del servicio se persigue su desempeño dentro de las reglas propias del mercado.

La aplicación de una lógica de negocios propia del mercado comercial normal no es compatible con la presencia de privilegios de naturaleza pública, como la vía de apremio procesal, propia del Estado y de la presunción de legitimidad de sus actos, el uso y explotación de bienes de propiedad del dominio público del Estado, y la exclusión material o legal de competidores en los tramos de mayor rendimiento económico.

Lamentablemente, los tribunales arbitrales del CIADI, del Banco Mundial, de plena actuación concertada en el marco de los tratados bilaterales de inversión, ya mencionados, han acompañado esta inexplicable desvinculación. Así lo ponen en evidencia cuando se preguntan por qué el Estado argentino ha hecho diferencias entre compañías telefónicas, empresas de distribución de agua y los bancos <sup>24</sup> como si estos últimos fueran servicios públicos; o entre los productores, los transportistas y los distribuidores de gas natural, ignorando la profunda diferencia que provoca la exclusión legal expresa de los primeros del régimen público <sup>25</sup>.

No obstante, debemos admitir que la imposibilidad de nuestro país para brindar estabilidad al entorno jurídico y empresarial, que -acertadamente- el Tribunal CIADI considera "elemento esencial" e "inseparable" del concepto de "trato justo y equitativo" -que los tratados bilaterales garantizan al inversor externo- ha impedido una adecuada y razonable defensa de este tipo de precisiones doctrinarias de nuestro derecho público en esos estrados internacionales.

El régimen del servicio público no se concibe si no es en un marco de solidaridad. La imposición del régimen público, con su consecuente sustracción al sistema de libertad de mercado, ha tenido como justificativo la decisión jurídico política de garantizar la llegada de la satisfacción de esa determinada necesidad a la generalidad de la población; y esto, necesariamente ocurre porque existen sectores sociales a los que el mercado no llega por su propio juego de reglas de libertad económica. La decisión de atender a esos sectores más pobres conlleva la de cargar un mayor costo sobre los otros sectores, esos que sí podrían acceder al servicio en un sistema de mercado.

El sistema supone necesariamente que algunos miembros de la comunidad pagarán más de lo que aprovechan del servicio para que otros paguen menos de lo que el mismo servicio vale. Y, en algunos casos, como el transporte ferroviario de pasajeros, pagan muchos que no lo tienen (todos los provincianos) para que paguen menos aquellos que sí lo tienen (los habitantes del conurbano bonaerense).

Este razonamiento, inadmisible en términos de justicia conmutativa, lo es en términos de justicia distributiva y social <sup>26</sup>. Así surge también de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Corbeau" donde se afirma que: "procede partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar los servicios en condiciones de equilibrio económico, presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de los empresarios privados, en los sectores económicamente rentables" <sup>27</sup>.

La prohibición que nuestros marcos regulatorios contemplan respecto de subsidios cruzados, que consisten en subsidiar desde sectores residenciales a los sectores industriales o viceversa, que tienen por finalidad la protección de la transparencia de los mercados económicos, no pueden prevalecer sobre las finalidades sociales propias del servicio público.

#### D. El "sacrificio" de sectores

La visión parcializada del concepto de usuario, que nosotros hemos planteado como integral y comprensiva de los potenciales y futuros usuarios, ha llevado a que en los últimos tiempos, posteriores a la crisis de 2001-2002, se hayan sacrificado los usuarios que podríamos llamar "inminentes".

Se trata de los usuarios comprendidos en planes de expansión ya programados y respecto de los que las concesionarias estaban obligadas a llegar con su servicio en breve lapso. Aquellos beneficiarios de los programas de inversión que conducían a una ampliación geográfica o cualitativa del servicio.

La atractiva política demagógica de "congelar" las tarifas <sup>28</sup>, simpática para quienes ya son usuarios; para quienes tienen el privilegio de ser usuarios por estar en las zonas de más fácil alcance, ha sido asentada sobre el relajamiento, cuando no la eliminación, de los controles sobre las inversiones y el cumplimiento de los planes de inversión de los concesionarios en los respectivos servicios públicos.

A esta situación anómala cabe sumar la existencia de un verdadero subsidio, encubierto bajo el pretexto de defender el interés de los usuarios, en beneficio de los sectores exportadores, a costa de los agentes de mercados como el eléctrico y el del gas sometidos al régimen de servicios públicos <sup>29</sup>. Este es uno de los fundamentos expresos de la condena contra la República Argentina del Tribunal CIADI en el mencionado caso iniciado por CMS-Gas Transmission Company <sup>30</sup> en defensa de su inversión.

En algunos casos es que, en aras de una errónea pretendida "neutralidad" -que alguna doctrina le atribuye a los entes reguladores- se impide la participación de los usuarios en los niveles de decisión. Los organismos de control creados por la Constitución no son neutrales. Su control está decididamente destinado a asegurar el cumplimiento de la garantía constitucional de calidad y eficiencia del servicio que se presta y que tiene por destinatario excluyente al usuario. La participación del usuario está prevista en garantía de su propio beneficio.

Los marcos regulatorios, en general, identifican entre las finalidades propias de los organismos de control que crean para aplicación de la ley, la protección del interés de los usuarios, lo cual guarda estricta vinculación con el primer párrafo del art. 42 C.N.. En este mismo orden, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha sostenido: "Los organismos reguladores y de control de los servicios públicos de la Nación no deben asumir un papel de terceros imparciales prescindentes pues su primer y principal deber es amparar los derechos de los usuarios" <sup>31</sup>.

#### F. La temida "competencia" política

Hemos sostenido que la necesaria participación activa de los usuarios, a través de sus asociaciones representantes, en los organismos de control es uno de los soportes del sistema de protección constitucional.

Este mandato constitucional no se cumple o se lo hace en forma incompleta. El factor que contribuye a la reticencia en el cumplimiento del mandato constitucional es la desconfianza de los sectores políticos tradicionales hacia esos representantes del usuario enderezados a la defensa de los intereses concretos de sus representados. En general, los funcionarios políticos que han arribado a su posición actual como resultado de una carrera planteada en los términos tradicionales de actividad de comité ven con gran desconfianza a funciones, como las que aquí se proponen, por cuanto son susceptibles de convertirse en fuentes no tradicionales de surgimiento de nuevos dirigentes. Sobre todo de nuevos dirigentes que arribarían a posiciones expectantes sin los compromisos propios de la política tradicional.

Temen que estos nuevos funcionarios irrumpan en su espacio político como un competidor fuerte asentado en nuevas pautas de legitimación de liderazgo más sensibles y eficientes en la consideración de la gente en la medida que su defensa se dirige a intereses más concretos y palpables que la cada vez más diluida defensa de los intereses políticos. Procuran evitar, desde la política tradicional, la llegada eficaz a este nuevo ciudadano "situado" que encarna preocupaciones más precisas y próximas en el terreno existencial suyo y de su familia.

#### G. El temor a la responsabilidad

También existe reticencia de parte de las mismas asociaciones de usuarios. La actual situación les permite llevar a cabo planteos y reclamos sin la responsabilidad que acarrea la participación y el debate en el organismo de conducción.

La participación responsable obliga a la educación, a estudiar los problemas, a comprometerse con soluciones y respuestas; obliga a calificar la representación nombrando a especialistas con sólida formación y conocimiento de la actividad que se regula; todo lo contrario, al desordenado reclamo "callejero" o "piquetero" politizado de discutible legalidad.

Contrariamente a lo establecido por la Constitución Nacional, los organismos de control en general han sido creados por las normas de aplicación dentro del régimen de descentralización administrativa normal. Es decir, bajo control de tutela del Poder Ejecutivo respectivo.

Atento a que el objeto hacia donde está dirigido el control, que es garantizado por la Constitución Nacional, es el de calidad y eficiencia de los servicios públicos, no cabe duda de que los sujetos bajo ese control son sus protagonistas ineludibles: tanto el prestador concesionario, privado o estatal, como la administración concedente.

Por ello es que, técnicamente, la sumisión del organismo controlante a la administración controlada constituye una grave falta de técnica de control, a la vez que una demostrada ausencia de voluntad de cumplir con la garantía constitucional. Ha establecido la Suprema Corte de Mendoza que "quien concede el servicio público no debe ser quien lo controla; desde esta óptica, el rol atribuido a los entes reguladores es completamente distinto al del Estado concedente, el fin de esta diferencia es evitar conflictos de interés y asegurar la transferencia del sistema. Para garantizar la independencia es menester reducir al máximo el control de las decisiones del ente por parte del poder político, y por eso es indispensable que no exista recurso de alzada o de otro tipo de control o tutela administrativa de la administración central. El único control debe ser el judicial en forma directa, sin agotamiento alguno de la vía administrativa" <sup>32</sup>.

Si a ello sumamos las dificultades para controlar a las prestadora privadas, cuando no son estatales extranjeras, en razón de su poder económico, al que se suma frecuentemente el político internacional o diplomático, obtenemos como resultado que ninguno de los sujetos hacia donde se dirige el control resulta alcanzado por él en forma, al menos, creíble.

No sólo carecen nuestros organismos de control de independencia administrativa sino también económica, ya que el método de financiamiento a través de una tasa específica al servicio, en muchos casos, provinciales, ha terminado destinándose a rentas generales.

Finalmente, la ausencia de independencia técnica ha quedado comprobada con sólo observar el grado de participación en calidad de meros asesores técnicos otorgado a los organismos de control en la tramitación de las renegociaciones de los contratos vinculados a la prestación de servicios públicos nacionales <sup>33</sup>.

#### VI. La reformulación del servicio público

Es necesaria la revaloración conceptual del servicio público.

Su compromiso social esencial se ha perdido hace mucho tiempo. El extravío del concepto registra antecedentes anteriores al criticado proceso de "reforma del Estado" de los años '90. Ya bajo el dominio de su prestación por empresas del Estado se había perdido esa dimensión social del servicio público; había caído derrotada bajo la fuerza de las prioridades de naturaleza política del gobierno del turno, del sindicato dominante en el sector, del contratista y del proveedor "amigo", cuando no de los intereses personales de funcionarios notablemente enriquecidos en su conducción. Todos desórdenes que llevaron al fracaso y consiguiente desprestigio de la empresa pública argentina como agente e instrumento de gestión del interés común y del bienestar general.

Por ello no es razonable plantear hoy una vuelta atrás, un regreso a fórmulas fracasadas; en especial, si somos conscientes y no ignoramos los altos grados de corrupción que nos colocan en un lamentable récord internacional.

Tampoco cabe la exageración de tener por fracasado, un sistema que fue originalmente mal planteado, mal contratado y peor controlado; ni establecer un ataque indiscriminado contra las empresas privadas o estatales nacionales y extranjeras inversoras en nuestro sistema empresario de prestación de los servicios públicos.

Los compromisos internacionales contraídos por la Argentina a través de cincuenta y siete tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones, veinticinco de ellos vencidos y

renovados tácitamente en estos últimos cinco años <sup>34</sup>, comprometen no sólo nuestro prestigio internacional sino que también nos colocan ante una nueva visión del derecho y de las relaciones comerciales de un mundo cada vez más interdependiente donde el aislamiento está ya fuera de toda consideración razonable.

Se impone necesariamente una toma de conciencia de los objetivos reales que el servicio público debe necesariamente encarnar. Y no se trata de una "nueva" concepción del servicio público. Se trata de poner en primer rango de prioridad el cumplimiento de los objetivos sociales que siempre tuvo el servicio público.

La prioridad del objetivo social de bienestar general y de aseguramiento a la familia de un "nivel de vida adecuado", que los tratados internacionales de derechos humanos han consagrado, en ningún momento, desde nuestra Constitución de 1853 hasta la fecha, pudo ser válidamente dejado de lado o supeditado a otro.

En otras palabras, no existe título jurídico legal o contractual que pueda ser válidamente invocado, ante tribunal alguno -nacional o internacional- para hacer prevalecer objetivos de otra naturaleza que no sean los vinculados al sistema de derechos humanos que nuestra Constitución ha receptado y recepta en su texto.

Sin necesidad de variar el sistema de prestación de los servicios públicos por empresas concesionarias, basados en contratos transparentes, como lo impone la Convención Interamericana Contra la Corrupción, y en controles estrictos y efectivos, que respeten el sistema de protección constitucional de usuarios, es posible reformular las prioridades esenciales de los servicios, de tal modo de consolidar su vínculo con el bienestar general afirmando de paso, por una parte, la metodología de prestación, y, por la otra, ahorrar al Estado un sinnúmero de reclamos originados en un manejo desprolijo de su política en materia de servicios públicos.

#### **NOTAS**

- \* Discurso de recepción como académico correspondiente en Mendoza, pronunciado el 4 de abril de 2006, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- <sup>1</sup> Rodolfo Carlos Barra, *Contrato de obra pública*, t. 1, Parte General, *Consorcios. Concesión de obra pública*, Buenos Aires, Abaco, 1984, pág. 346.
- <sup>2</sup> Su accionar no ha sido favorecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, salvo el caso "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Min. de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros" (L.L., 2001-E, pág. 25) como bien lo destaca Laura Pérez Bustamante, *Derecho social de consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 633.
- <sup>3</sup> Resolución Nº 10059/99, Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico, el Régimen Sancionatorio para los Prestadores y el Listado de Derechos y obligaciones de Clientes de dicho servicio (B.O., 10/5/1999).
- <sup>4</sup> Para la elaboración de este punto hemos tomado como base el estudio de Dardo Pérez Hualde, *Derechos individuales en la Constitución Nacional*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Dardo Pérez Guilhou y Felipe Seisdedos y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 175.
- <sup>5</sup> Jorge Luis Salomoni, "El concepto actual de servicio público en la Argentina", en *Documentación Administrativa*, N<sup>ros</sup> 269-270, mayo-diciembre 2004, *El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (II)*, Madrid, INAP, 2004.
- <sup>6</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, t. II, pág. 49.
- <sup>7</sup> S.C.J. de Mendoza, L.L. Gran Cuyo, t. 2001, pág. 429. Lamentablemente, en contra, el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, Washington, D.C., en el caso N° ARB/01/8, entre CMS Gas Transmission Company y la República Argentina, punto N° 204.
- <sup>8</sup> Esta diferencia no se encuentra claramente asumida por nuestra jurisprudencia de la C.S.J.N., pues se identifican consumidor y usuario; ver voto de Lorenzetti en el reciente fallo N° F. 1116. XXXIX "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV S.A. s/ daños y perjuicios", en Diario Judicial del 29/3/06.
  - <sup>9</sup> Jorge Luis Salomoni, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 397.

- <sup>10</sup> Julio Rodolfo Сомадіка, "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, pág. 22.
- Domingo Juan Sesin, "Función del servicio público en la etapa posprivatizadora", en L.L., 2000-C, pág. 1.197.
- <sup>12</sup> Alejandro Perez Hualde y otros, *Servicios públicos y organismos de control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- <sup>13</sup> Pedro J. Frías, *La recepción en el derecho provincial*, en Academia Nacional de Ciencias Económicas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional (1989-1991)*, Buenos Aires, 1994, pág. 30.
  - <sup>14</sup> Frías, *La recepción*... cit., pág. 29.
- <sup>15</sup> Alberto M. Sánchez, "Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad", en *RDA* N° 18 de enero-abril de 1995, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 93.
- <sup>16</sup> Juan Pablo II, Ecclesia in América. Exhortación Apostólica post-sinodal sobre el encuentro con Jesucristo vivo, camino para la conversión, la comunión y la solidaridad en América, Buenos Aires, Ediciones Paulinas, 1999, pág. 86.
- <sup>17</sup> Domingo Juan Sesin, "Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba", en *Servicio público...* cit., pág. 216.
- <sup>18</sup> Carlos Alberto Guajardo, "Algunas reflexiones sobre la protección a consumidores, usuarios y al mercado en el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional," en Sarmiento García y otros, *La reforma constitucional interpretada*, prólogo de Pedro J. Frías, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 110.
- <sup>19</sup> Héctor Mairal, "El concepto de servicio público en el derecho argentino actual", en *Servicio público...* cit., pág. 232.
- <sup>20</sup> En un caso, la Corte Suprema entendió que la asociación de grandes usuarios, "AGUEERA", tenía legitimación activa para ejercer las acciones del art. 43 C.N. (ver Fallos 320:690).
  - <sup>21</sup> Ley 23.696 de julio de 1989.
- <sup>22</sup> Así lo destacó Guillermo Andrés Muñoz, "Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos", *AeDP*, N° 14, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 63.
- <sup>23</sup> Laudo CIADI, caso N° ARB/01/8, puntos N° 133 a 138. En el punto N° 144, el Tribunal afirma que "se trata de un derecho establecido en el marco de las disposiciones legales, la licencia y el contexto en que se llevó a cabo la privatización".
  - <sup>24</sup> Laudo CIADI, caso N° ARB/01/8, punto N° 287.
  - <sup>25</sup> Laudo CIADI, caso N° ARB/01/8, punto N° 294.
- <sup>26</sup> Otro enfoque, que no admite este aserto, puede verse en Juan Pablo Lahittou, "Desafíos para recomponer la relación tarifa-calidad en los servicios públicos", en *RDA*, N° 55, enero-marzo 2006, Lexis Nexis, director Juan Carlos Cassagne, pág. 111.
- <sup>27</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sent. del 19/5/1993, asunto C-320/91 fundamentos N<sup>ros</sup> 14, 16 y 17; ver Recopilación de Jurisprudencia 1993, pág. I-2533.
- <sup>28</sup> Ver art. 8° ley 25.561 que dice: "Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la administración pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio".
  - <sup>29</sup> Ver Lahitou, ob. cit..
  - <sup>30</sup> Laudo CIADI, caso N° ARB/01/8, punto N° 187.
- <sup>31</sup> LS 299-012, caso "Telefónica de Argentina S.A. c/ Gobierno de la Provincia p/ Acción procesal administrativa".
- <sup>32</sup> S.C.J. de Mendoza, LS 329-1, "Obras Sanitarias Mendoza S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza", 23/9/03.
- <sup>33</sup> Dice el decr. 311/03: "Los organismos de regulación y control de los distintos servicios públicos, realizarán los trabajos técnicos necesarios a partir de las instrucciones precisas que le imparta la Unidad a través del secretario ejecutivo, quien además ordenará supervisar su desarrollo; el resultado del trabajo técnico encomendado, una vez finalizado será puesto a consideración de la Unidad para su aprobación y uso en el progreso de la renegociación de los contratos. Adicionalmente, los organismos de regulación y control deberán suministrar la documentación e información que le sean requeridas".

Germán González Campaña, "El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión", L.L., Suplemento de Derecho Administrativo, septiembre de 2005, director Agustín Gordillo, pág. 1.

#### APORTES PARA UNA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

por Carlos Enrique Pettoruti \*\*

SUMARIO: 1. Interpretación y filosofía de la interpretación. 2. Concepción ontológica del derecho y concepción interpretativa. 3. Fundamentación, interpretación y aplicación del derecho. 4. Perspectivas ontológicas e interpretación: la realidad jurídica y la realidad social. 5. La interpretación como gnoseología: la interpretación como racionalidad o como construcción de la realidad social. 6. Interpretación y valoración: ¿razonabilidad versus valoración? 7. Para evitar un derecho sin razón y razones sin derechos.

#### 1. Interpretación y filosofía de la interpretación

De igual forma que Aristóteles sostenía que el hombre es un *zoon politikon*, bien se puede afirmar que el hombre es un *zoon hermeneutikon*. Nacemos, vivimos y morimos interpretando: gestos, signos, símbolos, ideas, conceptos o realidades.

La interpretación está tan unida a nuestra esencia de hominidad, que interpretamos hasta cuando sostenemos que no lo hacemos. Claro es que la interpretación, como parte del proceso racional de conocimiento, puede ser analizada desde distintas perspectivas. Al igual que éste es posible hacer referencia a una interpretación corriente, que como el conocimiento vulgar se caracteriza por su ametodicidad y asistematicidad, una interpretación científica, que encierra dentro de sí a todas aquellas propuestas interpretativas que han pretendido proporcionar sistemáticamente un camino para la hermenéutica de determinado tipo de objetos, y una filosofía de la interpretación.

En esta última pretendo detenerme, aclarando desde ya que no tengo como objetivo el camino inverso que algunos suelen recorrer al interpretar corrientes filosóficas, pues mi finalidad es filosofar sobre el sentido y los alcances de la interpretación, con especial referencia a nuestra disciplina: el derecho.

Desde esta perspectiva, como filósofos, es posible reobrar reflexivamente sobre los postulados o axiomas de conocimiento, y llegar a sostener que no puede haber conocimiento de un objeto sin interpretación de él. Y la actividad del intérprete habrá de depender del tipo de objeto al cual dirija su actividad cognoscitiva: no es lo mismo conocer y, consecuentemente, interpretar una ecuación matemática, un fenómeno volcánico o una sinfonía.

Por más que los objetos referidos precedentemente puedan parecer -y de hecho lo sontotalmente diversos, el acceso a cada uno de ellos presupone una actividad interpretativa. Aunque más de uno sostenga que los objetos ideales o naturales son insusceptibles de interpretación, o al menos no lo son en la misma medida que los objetos del mundo de la cultura, siempre habrá de existir una etapa en el proceso de conocimiento en el cual se debe "traducir" una significación -por mínima que sea- para poder reconstruir el objeto en el plano ontológico y así inteligir el concepto abstracto (en el caso de la ecuación), explicar el fenómeno (en el caso de la erupción volcánica), o comprender el objeto (tal es el caso de la sinfonía como producto de la cultura).

Como advierte Bunge, todo hecho que, en definitiva, impacta en la sociedad es multidimensional, y toda la sociedad humana está regida por leyes tanto naturales como convencionales <sup>1</sup>. Esa es la razón por la cual las ciencias sociales no pueden ser "naturalizadas" o reducidas a la biolo gía, aunque personalmente no estoy seguro de que no pueda realizarse el proceso inverso, y de hecho lo afirmo: toda ciencia natural está influenciada por las ciencias sociales, por la simple razón de que la "ciencia" es producto de la cultura. Esto se pone de manifiesto en posiciones tales como las de Thomas Kuhn y Karl Popper, quienes más allá de sus diferencias epistemológicas dedicaron su análisis a los cambios en la ciencia en el ámbito de la comunidad científica, sea a través de nuevos paradigmas o de la contrastabilidad y falseabilidad, operaciones que sólo pueden darse en el ámbito de la interacción cultural y no en el tubo de

ensayo de un frío laboratorio.

Es posible por ello afirmar que una correcta filosofia general de la interpretación no sólo se halla estrechamente vinculada a la problemática gnoseológica, sino también implica un posicionamiento frente al objeto, y, por lo tanto, un análisis ontológico.

Si lo expuesto precedentemente es llevado al plano del derecho, o más concretamente, al plano de la filosofía del derecho, es posible ver de qué manera una concepción interpretativa varía según la perspectiva o visión que se tenga acerca del derecho como objeto a estudiar.

En tal sentido, ha sido Carlos Cossio quien planteó con mayor claridad y precisión la relación que existe entre una concepción ontológica y una concepción interpretativa.

Parte de la base de que no puede haber efectivamente conocimiento de un objeto (en cualquier ámbito científico) sin un punto de vista, y "sin el examen de estos puntos de vista intelectuales no podemos apreciar el valor de nuestros conceptos".

Por lo tanto, interpretar no es solamente posicionarse frente al objeto (perspectiva ontológica) y seguir el camino de acceso al mismo (perspectiva gnoseológica), sino también presupone una decisión de selección y aceptación -o no- del resultado interpretativo (perspectiva axiológica).

#### 2. Concepción ontológica del derecho y concepción interpretativa

Toda filosofía es filosofía de "algo", y ese algo es el "objeto". La pregunta por el objeto encabeza las reflexiones filosóficas desde la más remota antigüedad hasta el presente.

Y cuando concretamente nos referimos al derecho, la problemática ontológica supone intentar hallar una respuesta a la pregunta "qué es el derecho". Sólo adoptando una postura respecto de lo que el derecho es, podremos conocerlo y valorarlo. Por eso, una concepción ontológica del derecho no se agota en el mero ámbito especulativo: incide también en la perspectiva gnoseológica y axiológica, con lo que queda de manifiesto que los temas de la filosofía del derecho no constituyen compartimentos estancos entre sí, sino que se hallan estrechamente vinculados. Y más aún, la cuestión proyecta su influencia más allá de la teoría, transformándose en una verdadera concepción que ejerce su influencia sobre la aplicación y la interpretación del derecho.

Respecto de lo que es o debe entenderse por derecho, han existido y existen diversas respuestas.

Si consideramos una postura iusnaturalista teológica, como puede ser la posición de Santo Tomás, la esencia del derecho es de carácter eminentemente metafísica, por cuanto se relaciona estrechamente con los principios de derecho divino y derecho natural dados por Dios.

Distinta será la visión del positivismo jurídico kelseniano, para el cual el derecho está constituido pura y exclusivamente por las normas positivas creadas por los hombres.

Por su parte, las direcciones del realismo jurídico, sea su vertiente escandinava (Alf Ross) o norteamericana (Oliver W. Holmes, Jerome Frank, Roscoe Pound) sostendrán que el derecho se halla no en las abstracciones normativas sino en la aplicación de las normas a los casos concretos, es decir, las decisiones judiciales.

Las corrientes de filosofía analítica o Escuela Analítica de la Jurisprudencia (Austin, Hart), por su parte, atribuirán especial importancia a la problemática del análisis del lenguaje, y del lenguaje jurídico en especial, como factor esencial para poder determinar el concepto de derecho.

Perspectivas culturalistas poseen una visión distinta, tal es así la concepción de Carlos Cossio en su *Teoría egológica* cuando considera al derecho como conducta en interferencia intersubjetiva y en su libertad de creación, o Juan Carlos Smith <sup>3</sup> al referirse al objeto del derecho como una correlación ontológica entre norma y conducta. Por su parte, Fernando Martínez Paz hace hincapié en la multidimensionalidad del mundo jurídico <sup>4</sup>.

Finalmente, y no por ello por último ya que existen numerosas concepciones más, el trialismo jurídico representado por el Prof. Miguel Reale -recientemente fallecido-; Werner Goldschmidt, y hasta el mismo Luis Recaséns Siches en su visión crítica del positivismo kelseniano, sostienen que el objeto de la ciencia del derecho está integrado por una compleja interrelación de tres elementos: los hechos, los valores y las normas.

Decía René Descartes que la diversidad de nuestras opiniones no proviene de que unos sean más racionales que otros, sino tan sólo de que conducimos nuestros pensamientos por caminos diferentes y no tenemos en cuenta las mismas cosas <sup>5</sup>. Esa consideración de cosas diversas responde a que cada uno de nosotros tiene una concepción "pre-teorética" del mundo y de la realidad.

Y así como la visión o idea "pre-teorética" que cada uno de nosotros tiene sobre la esencia del derecho habrá de orientar nuestra concepción ontológica, también esta última ejerce un importante direccionamiento sobre nuestra concepción interpretativa.

Como señala Juan Carlos Smith, siguiendo en esto a Carlos Cossio <sup>6</sup>, una concepción interpretativa constituye una explicación desde el punto de vista filosófico acerca de la interpretación y el método que se considera adecuado. La concepción interpretativa informa al método, lo orienta y determina sus límites y modalidades. En otras palabras, casi puede afirmarse que la concepción interpretativa se identifica con una verdadera "filosofía de la interpretación".

#### 3. Fundamentación, interpretación y aplicación del derecho

Fundamentación, interpretación y aplicación del derecho no son tres conceptos independientes o estancos. Pero tampoco se trata de una mera cadena o sucesión de actividades.

Fundamentar, interpretar y aplicar el derecho supone tres momentos diversos de una misma y única realidad jurídica. Si bien es cierto que todos ellos se hallan ubicados dentro del amplio marco de la filosofía de la praxis, que supone el punto de partida de toda disciplina social, podemos establecer distintos sentidos o formas de encarar la problemática jurídica según busquemos un fundamento, interpretemos o apliquemos el derecho.

Indagar sobre los criterios de fundamentación del derecho conduce necesariamente a un planteo de tipo ontológico pues, como señalamos precedentemente, implica partir de la pregunta ¿qué es el derecho? o bien ¿qué es aquello que se considera derecho?

Reflexionar sobre la interpretación del derecho implica que, una vez superado, o al menos acotado por consenso el criterio de fundamentación del derecho, se adopte una concepción respecto del camino interpretativo y sus resultados. El problema es aquí, metodológico.

Y finalmente referirse a la aplicación del derecho lleva a analizar los alcances y consecuencias del resultado interpretativo. Es éste un problema tópico, de la práctica cotidiana del derecho.

No es casual que estos tres aspectos: ontológico, gnoseológico y tópico converjan en la filosofía de la interpretación del derecho. Y tampoco lo es que desde cada uno de estos tres enfoques se hayan pretendido dar soluciones dualistas.

La fundamentación del derecho como pregunta ontológica, más allá de las distintas respuestas que puede recibir, se bifurca en el marco del pensamiento filosófico tradicional en posiciones racionalistas y empiristas: ¿conocemos un objeto metafísico, ideal, abstracto, inmutable, o sensible, concreto y contingente?

Esta división entre razón y experiencia se origina y consolida a partir del desarrollo de las ideas cartesianas respecto de la determinación de la esencia del conocimiento, y dejó una marca muy profunda en el pensamiento filosófico europeo de la modernidad que ni siquiera la monumental obra filosófica de Kant pudo borrar del todo, y del pensamiento filosófico jurídico en particular, pues adoptar una u otra postura supone identificarse con sistemas jurídicos distintos: el racionalismo continental europeo propondrá metodológicamente a la razón para

determinar la esencia del fundamento del derecho, sea ésta como constitutiva ontológicamente del derecho mismo (iusnaturalismo racional kantiano) o como instrumento de conocimiento del mismo (iusnaturalismo metafísico o iusnaturalismo axiologista).

El empirismo gnoseológico, por su parte, habrá de llevar hacia una concepción jurídica de la realidad entendida como efectividad del derecho: el realismo jurídico en cualquiera de sus vertientes, escandinavo, británico, y, especialmente, el norteamericano en su vertiente sociologista.

Racionalismo y empirismo se presentan entonces como un primer gran dualismo fundamentador de la esencia del derecho que nos lleva a conclusiones muy distintas: el derecho es ley (positiva o natural) o el derecho es experiencia (efectividad o *law in action* como dirían los realistas).

Una vez que se da por sentado qué habrá de conocerse -o que al menos se supone haberlo acotado- el siguiente paso es reflexionar acerca de los alcances de la actividad interpretativa: el dualismo o las dos grandes direcciones que se presentan aquí no están representados por la razón y la experiencia, sino por el intelecto y la voluntad. Intelectualismo y voluntarismo constituyen los dos puntos de vista, cosmovisiones o "concepciones interpretativas" -como las denomina Carlos Cossio- que habrán de fijar nuestra postura interpretativa frente al objeto.

El intelectualismo estructura la actividad interpretativa sobre la base de la intelección: la interpretación es, esencialmente, un acto del intelecto, y como tal, o mejor dicho, como consecuencia de ello, a la manera de una operación matemática, el resultado de la actividad conlleva una única solución verdadera.

El voluntarismo no descuida la faz intelectual de la interpretación, pero no le asigna la relevancia esencial que le atribuye el intelectualismo: interpretar es, sí, una actividad intelectual, pero las consecuencias de esa actividad no necesariamente llevan a un único resultado verdadero: siempre existe un marco de indeterminación cuya resolución deberá ser hallada voluntariamente por el intérprete. No hay entonces una referencia a soluciones verdaderas, sino a soluciones más o menos correctas.

Esta es la razón por la cual se puede considerar a las posiciones voluntaristas (y más concretamente al voluntarismo estructurado) como un paso muy importante para quebrar la tradición de la dogmática europea en materia jurídica, e ingresar en las modernas concepciones de la teoría de la argumentación jurídica, a las cuales me referiré más adelante.

La última perspectiva a considerar es la que se refiere a los resultados finales de la actividad interpretativa, al "producto" de la interpretación. Ello se evidencia en las situaciones fácticas o los casos concretos, de allí que exista una vinculación de este aspecto con la denominada "tópica jurídica".

Frente a la pregunta: ¿qué es lo que realmente ha hecho un juez al resolver un caso?, pueden intentarse distintas respuestas. Un positivista kelseniano responderá: "aplicó una norma general y creó una norma individual". Un iusnaturalista sostendrá que el juez "ha impartido justicia" (o tal vez no), y un partidario del realismo jurídico explicará simplemente que el juez "ha resuelto el caso" sobre la base de una serie de principios más o menos predecibles.

Estas, y tantas otras opiniones respecto del producto final de la actividad de los jueces (que por otra parte no es otra cosa que el producto final del derecho) se hallan polarizadas en las posiciones formalistas y realistas.

El formalismo halla su máximo exponente en las corrientes del racionalismo jurídico de la dogmática del siglo XVIII y, en general, configuró sobre la base de un Poder Legislativo fuerte y la utilización del respaldo de la ley como anhelo de seguridad jurídica. Parte de la base de que todo sistema constituye un todo coherente, completo y preciso en donde la ley es la única fuente del derecho, razón por la cual concluye atribuyendo al juez solamente una función declarativa, en modo alguno modificadora de la ley, a través de un método lógico-deductivo. La respuesta del formalismo jurídico a nuestra pregunta sería entonces: el juez adecua el caso a la ley.

El realismo en materia interpretativa se consolidó a través de la existencia de un Poder Judicial fuerte (aun en sus versiones más atenuadas), y admite que todo caso es único, razón por la cual presenta particularidades que impiden su resolución sobre la base de meras fórmulas

dogmáticas: no hay casos claros, todos son casos de penumbra, no todo es blanco y negro: el derecho está plagado de grises. Desde esta perspectiva, las leyes solamente pueden ser pautas para el juez, quien es el verdadero creador del derecho a través de su decisión, como consecuencia de lo cual debe poseer amplia libertad interpretativa.

Estas corrientes representan los extremos de la télesis de la actividad interpretativa: la interpretación como subsunción o la interpretación como creación.

La consolidación de la teoría de la argumentación a través de la llamada "Nueva Retórica" desde la segunda mitad del siglo XX constituye un valioso aporte para esta visión de la filosofía de la interpretación, partiendo de la pregunta acerca de la posibilidad de fijar las bases de una lógica argumentativa de los juicios de valor, y motivada esta cuestión en que -mal que le pese a los formalistas- no ha resultado posible establecer reglas fijas para una solución definitiva a un caso jurídico. Al decir de Chaim Perelman, cada elección es una opción y, como tal, conlleva un riesgo.

Theodor Viehweg también se ocupó de hallar el proceso a través del cual se obtienen y legitiman los argumentos utilizados en el derecho, ya que también considera que ningún problema puede solucionarse genéricamente. En eso consiste, en su opinión, la aporía fundamental del derecho: ¿qué es lo justo para este caso?

Ambas concepciones, y otras tantas, como la teoría discursiva no-positivista de Robert Alexy, o la posición de Ronald Dworkin sobre el derecho como sumatoria de normas y principios representan un aporte importante para tratar de hallar una fundamentación razonable del derecho considerando sus aspectos axiológicos.

#### 4. Perspectivas ontológicas e interpretación: la realidad jurídica y la realidad social

La actividad interpretativa implica, necesariamente, hacer una breve referencia al problema de la determinación del objeto del derecho.

Desde ya que escapa al propósito de esta presentación realizar un análisis del panorama de las distintas concepciones ontológicas del derecho, pero si se quisiera hacer una síntesis binaria de éstas, puede afirmarse que por un lado se hallan aquellas posturas que limitan lo jurídico a lo estrictamente normativo (ya sea desde una perspectiva positivista o, inclusive, iusnaturalista) y, por otra parte, las direcciones que sostienen que la realidad jurídica constituye un fenómeno complejo en el cual inciden múltiples aspectos de la más amplia realidad social. Entiéndase bien que esta última dirección no implica suplantar la ontología jurídica por una sociología jurídica, sino que supone considerar que el objeto de conocimiento del jurista no puede ser encasillado dentro de una única característica, pues es un objeto complejo.

Esta complejidad se observa en todas las posiciones de marcada orientación culturalista, tales como el trialismo jurídico, la egología y sus derivaciones, y también otras concepciones discursivas no positivistas.

Las consecuencias que acarrea adoptar una u otra postura para la dimensión interpretativa son obvias: por un lado están quienes suponen que la interpretación es esencialmente interpretación de leyes y, por otra parte, los que sostienen que interpretamos una realidad mucho más amplia rotulada bajo el nombre de derecho.

No puede dejarse de considerar que el derecho, como todo orden de conducta, es una manifestación de la vida social, asentada en el tiempo y perdurable en el espacio, conformando un sistema cultural.

Como advierte Smith <sup>7</sup>, sin esa fenomenalización cultural, resultaría imposible ubicar al derecho, en este caso, en el plano de lo real, aprehenderlo cognoscitivamente, describirlo y verificar empíricamente sus enunciados.

Es que si la realidad sociocultural no estuviese inmersa en el mundo de lo sensible, ninguna interacción humana podría ser reconocible como un hecho real.

Pero esta realidad sociocultural no se limita exclusivamente a hechos físicamente

observables y verificables (dimensión fáctica), sino también poseen una significación (dimensión lógica) y un sentido atribuido por una finalidad (dimensión axiológica).

Es por ello que, siguiendo la concepción de Juan Carlos Smith, puede afirmarse que las normas se insertan en la realidad social con una función reguladora coactiva del comportamiento humano, que se manifiesta como una función lógica, entendida ésta como actividad racional creadora de una realidad específica por la cual ciertas condiciones previstas se caracterizan como lícitas, ilícitas, debidas, obligatorias, etc.; y como función axiológica, es decir, como una acción coactiva fundamentada axiológicamente en pos de determinados fines, lo cual permite evaluar a las acciones humanas como adecuadas o inadecuadas a los fines previstos por los sujetos productores de las normas.

Desde esta perspectiva, el cambio social y la evolución jurídica se hallan estrechamente relacionados, e inciden en el proceso interpretativo del derecho.

Como advierte Diez Picazo <sup>8</sup>, precisamente uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo constituye el averiguar de qué manera se interrelacionan los cambios sociales y los cambios jurídicos, para poder establecer así una teoría del cambio y la evolución jurídicas.

Lo social repercute en lo jurídico a través de la política, la actividad legislativa, la tecnología, la economía y las creencias y, por su parte, lo jurídico repercute en lo social ya que se puede mejorar la sociedad con mejores leyes, pero bien es cierto que no se puede resolver por ley un problema social.

### 5. La interpretación como gnoseología: la interpretación como racionalidad o como construcción de la realidad social

Como el principal expositor de la corriente culturalista de la Universidad de La Plata y con influencia de la *Teoría egológica del derecho*, Juan Carlos Smith <sup>9</sup> se ocupó de remarcar que "en tanto sujeto cognoscente, el científico del derecho se encuentra frente a un dato histórico, que es una realidad cultural, una forma de vida creada y mantenida por la voluntad de los individuos en un incesante movimiento de reelaboración".

Entender al derecho como un objeto complejo incardinado dentro de una realidad cultural supone también hallar la vía adecuada para su captación gnoseológica, sin la cual la actividad interpretativa no habrá de poder concretarse.

Carlos Cossio <sup>10</sup> formula una crítica a las dos posiciones extremas que han pretendido hallar la esencia de la captación gnoseológica: el racionalismo y el empirismo. El primero reduce todo a lo conceptual y, el segundo, todo a lo experimental, pero, en definitiva, ambos confunden concepto e intuición.

Sostiene Cossio que bajo las influencias historicistas de Gustavo Hugo y Federico Carlos de Savigny, según las cuales existe una idea y una materia del derecho, muchos han pretendido aplicar el esquema del conocimiento de la experiencia natural al ámbito jurídico, sosteniendo que existe una estructura lógica formal y necesaria y, por otra parte, un contenido empírico material y contingente.

La experiencia jurídica, según el fundador de la egología, posee como elementos una estructura lógica (formal y necesaria), un contenido dogmático (material y contingente), pero a ello se suma la valoración jurídica (material y necesaria).

Este mismo esquema es llevado por Cossio al plano de la sentencia judicial cuando afirma que ésta cuenta con una estructura legal (formal y necesaria), las circunstancias del caso (materiales y contingentes) y la valoración o vivencia del juez (material y necesaria).

Juan Carlos Smith explica que el acceso al conocimiento de la realidad -sea cual fuere su esencia ontológica- exige la integración de dos elementos: una forma lógica y una material. Llevando este planteo al ámbito de la experiencia jurídica <sup>11</sup>, ésta se halla integrada por una serie de formas conceptuales puras (*a priori*) y por un contenido material necesario, integrado por una intuición sensible, una intuición intelectual y una intuición emocional. Desde su perspectiva

no es posible conocer el fenómeno jurídico con limitación a sus aspectos lógico-formales, prescindiendo de la dimensión empírica, racional y axiológica del sujeto que conoce e interpreta.

En palabras de Smith, "la experiencia cultural necesita para lograr su concreción, del aporte material de intuiciones respectivamente adecuadas a la consistencia peculiar de los elementos integrativos de cada fenómeno. Así la intuición sensible aportará la presencia de los fenómenos sensorialmente perceptibles en que se manifiesta el hecho de la cultura; la intuición intelectual hará lo propio -en su caso- con las significaciones lógicas que informan a ese hecho estructurándolo conceptualmente; y la intuición emocional (valoración) vivenciará a los ingredientes axiológicos que connotan su sentido valioso o disvalioso". 12.

Desde una perspectiva filosófica (y hasta geográfica) distinta, un autor como Ronald Dworkin, con su propuesta de abandonar el concepto de derecho como sistema de reglas, adiciona los principios o estándares de justicia, equidad y moralidad que deben ser "descubiertos" para hallar una solución a los casos difíciles.

El objetivo que se sigue al contrastar concepciones tan diversas es tratar de evidenciar lo que ellas plantean como un logro común: el problema no es si la realidad jurídica se conoce como un fenómeno estático, más o menos estable, o cambiante, sino tener presente que la realidad jurídica no se presenta como algo dado o eminentemente trascendente y, por lo tanto, sólo asequible a través de la razón, sino que en ella, como integrante del mundo de la cultura, también se conjugan elementos valorativos que integran la interpretación a la realidad misma que se interpreta. En otras palabras, para conocer el derecho es necesario interpretarlo, pero esa interpretación se integra a él como un elemento más de su realidad: el objeto se construye cuando se conoce y se conoce cuando se interpreta.

### 6. Interpretación y valoración: ¿razonabilidad versus valoración?

La dogmática del siglo XIX dirigió su esfuerzo a tratar de establecer la naturaleza lógicoinmanente de las instituciones jurídicas. El conocimiento dogmático halló inspiración en las grandes conquistas científicas que se produjeron a partir del siglo XVII, que vincularon a la ciencia en forma casi exclusiva con un modelo de conocimiento positivista y racional. De hecho, muchas corrientes de la filosofía moderna poseen una actitud despreciativa para todo aquello que no se presente como formal y científico <sup>13</sup>.

Pero una posición dogmática, en tanto se apoya muchas veces en conclusiones arbitrarias, no sirve para dar una solución a la problemática vital de la existencia humana, dentro de la cual el derecho ocupa un primerísimo plano. El voluntarismo interpretativo confirió una estocada mortal a las concepciones interpretativas dogmáticas, y ha servido fundamentalmente para plantear una nueva perspectiva paradigmática en el ámbito de la ciencia jurídica: ya no se trata de interpretar en forma "verdadera" sino en forma "razonable". Es que, como dice Andruet, detrás de la retórica y de la teoría de la argumentación subyace una auténtica filosofía del hombre <sup>14</sup>.

Se vuelve así a replantear la sabia diferenciación establecida por Aristóteles en su *Organon*, en donde, diferenciando lo que es verdadero de lo que es verosímil; proponía para lo primero, las reglas de la lógica tradicional, analítica o formal y, para lo segundo, la lógica dialéctica o lógica de la razón.

Estas ideas aristotélicas, desplazadas por los avances del conocimiento formal y científico de la modernidad, motivaron que ya a fines del siglo XVII, Giambattista Vico reaccionara frente al modelo cartesiano, acentuando no sólo el valor del conocimiento histórico sino también del filológico, es decir, del conjunto de estudios que permiten saber acerca de las culturas y de las sociedades del pasado y del presente humano. Para ello hace hincapié en que el hombre puede entender lo que él mismo hace, y conocer y entender la historia es conocer su propia realidad. Por ello critica a la doctrina cartesiana pues estima que la mera claridad y distinción que propugna no permite llegar al fondo de la realidad, pues lo real pareciera ser todo lo contrario de

lo claro y lo distinto 15.

En el plano de lo jurídico, esta concepción permite anticipar una cuestión que se replanteará nuevamente a mediados del siglo XX, cuando críticamente se vuelva a patentizar la insuficiencia del limitar al derecho a una mera expresión lógico-normativa, y a evidenciar que el claro "principio de clausura" no resulta suficiente para dar solución a los permanentes "grises" que presenta el obrar humano.

Es por ello que comienza a propiciarse un retorno al modelo de la lógica dialéctica aristotélica para el derecho, a través de lo que se ha denominado "La nueva retórica" <sup>16</sup> impulsada por Perelman y Viehweg (respecto de quienes ya se ha hecho referencia precedentemente).

Partiendo de la base de una filosofía abierta, Chaim Perelman se propone modificar el modelo de razonamiento cartesiano para destacar el amplio espectro dentro del cual se hallan los múltiples razonamientos discursivos. En realidad, Perelman no rechaza el razonamiento "more geométrico" sino que sostiene que es uno de los tantos y posibles modelos de argumentación <sup>17</sup>.

En el ámbito específico de la lógica jurídica, afirma que ésta, a diferencia de la lógica formal tradicional, es controversial; ello significa que es una lógica de argumentación, no de demostración. Como remarca Atienza <sup>18</sup>, para Perelman, la lógica de la argumentación no se desarrolla en el plano de lo necesario, sino en el plano de lo plausible: frente al encadenamiento de verdades que propone la lógica formal, se presenta la ductilidad del tejido argumentativo.

Theodor Viehweg explica desde una similar perspectiva que no es posible aplicar el método axiomático al derecho, sino que debe aplicarse el método tópico, entendido éste como una técnica de la retórica que nos posibilita obtener fundamentos para argumentar.

Luis Recaséns Siches también sostiene que las lógicas tradicionales son instrumentos para acceder al conocimiento de realidades naturales, pero ellas constituyen sólo una parte del "logos". Hay otras partes de la lógica que Recaséns Siches llama "lógica de la razón vital", de la razón histórica, lógica de la estimativa, de la acción, de la finalidad. Esas son lógicas distintas de la lógica formal aristotélica y su campo de aplicación es diferente <sup>19</sup>.

Con mucha claridad señala este autor que "cuando experimento que los métodos de la lógica tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado inadmisible, frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un razonamiento de un tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta. Ese razonamiento que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la "razón" aplicable al caso; es la 'razón' que nos permite dominar el problema. En cambio, la otra lógica, la físico-matemática, se muestra incapaz de dar la solución correcta al caso planteado". "Hay que explorar la razón jurídica de los contenidos de las normas de derecho, la cual nos permitirá superar el azoramiento y la confusión que sintieron muchos juristas al percatarse de que la lógica tradicional quiebra en el mundo de la interpretación y del desarrollo del derecho".

El derecho se enmarca así, dentro de lo que denomina "logos de lo razonable", que no es otra cosa que ubicar al derecho dentro del ámbito de la lógica de la razón, o lógica de la acción, que se basa en la libertad y en los valores.

En similar sentido, Juan Carlos Smith plantea su "lógica de la acción", cuyos principios expuso en una conferencia en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Establece allí las bases de una lógica que supone una transformación dinámica generada por un agente y dirigida a una modificación perceptible de la objetividad. Esta lógica de la acción se caracteriza porque el sujeto de la acción es siempre el ser humano pensante, por lo cual considera que también son acciones, las expresiones del pensamiento que se dirigen a los sujetos para que realicen determinados comportamientos. También destaca que los sentidos de los resultados de la acción deben hallarse relacionados con la estimativa mayoritaria <sup>21</sup>.

Desde esta perspectiva, el razonamiento jurídico se presenta como una actividad destinada a la elaboración, el conocimiento, la interpretación y la aplicación del derecho, y que habrá de permitirnos determinar la pertinencia de las normas para fundar y justificar una decisión.

Este proceso de justificación implica necesariamente la referencia a los valores, por ello cabe afirmar que razonabilidad y valoración no se trata de elementos excluyentes o antitéticos: se interrelacionan en el concepto de "razón práctica".

### 7. Para evitar un derecho sin razón y razones sin derechos

Una filosofía de la interpretación del derecho conduce a abarcar problemas ontológicos, gnoseológicos y valorativos. Los tres, si bien distintos, se encuentran estrechamente relacionados con el concepto de "razón práctica". Ella es la que permitirá superar lo que Zuleta Puceiro denomina "desafíos de la nueva interpretación" <sup>22</sup> a través de una mayor preponderancia judicial y el desplazamiento de la hegemonía del derecho positivo.

La actividad jurisdiccional presenta un papel preponderante, no porque ésta sea la única actividad a través de la cual se aplica e interpreta el derecho, sino por constituir el último eslabón dentro de la cadena de creación y aplicación del ordenamiento jurídico. De allí la importancia de la interpretación judicial.

La problemática general de la interpretación se concreta aquí en la denominada "subsunción" y, especialmente, en el alcance que se le asigna a ella: como mera réplica de una norma general o como proyección creadora.

En líneas generales siempre se ha entendido a la subsunción como el eje de la problemática de la aplicación del derecho. Subsumir, como remarca Diez Picazo <sup>23</sup> constituye esencialmente en determinar la correlación entre las hipótesis normativas y el caso concreto, o como dice Cárcova <sup>24</sup>, consiste en determinar si los hechos particulares se incluyen en el conjunto abstracto normativo.

Pero esta actividad reviste una gran complejidad, por cuanto deben seleccionarse las normas jurídicas (que suelen ser varias), fijar los hechos, contrastar la situación y fijar el sentido y las consecuencias; por ello debe insistirse en lo precedentemente señalado en el sentido de que la realidad jurídica no es meramente un *datum*, sino una *quaestium* o dato histórico: no hay demostración de premisas sino convicción, lo cual, como señala Ghirardi, es propio del carácter inacabado del concepto práctico <sup>25</sup>.

Bulygin <sup>26</sup> entiende que toda decisión se halla fundada en las normas jurídicas, pero también en las circunstancias del caso y, por lo tanto, contiene no sólo enunciados normativos (fundamentos normativos), sino también definiciones (determinación de un concepto) y enunciados empíricos (descripción de hechos). Luego de considerar todos estos elementos se obtiene una "resolución" (decisión).

La decisión judicial cumple la importante misión de constituir el punto de encuentro entre la forma jurídica y su materia, entre la norma y los hechos, a través del puente tendido de la "razonabilidad". Por ello, como señala Ghirardi <sup>27</sup>, la visión de la sentencia como silogismo clásico es incompleta: el razonamiento judicial -destaca- se basa en el "silogismo práctico prudencial", en el que operan inferencias, analogías, inducciones y, especialmente, valoraciones. La función sentencial no es descriptiva, sino indicativa de una acción a realizar, y por ello debe basarse en argumentos que operen como elementos de convicción: reglas del discurso (Alexy), principios de verificación y racionalidad (Ghirardi) o justificación interna y externa (Andruet).

Esta recíproca implicación entre la norma positiva y el argumento que fundamenta su aplicación se explicita en forma resumida en la cita que efectúa Vigo sintetizando las palabras de Alexy: "el discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad" <sup>28</sup>.

Por tal motivo es posible sostener que toda filosofía de la interpretación jurídica no debe omitir abordar las dimensiones ontológica, gnoseológica y axiológica del derecho, y vincularlas al ámbito de la praxis, del concreto obrar humano, pues, en definitiva, desentrañar la significación jurídica de los actos humanos y el sentido y finalidad de las normas que los rigen, no es otra cosa que conocer las condiciones de la vida social en el marco de un ininterrumpido proceso de reelaboraciones históricas.

Comprender esta complejidad propia del derecho es el presupuesto del que se debe partir para interpretarlo.

De nada sirve la limitación a una visión jurídica lógico formal que solamente puede dar razón del proceso de fundamentación y derivación dinámico de las normas, sin atender a que en el marco del acontecer fenoménico de los hechos socioculturales ocurren momentos de desajuste entre los contenidos lógicos de los juicios que lo integran y las nuevas situaciones fácticas que se suceden.

Los aspectos lógico-formales de las normas son un principio ordenador *a priori* que dota de coherencia al sistema jurídico, pero los aspectos teleológicos o finalistas actúan en el plano histórico, atribuyendo sentidos valorativos a los contenidos sociales. Es esa y no otra, la explicación por la cual permanentemente se hallan situaciones en las cuales, más allá de la validez formal de una norma, se le atribuyen distintos significados interpretativos, algunos de los cuales pueden hasta a llegar a dejarla sin efecto frente a una situación insostenible de las presiones sociales <sup>29</sup>.

Sólo teniendo en cuenta esta complejidad cultural, será posible valorar prudentemente las razones que nos llevan a una conclusión interpretativa, pero también reflexionar sobre la razonabilidad de los valores que guían la tarea del intérprete.

Tal vez siguiendo este camino se podrán evitar por una parte, la ineficacia con la que al sistema normativo afectan las normas arbitrarias y, por otra parte, la absurda injusticia que supone declamar derechos que no pueden hacerse efectivos.

#### **NOTAS**

- \* Conferencia del 23 de mayo de 2006, con motivo de la incorporación como miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- \*\* Discurso de recepción como académico correspondiente en La Plata, pronunciado el 23 de mayo de 2006, en la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.
- <sup>1</sup> Mario Bunge, *Mitos, hechos y razones*, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, págs. 54 y 81.
  - <sup>2</sup> Carlos Cossio, El derecho en el derecho judicial, Buenos Aires, Kraft, pág. 118
  - <sup>3</sup> Juan Carlos Smith, *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- <sup>4</sup> Fernando Martínez Paz, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.
  - <sup>5</sup> René Descartes, *Discurso del método*, Barcelona, Atalaya, 1993.
  - <sup>6</sup> Juan Carlos Smith, "Métodos de interpretación", en Enciclopedia Jurídica Omeba.
  - <sup>7</sup> Juan Carlos Smith, "Derecho y realidad", *Anales de Filosofía Jurídica y Social*, Rosario, 1994.
  - <sup>8</sup> Luis Diez Picazo, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, Barcelona, Ariel, 1983, pág. 300 y ss..
  - <sup>9</sup> Juan Carlos Smith, "La experiencia jurídica", L.L., 1981-A, pág. 729.
  - <sup>10</sup> Carlos Cossio, *El derecho en el derecho judicial*", Buenos Aires, Kraft, 1944.
  - <sup>11</sup> Juan Carlos Sмітн, "La experiencia..." cit., pág. 729 y ss..
  - <sup>12</sup> Juan Carlos Sмітн, ob. cit..
  - <sup>13</sup> Armando S. Andruet, *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, pág. 28.

- <sup>14</sup> Armando S. Andruet, ob. cit., pág. 30.
- <sup>15</sup> Ver, en tal sentido, lo expuesto por José Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1979, t. 4, pág. 3.421.
- <sup>16</sup> Andruet se ocupa de aclarar que el concepto de "Nueva Retórica", entendido como una retórica funcional al derecho, tiene como propósito fundamental aplicar a la práctica jurídica la argumentación racional con la finalidad de contribuir al consenso sobre lo que es "de derecho" y se admite como tal (conf. A.S. Andruet, ob. cit., pág. 35, nota 38).
  - <sup>17</sup> Ver, en este sentido, lo explicado por José Ferrater Mora, ob. cit., t. 3, pág. 2.540.
  - <sup>18</sup> Manuel Atienza, Las razones del derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- <sup>19</sup> Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
  - $^{\rm 20}$  Luis Recaséns Siches, ob. cit., págs. 129/130.
- Juan Carlos Smith, "La lógica de la acción", conferencia brindada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, mayo de 2001; ver también, Carlos Pettoruti, "El ser del derecho desde la perspectiva del hombre", L.L., del 28/2/02.
  - <sup>22</sup> Enrique Zuleta Puceiro, *Interpretación de la ley*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
  - <sup>23</sup> Luis Diez Picazo, ob. cit..
  - <sup>24</sup> Carlos M. Cárcova, "Sobre el razonamiento judicial", J.A., del 31/3/04.
- $^{25}$ Olsen A. Ghirardi, "Para una lógica del conocimiento práctico", *Revista Universitas Rerum* N $^{\rm o}$  3, La Plata, 1999.
  - <sup>26</sup> Eugenio Bulygin, "Sentencia y creación del derecho", L.L., t. 124.
  - <sup>27</sup> Olsen A. Ghirardi, *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987.
  - <sup>28</sup> Rodolfo Vigo, *La injusticia extrema no es derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 31.
- <sup>29</sup> Carlos E. Pettoruti, *La validez del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 73.

## LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN AMÉRICA LATINA

por Daniel Zovatto Garetto

**SUMARIO:** Palabras introductorias. 1. El origen y desarrollo de los partidos políticos. 2. La importancia de los partidos políticos. 3. La regulación jurídica de los partidos políticos y su importancia. 4. La constitucionalización de los partidos políticos. 5. Diagnóstico comparado: tendencias y conclusiones. 6. Conclusiones. 7. Un comentario final.

#### Palabras introductorias

Excmos. Sr. vicepresidente, académicos, autoridades, amigas y amigos:

Mis primeras palabras tienen como propósito expresar mi profundo agradecimiento, a la vez que expresar mi reconocimiento por el honor que la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba me hace al acogerme como académico correspondiente de la misma.

Nunca en mi vida me ha tentado incurrir -en opinión del ilustre don Quijote de la Manchaen el peor de los pecados que los hombres cometen: el desagradecimiento. Pero, además, nunca estaría menos justificado. Soy consciente de la generosidad de la Academia y, de manera especial, de quienes presentaron mi candidatura, en particular, a los académicos de número Dr. Antonio María Hernández, Dr. Ricardo Haro y Dr. Ernesto Rey Caro, por su generosidad, apoyo, estímulo y amistad. Mi agradecimiento se extiende, asimismo, hacia todos los miembros de la Academia, cuyo ejemplo me marca la senda de entrega y excelencia que debo seguir en el futuro.

Ingreso a esta Academia con ilusión pero al mismo tiempo con un profundo sentido de respeto, motivado por el hecho de estar incorporándome a una institución cercana a cumplir sesenta y cinco años de fecunda y prestigiosa labor e integrada, desde sus primeros días, por eximios académicos, muchos de los cuales han y siguen siendo mis maestros, y por los cuales profeso, además de admiración y respeto intelectual, un sincero afecto.

El honor que me conceden lo recibo con un compromiso de responsabilidad intelectual y como un aliciente para responder con la entrega ilusionada en mi trabajo. Para estar a la altura de la confianza que han depositado en mi persona prometo redoblar mi trabajo y esfuerzo, unido a la firme promesa de colaborar, con entera dedicación y lealtad en las iniciativas promovidas por esta Academia que tanta admiración y respeto concita.

He escogido como tema para mi discurso de aceptación, el de los partidos políticos y su regulación jurídica en América Latina por tres razones principales. La primera, por la importancia fundamental que éstos tienen para el buen funcionamiento de la democracia. La segunda, por el difícil momento y la severa crisis de legitimidad y credibilidad que las organizaciones partidistas enfrentan en la mayoría de los países de nuestra región, si bien con diferencias importantes en cuanto al grado e intensidad de la crisis. Y la tercera, por la carencia, hasta fecha muy reciente, de estudios de derecho comparado que abordaran esta problemática tan vital para nuestras aún jóvenes y frágiles democracias.

Las reflexiones que a continuación expondré constituyen una apretada síntesis del capítulo introductorio del libro que acabo de editar precisamente sobre este tema, el cual contiene trabajos de 19 expertos de reconocido prestigio de todos los países de América Latina; obra que constituye el primer análisis comparado sobre la regulación jurídica de los partidos políticos en Latinoamérica.

#### 1. El origen y desarrollo de los partidos políticos

El origen y desarrollo de los partidos políticos están ligados al desarrollo de la democracia misma, sobre todo, a la extensión del sufragio popular, a las prerrogativas parlamentarias y a la aceptación del pluralismo político. De hecho, en 1850, ningún país del mundo (con excepción de USA, Uruguay y Colombia) conocía los partidos políticos en el sentido moderno de la palabra. Hoy tan sólo un siglo y medio después éstos funcionan en la gran mayoría de los países del mundo.

Hasta 1900, el nacimiento de los partidos estuvo ligado a los grupos parlamentarios, a los comités electorales y a la interrelación entre ambos. Después de esta fecha, los partidos políticos fueron creados en su mayoría por organismos exteriores, llámense: sociedades de pensamiento, clubes populares, periódicos, sindicatos, iglesias, etc..

Específicamente, el término "partido político" comenzó a utilizarse por primera vez sustituyendo gradualmente al de "facción" junto con tres ideas centrales: i) un partido no es forzosamente una facción; ii) un partido no es necesariamente un mal; y iii) los partidos pueden aportar al bien común. Empero, la transición de la "facción" al "partido" fue lenta y tortuosa, tanto en la esfera de las ideas como en la de los hechos. El término "facción", que viene del latín *facere* (hacer, actuar), hace referencia a un grupo político dedicado a un *facere* perturbador y nocivo, a "actos siniestros". Mientras tanto, el término "partido", del latín *partire* (dividir) y que entró en el vocabulario político en el siglo XVII, expresaba en sus inicios, la idea de parte si bien luego evolucionó a la idea de participar. Su predecesor terminológico de larga data era el término "secta" (separar, cortar, dividir), pero ésta terminó pasando al ámbito de la religión.

El debate en torno a la diferenciación entre partido y facción se remonta a 1730, cuando Voltaire en su *Enciclopedia* expresó que "el término partido no es en sí mismo odioso; el término facción siempre lo es". Por su parte, el pensador inglés Bolingbroke adversaba a los partidos porque decía que el gobierno de éstos termina siempre en el gobierno de las facciones, y como según él, los partidos surgen de las pasiones y de los intereses y no de la razón y la equidad, entendía que los partidos socavaban el gobierno constitucional, tema que era defendido por este autor.

A pesar de ello fue el mismo Bolingbroke, el primer autor en escribir extensamente sobre los partidos políticos. Para este autor "los partidos son un mal político y las facciones son las peores de todos los partidos". Creía asimismo, que la degeneración de los partidos en facciones era un mal inevitable, y por ello era adversario de los partidos políticos. Hume, por su parte, fue menos coherente que Bolingbroke en el uso de ambos términos y, en general, aceptaba los partidos como una consecuencia desagradable y apenas como una condición del gobierno libre.

Pero fue indudablemente Burke en el siglo XVIII (1770) -40 años después de Bolingbroke y 30 años después de Hume- quien por primera vez diferenció claramente el término "partido" del de "facción". Según este autor, los partidos superan a las facciones porque no se basan sólo en intereses, sino también y, sobre todo, en principios comunes. Y dentro de esta línea de pensamiento definió a los partidos como: "Un cuerpo de hombres unidos para promover, mediante su labor conjunta, el interés nacional sobre la base de algún principio particular acerca del cual todos están de acuerdo".

Para Burke, los fines requieren medios y los partidos son los "medios adecuados" para permitir a esos hombres poner en ejecución sus planes comunes, con todo el poder y toda la autoridad del Estado. La "generosa ambición de poder" (del partido) se distingue claramente de la "lucha mezquina para obtener puestos y emolumentos" que es lo que caracteriza a las facciones. En suma fue Burke el primero en entender que los partidos políticos tienen un uso positivo.

Pese a ello, a lo largo de todo el siglo XVIII se siguió viendo a los partidos políticos con sospecha. En efecto, ni la Revolución Francesa ni la revolución americana fueron favorables a los partidos políticos. Rousseau, Montesquieu, Condorcet, Danton, Robespierre, así como Jefferson, Madison e incluso el propio Washington fueron contrarios a los partidos políticos. Incluso, Saint Just llegó a decir que "todo partido es criminal", y Washington cargó en contra de las facciones y de los partidos en su "Discurso de Adiós" en 1796, cuando dijo: "existe una

opinión de que los partidos en los países libres constituyen controles útiles y sirven para mantener vivo el espíritu de la libertad. Es probable que así sea dentro de ciertos límites... Pero en los gobiernos puramente electivos es un espíritu que no se debe fomentar".

Pero fue sólo recién en el siglo XIX cuando los partidos políticos se distinguieron claramente de las facciones y se aceptaron como instrumentos legítimos y necesarios del gobierno libre. Para ello tuvieron que transcurrir casi 50 años después del *Discourse* de Burke para que los partidos, tal como él los había definido, eliminaran a las facciones y llegaran a existir en el mundo de habla inglesa.

Lo cierto es que los partidos llegaron a ser aceptados, no porque Burke así lo dijese, sino al comprenderse que la diversidad y el disentimiento no son necesariamente incompatibles con, ni perturbadores del orden político. Por ello los partidos y el pluralismo son concomitantes. De un mundo monocromático se fue pasando progresivamente a un mundo plural, diverso y múltiple.

Finalmente, en el siglo XX, se produce el desarrollo de la sociología política con pensadores que arrojaron luces sobre el tema de los partidos políticos como Ostrogorski, Gaetano Mosca, Weber, Michels, Duverger, Sartori, Otto Kircheimer, Panebianco, Pasquino, etc., dando origen a lo que Duverger ha denominado la estasiología, es decir, la ciencia de los partidos políticos.

Estamos pues ante un fenómeno nuevo que tiene apenas 150 años. Para decirlo en palabras de Sartori: "Partido es un nombre nuevo de algo nuevo", advirtiéndonos a la vez que en este último siglo y medio, los partidos han actuado y se han desarrollado más como una cuestión práctica que como una cuestión teórica.

Resumiendo: i) Los partidos como hemos visto no son facciones. Mientras estas últimas sólo representan la lucha mezquina e interesada por obtener puestos y emolumentos, los partidos en cambio son instrumentos para lograr beneficios colectivos, para lograr un fin que no es meramente el beneficio privado de los contendientes; ii) Los partidos son órganos funcionales. Un partido es una parte del todo que trata de servir a los fines del todo, mientras que la facción no es sino una parte consagrada a sí misma; iii) Los partidos son conductos de expresión y, por lo tanto, deben representar al pueblo al expresar sus exigencias; iv) Los partidos pueden llegar a ser disfuncionales, pero aun, en este caso, se diferencian de las facciones; v) Existe un riesgo latente de que los partidos puedan degenerar en algo parecido a una facción. En otras palabras, el faccionalismo es la tentación constante de un sistema de partidos y su degeneración siempre es posible; y vi) Ello permite entender la crisis y hundimiento de ciertos sistemas de partidos y los llamados de ciertos líderes a la democracia directa, a la supresión de los partidos políticos y a la antipolítica.

## 2. La importancia de los partidos políticos

En nuestros días, resulta imposible hablar de democracia sin referirnos a los partidos políticos, pues éstos se han constituido en los principales articuladores y aglutinadores de los intereses de la sociedad. Desempeñan un papel fundamental en la función de la representación, la agregación y la canalización de los intereses de la ciudadanía. Y si bien es innegable su importancia cada vez mayor para las funciones de gobierno, también lo es la crisis de legitimidad y credibilidad que atraviesan.

En efecto, después de haber sido "satanizados" desde sus orígenes, o relativizada su importancia, los partidos políticos fueron ocupando un lugar cada vez más central en los sistemas políticos modernos; tanto que se ha hecho dificil imaginar cómo podría desarrollarse la política en los Estados contemporáneos sin la presencia de éstos. Hans Kelsen, uno de los principales teóricos de la democracia de los partidos, afirmó que "sólo por ilusión o hipocresía se puede sostener que la democracia es posible sin partidos políticos". Dahl, por su parte, otorga a éstos un lugar privilegiado cuando indica que a través de ellos se expresa la función de la representación, oposición y rivalidad pacífica que hacen funcionar a un régimen democrático.

Es por ello que se habla de la "democracia de partidos". Como bien señalan Morodo y Murillo de la Cueva, "la democracia representativa liberal queda, de esta manera, definida como democracia de partidos. De considerar a los partidos como definidores negativos del 'buen gobierno', se pasa a la convicción, basada en la práctica, de que no hay democracia pluralista si no hay partidos políticos".

En suma, para la mayoría de los estudiosos, los partidos han llegado para quedarse y son parte integral de la democracia. De ahí que regular su funcionamiento se ha convertido en un ejercicio imperativo en la dinámica política actual, cuando se busca fortalecer la pluralidad, la representatividad y atender las demandas de una ciudadanía cada vez más crítica y exigente.

## 3. La regulación jurídica de los partidos políticos y su importancia

La regulación legal de los partidos políticos determina los marcos jurídicos dentro de los cuales éstos se desenvuelven, las normas que rigen su formación, organización y financiamiento, sus facultades y límites, sus derechos y deberes, lo mismo que su estructura y sus principios de organización. En suma, determina los ámbitos de acción, prerrogativas y limitaciones que rodean el accionar de los partidos políticos; es por ello que las dimensiones de esta regulación han sido objeto de acalorados debates.

En América Latina, los partidos políticos han sido objeto de un vasto proceso de regulación jurídica desde su constitucionalización hasta la fecha. Aunque dicho proceso se ha dado con diversa intensidad en los diferentes países, es un hecho que hoy, en casi toda la región, se les reconoce como los protagonistas decisivos de la vida política contemporánea y que, en virtud de su relevancia, existe una regulación exhaustiva de su funcionamiento.

Un análisis de la evolución de ese proceso de regulación jurídica muestra que, en nuestra región, la incorporación de los partidos políticos al ordenamiento democrático y su constitucionalización se dieron paulatinamente. Las primeras constituciones sólo recogieron el derecho político de elegir y ser electo para los ciudadanos. Posteriormente, tuvo lugar un movimiento continuado que legalizó la actividad partidaria, incluida su regulación constitucional.

A partir de la formalización constitucional y legal de la actividad de los partidos, en América Latina se inició un frondoso proceso de regulación jurídica de estos institutos, que se intensificó a partir de la llegada de la Tercera Ola Democrática, en 1978. El objetivo de ese proceso regulador fue normar los aspectos básicos de su vida legal y su operación en el marco del sistema democrático, y como resultado de esta evolución jurídica hoy, los 18 países que integran la región han constitucionalizado a los partidos políticos y han emitido normas dirigidas a controlar su funcionamiento.

Las características e intensidad de la regulación han sido influidas por la realidad y cultura política de cada país, así como por su tradición democrática. Esto ha generado una gran variedad y riqueza en cuanto a las normas emitidas en la materia en toda la región.

Hay que tener presente que en el mundo en general y, en América Latina, en particular, la regulación jurídica de los partidos es un tema de reciente aparición en el ámbito de los estudios jurídicos, debido a múltiples razones teóricas, estructurales e, incluso, de "rechazo profesional" de los constitucionalistas de antaño hacia la figura de los partidos políticos. Esta aversión inicial de los juristas y los legisladores hacia los partidos fue justamente una de las razones que propició que éste fuese un tema estudiado en un principio sólo por la sociología política y más tarde por la ciencia política. Como bien expresa Pedro de Vega: "constituyendo los partidos uno de los datos más sobresalientes de la vida política en toda Europa, desde por lo menos la segunda mitad del siglo XIX, lo cierto es que su existencia fue sistemáticamente ignorada por el derecho".

Sobre el tema de la regulación jurídica hay posturas divergentes. Fundamentalmente, existen dos grandes corrientes antagónicas. Una considera que el derecho no debe intentar

regular detalladamente la vida de los partidos políticos, pues el tema rebasa el campo de lo jurídico. Para este sector de la doctrina, la legislación no debe extralimitarse, es decir, no ir más allá de asentar o señalar normas de carácter general que permitan a los partidos adquirir una estructura uniforme, y que, además, el legislador no debe entrar en detalles.

La otra corriente es encabezada por quienes opinan que esas disposiciones deben rebasar lo meramente estructural y, antes bien, deben entrar al detalle en la búsqueda de precisión y no quedarse en aspectos meramente conceptuales. El argumento que valida esta posición es que técnicamente es más adecuado regularlos en el máximo nivel jurídico, como una garantía eficaz para el asentamiento y buen funcionamiento del sistema democrático. Encontramos las mismas posiciones cuando se discute sobre las normas que aparecen en la Constitución: la tesis maximalista se refiere a la necesidad de una normativa detallada e integral en el ámbito constitucional, y la minimalista aboga por disposiciones generales que dejen a la legislación secundaria la tarea de regular aspectos más específicos.

Aparte de estas tesis, a nuestro juicio hay dos factores importantes que trascienden la simple extensión de la legislación. El primero se refiere a los límites que el Estado debe observar con respecto a la regulación jurídica de los partidos políticos, y plantea el reto de "racionalizar efectivamente esta parcela de la realidad política, introduciendo en ella los parámetros del Estado de derecho, y respetar la libertad de actuación de los partidos". El segundo factor se refiere a la necesidad de que haya coherencia entre la ideología democrática que se sustenta en nuestras sociedades (y que está plasmada en la Constitución) y la organización y funcionamiento de los partidos.

De ahí la importancia de establecer normas que ayuden a los partidos a convertirse en instituciones políticamente relevantes, con democracia interna y con reglas claras que favorezcan la equidad, la competencia libre, la representación y la mediación entre ellos y la sociedad.

#### 4. La constitucionalización de los partidos políticos

Los partidos políticos, presentes en varios países de América Latina desde los albores de la independencia, han ido evolucionando a lo largo de ya casi dos siglos de activa vida pública, siguiendo diferentes patrones y ajustándose al contexto político en que se han visto insertos.

En su proceso de constitucionalización, América Latina ha pasado por las mismas etapas que los Estados europeos. García Laguardia habla de la existencia de tres fases: en la primera, similar a la de los clásicos liberales europeos y estadounidenses, se observó una rígida oposición al reconocimiento de la existencia de los partidos, basada en la desconfianza hacia los grupos intermedios entre el Estado y la ciudadanía. Después, con motivo de la ampliación de los derechos que recogieron las constituciones liberales de la segunda mitad del siglo XX, se inauguró la segunda fase, en la que se incorporó el derecho de asociación con fines políticos. En la tercera etapa se dio la regulación legal y constitucional de los partidos.

Sin perjuicio de ello, un análisis más desagregado, de carácter comparado permite identificar tres etapas:

- 1. La primera, que podríamos denominar de regulación temprana, desde la segunda mitad del siglo XIX hasta finales del siglo XX, donde la regulación jurídica se da más bien en el ámbito de leyes electorales, con dos excepciones: Uruguay en 1934 y República Dominicana en 1942, países que en esas fechas constitucionalizaron a los partidos políticos.
- 2. La segunda etapa se caracteriza por el proceso de incorporación o ingreso constitucional de los partidos políticos en América Latina. Abarca desde la Segunda Guerra Mundial hasta 1978, con la llegada de la Tercera Ola Democrática. En esta fase se produce la incorporación constitucional en 12 países.
- 3. La tercera se inicia a partir de 1978. En ella se da un proceso muy rico de reformas constitucionales, promulgación de leyes electorales y, en algunos países, la adopción de leyes de partidos políticos, que tienen como consecuencia una regulación más detallada de estas

instituciones. En este período, se produce la incorporación constitucional de los partidos políticos en cuatro países, y la adopción de leyes específicas en otros seis.

El proceso evolucionó con diversa magnitud en los países de la región. En algunos se empezó con alusiones breves, mientras que en otros fue motivo de un tratamiento más detallado, pero, en ambos casos, estas agrupaciones adquirieron rango constitucional. Se trata de una evolución progresiva que reconoce la importancia de la presencia de los partidos en la vida de cada Estado y, como onda expansiva, éstos se van haciendo presentes cada vez en mayor número y con mayor detalle en las constituciones.

La mayoría de los países latinoamericanos ya había constitucionalizado a los partidos políticos antes de la Tercera Ola, con excepción de cuatro casos: Perú y Nicaragua (1979), Colombia (1991) y Argentina (1994). El primer país en regular los partidos políticos en el ámbito constitucional fue Uruguay en 1934; seis países lo hicieron en la década de 1940 (Brasil, Ecuador, Costa Rica, Guatemala, Panamá y República Dominicana); dos países en la década de 1950 (El Salvador y Honduras); tres países en la década de 1960 (Bolivia, Paraguay y Venezuela); y dos países en la de 1970, antes de 1978 (Chile y México).

Sin embargo, con la llegada de la Tercera Ola, la regulación jurídica de los partidos políticos cobró nuevo impulso, que implicó una regulación más detallada. En efecto, el reconocimiento jurídico de los partidos se aceleró a partir de 1978, cuando se inició el proceso de abandono de regímenes autoritarios y la transición hacia la democracia. La mayor parte de estas transiciones tuvo como punto de partida la celebración de las llamadas "elecciones de apertura" que en general fueron catalogadas como libres y limpias, pero que también pusieron en evidencia la necesidad de realizar profundos cambios institucionales y políticos dirigidos a superar la exclusión política que imperaba hasta ese momento.

Estas necesidades generadas por la transición dieron origen a una serie de reformas constitucionales que pretendieron abrir la competencia partidista, ampliar la participación y asegurar el pluralismo y la representación. Así, la constitucionalización de los partidos en la región cobró nuevo aliento, consolidándose en los países en que ya se había iniciado y regularizándose en aquellos otros en que aún no se había avanzado hacia ese estadio de la regulación, y ello tanto en el nivel constitucional como en el de leyes electorales y, en ciertos países, en leyes de partidos políticos.

Hoy día, en todas las constituciones políticas latinoamericanas se encuentra, al menos, una regulación expresa sobre los partidos políticos. Si bien algunas constituciones no los mencionan específicamente, sí hacen referencia a la formación y funcionamiento de las organizaciones políticas, como es el caso de la Constitución de Guatemala. De manera similar, en Venezuela existe un reconocimiento constitucional implícito de los partidos políticos al establecer el derecho de asociación con fines políticos.

Las constituciones políticas de Ecuador, Colombia y Panamá son las que mencionan con mayor frecuencia en forma directa el tema de los partidos (entre 7 y 8 artículos), con la particularidad de que en las Cartas Fundamentales de Ecuador y Colombia se destina uno de los capítulos a lo que se denomina el Estatuto de la Oposición, donde se consagran derechos de los partidos que no están en el gobierno. Uruguay, por su parte, tiene seis menciones sobre los partidos en el articulado de su Constitución.

Menciones en menor escala se encuentran en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Paraguay (textos que dedican entre dos y cinco artículos a los partidos políticos). En Perú, República Dominicana y Venezuela, sólo un artículo constitucional hace referencia a ellos.

Es importante indicar, sin embargo, que las constituciones políticas aplican procedimientos disímiles para tratar el tema de los partidos. Con frecuencia, las disposiciones sobre los partidos se hallan a lo largo de varios capítulos, por ejemplo: cuando se habla de los derechos fundamentales, los derechos políticos, del sufragio, el proceso electoral, el órgano encargado del control, organización y vigilancia de los partidos y de las elecciones, los órganos de gobierno, entre otros. Por el contrario, es poco frecuente que los textos concentren en un capítulo especial lo relativo a los partidos, como en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Honduras.

En términos generales, los temas tratados en los textos constitucionales con respecto a los partidos son los relacionados con la libertad ciudadana de asociarse con fines políticos, las condiciones de respeto al orden constitucional que deben cumplir los partidos, su definición y naturaleza jurídica, las funciones de representación que ellos asumen y, en algunos casos, temas relativos a su organización, democracia interna, financiamiento y acceso a los medios de comunicación, si bien, en su mayoría, estos aspectos son regulados por legislación secundaria.

En América Latina, todos los países cuentan con un código o una ley electoral. Sin embargo, no todos tienen una ley de partidos políticos. Sólo en ocho países la legislación contempla la existencia de ambos cuerpos normativos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela. En Guatemala existe un solo texto legal denominado ley electoral y de partidos políticos. Asimismo, cabe indicar que, con excepción de Venezuela, cuya ley data de 1965 y en el caso de Ecuador de 1978, toda la legislación destinada a regular específicamente a los partidos políticos fue sancionada, en el resto de los países, después de 1985 (en el caso de Uruguay, si bien no existe una norma que regule el funcionamiento interno de los partidos políticos, cabe señalar que hay disposiciones de rango legal que datan de 1934, 1935 y 1939, conocidas como Ley de Lemas).

Cabe señalar que en los países donde no se han promulgado leyes de partidos políticos, las regulaciones sobre estas instituciones se encuentran contenidas en la legislación electoral. El caso de la normativa guatemalteca tiene la particularidad de que contempla la ley electoral y la de partidos en un solo cuerpo normativo.

En suma, la evolución de la legislación evidencia que la importancia de la regulación jurídica de los partidos políticos ha ido en aumento, y que esa relevancia ha demandado un trato más detallado y exhaustivo de los temas que les afectan. Esto ha generado la promulgación de leyes más especializadas.

### 5. Diagnóstico comparado: tendencias y conclusiones

Una lectura regional comparada sobre la regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina permite enumerar 15 tendencias principales, a saber:

- 1. Los partidos políticos tienen rango constitucional en todos los países de la región. Si bien hay diversos grados de regulación, en todos los casos se ha conferido a los partidos el papel de sujetos de la representación política y la participación popular.
- 2. En el nivel de la legislación secundaria, todos los países cuentan con una ley o un código electoral que norma el funcionamiento de los partidos políticos. Asimismo, en el 50% de los países, además de la ley electoral, se han promulgado leyes de partidos políticos. A lo anterior se suma una amplia potestad reglamentaria otorgada a los organismos rectores encargados del control de los partidos.
- 3. Cabe señalar, sin embargo, que en algunos países latinoamericanos, la legislación no es suficientemente clara o exhaustiva en ciertas áreas y, por lo tanto, puede resultar ambigua y prestarse a diversas interpretaciones cuando se intenta hacer un análisis más pormenorizado.
- 4. En cuanto al concepto o definición de los partidos políticos, así como a su naturaleza jurídica, no hay una corriente dominante en el constitucionalismo latinoamericano. Nueve países los conciben como instituciones de derecho público, cinco como asociaciones voluntarias con personalidad jurídica y cuatro como personas jurídicas de derecho privado.
- 5. En la región existe una amplia libertad para la constitución o formación de partidos políticos, así como para su funcionamiento. Asimismo, han comenzado a ser reconocidas otras formas de organización que pueden participar en la competencia por el poder, y que gozan también de amplias libertades de constitución y funcionamiento: las llamadas candidaturas independientes.
- 6. El surgimiento y la regulación de candidaturas independientes ha significado el rompimiento del monopolio de los partidos en la vida política en varios países latinoamericanos. Sin embargo, cabe advertir que la legislación en esta materia es aún incipiente, y que en algunos

casos se ha optado por aplicar de modo supletorio las leyes que regulan el funcionamiento y el financiamiento de los partidos políticos a las agrupaciones independientes.

- 7. La estructura interna de los partidos políticos de la región está regulada principalmente en el nivel de sus estatutos; y estas agrupaciones gozan, en general, de amplia libertad y autonomía para definir su organización. Son pocos los países que norman aspectos de la estructura interna de los partidos, y los que lo hacen se refieren fundamentalmente a la obligatoriedad de contar con algunos órganos como las asambleas nacionales y las departamentales.
- 8. Existe una clara tendencia a implantar el uso de mecanismos de selección democrática dentro de los partidos políticos, en particular, en la designación de sus candidatos a cargos de elección popular. Este tema hoy se encuentra regulado en 13 de los 18 países estudiados, y ha significado un progreso en la utilización de elecciones internas (abiertas o cerradas) en la región, así como en la regulación de estos mecanismos. Esto se da en menor medida en relación con la elección de autoridades internas de los partidos.
- 9. La mayoría de los países de la región (11) ha mostrado avances en la regulación sobre la participación política de la mujer. Este progreso se observa no sólo en la asignación de "cuotas" para la participación femenina en los listados de candidatos de los partidos políticos, sino también en el establecimiento de sanciones ante su incumplimiento. No obstante el progreso alcanzado, todavía hay siete países que no contemplan normas de discriminación positiva con criterio de género.
- 10. Sin embargo, otros sectores de la población, como los indígenas y la juventud, se encuentran prácticamente al margen de la regulación jurídica de los partidos políticos.
- 11. Es clara la relevancia que para el legislador ha tenido el tema de la financiación de la política en los últimos años. Por su impacto en el desarrollo y fortalecimiento del sistema de partidos, en la equidad de la competencia política y en la potenciación del papel de los votantes, el tema del financiamiento destaca como el que ha sido objeto de mayores y continuas reformas en los últimos años, prácticamente en todos los países latinoamericanos. Este proceso regulador ha producido una región con un componente de financiamiento público en 17 de los 18 países; abundantes prohibiciones a los aportes privados, por monto y por origen; órganos de control que paulatinamente asumen más funciones fiscalizadoras y condenatorias, y un endurecimiento del régimen de sanciones. Sin embargo, y pese a estos avances, falta mucho por recorrer en esta materia.
- 12. Asimismo, se ha hecho una serie de reformas tendientes a favorecer el acceso de los partidos a los medios de comunicación en procura de la equidad en la contienda.
- 13. La legislación latinoamericana es permisiva sobre las coaliciones o alianzas de partidos, y con las fusiones. El único país que no ha normado al respecto es Uruguay.
- 14. En todos los casos existe un órgano especializado encargado de la supervisión y el control de la legalidad de los actos de los partidos políticos. Este es el órgano electoral, cuyo ámbito de acción incluye todos los aspectos del funcionamiento de los partidos, que van desde su inscripción hasta su cancelación, en los casos en que ello proceda.
- 15. Uno de los problemas que afectan a los partidos políticos de la región y sobre el que no hay regulación, a excepción de Bolivia y Ecuador, es el tema del transfuguismo, cuyo estudio y regulación jurídica es una de las tareas prioritarias pendientes.

#### 6. Conclusiones

Todo lo hasta aquí analizado sobre la regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina, arroja nueve conclusiones principales:

1. Actualmente en América Latina todos los países regulan el funcionamiento de los partidos políticos. En los últimos años se han logrado avances importantes en la materia, al regularse prácticamente todos los aspectos principales de la vida jurídica de estas

organizaciones. Si bien hay diferencias en el grado de regulación entre los distintos países de la región, es evidente el auge y la importancia que va adquiriendo lo relacionado con estas organizaciones, tanto en la vida política como en la vida jurídica de los Estados.

- 2. El proceso de regulación jurídica y constitucionalización de los partidos en América Latina se dio, al igual que en el resto del mundo, de manera paulatina. Las primeras constituciones sólo recogieron el derecho político de elegir y ser electo para los ciudadanos. Posteriormente, en el siglo XIX, y sobre todo en el XX, tuvo lugar un movimiento continuado que legalizó la actividad partidaria, incluida su regulación constitucional. A partir de ese momento se inició en la región un frondoso proceso de regulación de los partidos, que se intensificó a partir de la llegada de la Tercera Ola Democrática en 1978.
- 3. Esta evolución entraña, empero, una paradoja: si bien el inicio de la Tercera Ola vino acompañado de un resurgir de los partidos políticos y de un incremento de la regulación y la consolidación del proceso de su constitucionalización, su legitimidad y credibilidad fue decreciendo. En efecto, la pérdida del monopolio y de la legitimidad de los partidos políticos ha coincidido con el aumento de su regulación y, en algunos países, con una clara intervención del Estado en su vida interna.
- 4. No obstante los avances registrados hasta la fecha, aún quedan aspectos por mejorar y vacíos que llenar. Es fácil observar que, mientras ciertos temas se han tratado adecuadamente: financiamiento, órganos de control; otros, en cambio, cuentan con una regulación escasa, o carecen de ella: estructura interna de los partidos, candidaturas independientes, participación de pueblos indígenas y sectores juveniles, afiliación a organizaciones internacionales, transfuguismo, entre otros asuntos.
- 5. La regulación jurídica de los partidos políticos es un tema complejo y en continua evolución, cuyo perfeccionamiento se alcanza por aproximaciones sucesivas más que por amplias y muy ambiciosas iniciativas de reforma. Se trata de un asunto fundamental para el ordenamiento de los partidos políticos, su funcionamiento y, por ende, para la calidad y buena marcha de la democracia.
- 6. La regulación de los partidos políticos debe ser vista como parte integral de la reforma político-electoral en su conjunto debido a la estrecha relación e interdependencia que esta materia tiene con el sistema electoral y con el régimen de gobierno.
- 7. Esto quiere decir, a su vez, que toda reforma en materia de regulación jurídica de partidos políticos no debe ser realizada de manera general, sino en función de un país, un momento y una situación determinada (institucionalismo contextualizado).
- 8. El objetivo principal de toda regulación jurídica de los partidos políticos (sin perjuicio de los específicos que puedan existir para cada país determinado), debe ser el mejoramiento de la representación, la gobernabilidad y el fortalecimiento del régimen democrático; todo lo cual supone, como requisito *sine qua non*, la existencia de un sistema de partidos debidamente institucionalizado.
- 9. Un buen marco jurídico no es una bala de plata, pero, sin lugar a dudas, ayuda (y viceversa, su ausencia complica). Sin embargo, hay que poner énfasis en la importancia de que exista plena coincidencia entre las normas y las buenas prácticas (vigencia real y no meramente formal) y, en este tema, las élites políticas tienen una cuota de responsabilidad muy importante.

#### 7. Un comentario final

En la actualidad constatamos la existencia de un intenso y profuso debate en torno a los partidos políticos. La doctrina no es pacífica sobre esta cuestión. Hay opiniones para todos los gustos. Desde los optimistas que consideran que es posible, mediante reingeniería política, reformas jurídicas y cambio en el comportamiento de las élites, mejorar su performance y fortalecer sus niveles de legitimidad, hasta los escépticos.

Así, por ejemplo, Linz al referirse a los problemas y las paradojas de los partidos en las democracias contemporáneas, duda acerca de la posibilidad de que la imagen de los políticos y

de los partidos pueda ser mejorada sustancialmente. Este autor, sintetizando las principales y ambivalentes actitudes de las sociedades latinoamericanas en torno a los partidos, los describe como necesarios pero no creíbles, particularistas e idénticos a la vez, interesados en opiniones o en votos, representativos de intereses o de "intereses especiales" y corruptos. Una vez que proclama su escepticismo en el sentido de que algunos de los problemas con respecto a los partidos políticos son prácticamente inherentes a su naturaleza y, por lo tanto, difícil, si no imposible, de corregir mediante ingeniería institucional, aboga por la necesidad de ampliar el foco de investigación "para así entender mejor el trabajo de los partidos políticos y las imágenes que los ciudadanos tienen de éstos y de los políticos".

Pero más allá de si uno es optimista o escéptico en relación con el cambio de los partidos políticos, lo cierto es que la experiencia comparada de América Latina evidencia que para lograr la consolidación de la democracia, el crecimiento económico y el desarrollo, importa, y mucho, la calidad de las instituciones y de la política. Y no es posible tener instituciones y política de mejor calidad si no fortalecemos, democratizamos, profesionalizamos e institucionalizamos a los partidos políticos.

Este fortalecimiento, profesionalización e institucionalización de los partidos políticos es, asimismo, de capital importancia para la contención del populismo. Como sostiene Navia, "los países donde existen formaciones partidarias estables y fuertes tienen menos riesgos de experimentar fenómenos populistas"; sin embargo, "para lograr que los partidos políticos se constituyan en remedios efectivos contra el populismo no podemos simplemente contentarnos con la existencia de sistemas de partidos estables. Además, estos sistemas tienen que ser dinámicos y responsables. De lo contrario no lograrán evitar la aparición del populismo".

Por ello, en mi opinión, y siguiendo en este punto a Lipset, nada contribuye tanto a la credibilidad y a la consolidación de la democracia como el prestigio y la institucionalización de un sistema de partidos; y a la inversa, nada erosiona más la vida democrática como el desprestigio y la parálisis de los partidos y su incapacidad para ofrecer respuestas eficaces a las demandas de la ciudadanía.

Esta importancia de las instituciones políticas, de la calidad de los liderazgos para la salud de la democracia es ampliamente compartida por los propios líderes políticos tal como consta en el Informe del PNUD sobre la democracia en América Latina. Hay una fuerte autocrítica de parte de la clase política latinoamericana sobre la crisis que atraviesan los partidos políticos, así como un consenso bastante generalizado de que las soluciones a los problemas de la democracia hay que encontrarlas dentro de la democracia y dentro de la política. Por ello, la reforma política es vista por el 45% de los entrevistados (primer lugar) como el principal instrumento para dar respuesta a los problemas que aquejan a la democracia.

Pero cuidado con poner demasiadas expectativas en las instituciones. Hay que evitar caer en el simplismo monocausal tan común en América Latina de responsabilizar demasiado a las instituciones o esperar mucho de ellas. Hay que poner atención a otros dos factores: la calidad de los liderazgos y la cultura política. Desde luego, los contextos culturales y los liderazgos no sólo cuentan en el momento de diseñar las instituciones, sino también en su manejo y funcionamiento. En otras palabras, hay que establecer un balance entre líderes políticos efectivos e instituciones fuertes, capaces de poder dar respuestas a las demandas de la sociedad.

De ahí que al ir finalizando mi exposición me gustaría retomar las preguntas que Duverger se hiciera hace ya más de cuatro décadas y que siguen teniendo plena actualidad: "¿Sería más satisfactorio un régimen sin partidos? He ahí la verdadera cuestión. ¿Estaría mejor representada la opinión si los candidatos se enfrentaran individualmente a los electores sin que éstos pudieran conocer realmente las tendencias de aquellos? ¿Estaría mejor preservada la libertad si el gobierno no encontrara ante sí más que individuos aislados, no coligados en formaciones políticas?".

En mi opinión, la respuesta es un no rotundo, tal como claramente surge de la experiencia latinoamericana del último cuarto de siglo.

Pero como hemos venido advirtiendo a lo largo de nuestra conferencia, tener buenos partidos políticos es importante pero no suficiente, también es imprescindible y fundamental

tener buenos líderes políticos, gente con "vocación política" en el sentido weberiano del término. Como nos recordara el ilustre profesor de Heidelberg, durante el invierno revolucionario de 1919, en su célebre conferencia intitulada "La política como vocación" (...) "la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción no son términos absolutamente opuestos, sino elementos complementarios que han de concurrir para formar al hombre auténtico, al hombre que puede tener 'vocación política'".

Y finalizaba su brillante conferencia con estas palabras: "La política consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y mesura. Es completamente cierto, y así lo prueba la historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez. Pero para ser capaz de hacer esto no sólo hay que ser un caudillo, sino también un héroe en el sentido sencillo de la palabra. Incluso aquellos que no son ni uno ni lo otro han de armarse desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de todas las esperanzas, si no quieren resultar incapaces de realizar incluso lo que hoy es posible. Sólo quien está seguro de no quebrarse cuando, desde su punto de vista, el mundo se muestra demasiado estúpido o demasiado abyecto para lo que él le ofrece; sólo quien frente a todo es capaz de responder con un 'sin embargo'; sólo un hombre construido de esta forma tiene 'vocación' para la política'". Entendiendo por política, eso sí, el concepto expuesto por Ortega y Gasset en su obra Mirabeau o el político: "política es tener una idea clara de lo que se debe hacer desde el Estado en una nación".

En suma, hay que reformar las instituciones y las reglas, hay que crear ciudadanía, hay que fortalecer la cultura política, pero también hay que ayudar a cambiar, y para bien, a la clase política. La sostenibilidad de la democracia, su profundización y consolidación demandan el fortalecimiento e institucionalización de los partidos políticos, no su extinción. Los problemas de la democracia se solucionan con mejores partidos no con *outsiders*, con política de mejor calidad, no con antipolítica. De ahí la importancia de recuperar la credibilidad en la política, de mejorar su calidad, de hacerla más transparente, de volverla más eficaz, de acercarla a la ética, pero, sobre todas las cosas, de reconectarla con la gente. Hay que poner fin, y de manera urgente, a este proceso perverso y absurdo de una política vaciada de sociedad y de una sociedad vaciada de política.

Muchas gracias.

#### **NOTAS**

Discurso de recepción como académico correspondiente en Costa Rica, pronunciado el 13 de agosto de 2006, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

## ABORTO Y CONSTITUCIÓN NACIONAL Necesidad de modificar el Código Penal argentino

por Florentino V. Izquierdo

**SUMARIO:** 1. Agradecimiento. 2. Referencia al tema elegido. 3. Reinstalación del tema en el ámbito nacional. 4. Mi enfoque. 5. Los tratados internacionales y el Código Penal argentino. Prevalencia. 6. Aborto, Constitución Nacional y Código Penal argentino. 7. Opiniones doctrinarias. 8. ¿Por qué esta disparidad de criterios? 9. Conclusiones. 10. Una limitación: el efecto no querido.

### 1. Agradecimiento

Hacia fines del año 2005, la Academia, a través de su presidente, doctor Olsen Antonio Ghirardi, me invitó a exponer un tema en una de sus sesiones ordinarias del año siguiente. El hecho, de por sí, significó recibir una especial distinción.

Pero si tenemos en cuenta que esas exposiciones están a cargo de académicos de número, dada mi condición de académico correspondiente, la distinción adquiere mayor magnitud.

Y si reparamos que aquel proyecto original tenía como ámbito *una de sus sesiones* ordinarias y hoy se concreta en una sesión pública, la distinción alcanza *un grado superlativo*.

Finalmente, debo señalar que a éste ya tan trascendente escenario, hoy se le agrega un cuarto componente: En este ámbito, confluyen la Academia, que detenta la condición de generadora y custodia de la excelencia jurídica nacional -con su trascendencia al mundo- y la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba, que constituye el máximo organismo de la abogacía cordobesa organizada.

Por todo ello, sólo puedo decir: Muchas gracias.

#### 2. Referencia al tema elegido

Cuando, a mediados de noviembre del año pasado informé al doctor Ghirardi el título de mi intervención, su temática no había alcanzado el grado de *exposición pública* que tiene en nuestros días.

Si bien es cierto que *el aborto* siempre ha sido un tema que ha concitado el interés general, su consideración discurría en un ámbito principalmente doctrinario, activado *-de tanto en tanto-*por la puesta en la escena nacional de iniciativas tendientes a su despenalización.

Hoy, los abortos practicados a dos jóvenes discapacitadas de Guernica y de Mendoza han transformado el aborto en una cuestión de plena actualidad.

#### 3. Reinstalación del tema en el ámbito nacional

Los casos de esas dos jóvenes *han reinstalado* el tema del *aborto* en la opinión pública nacional.

¿Cuál es el encuadre que predomina?

a) Mayoritariamente, se considera que la pirámide kelseniana -referida al orden de

*prioridades de normas*- comienza *y se agota* en el art. 86, 2º párrafo, incs. 1 y 2, del Código Penal argentino, que determina que "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- "1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios";
- "2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".
- b) Sobre el *aborto*, nuestro Código fija un *principio general* en su art. 85, que lo encuadra en el Capítulo de Delitos contra la vida. El art. 86, en su encabezamiento, mantiene ese carácter, pero el resto del artículo *-conforme a lo que acabo de transcribir-* consagra dos casos de aborto que, practicado en determinadas condiciones, *no es punible*.
- c) Volvamos a la *versión* de la pirámide de Kelsen "*retratada*" en el inciso a) de este punto. En ese encuadre, coincidieron:
  - El ministro de Salud de la Nación.
  - Los tribunales superiores de Buenos Aires y de Mendoza
  - La inmensa mayoría de los operadores mediáticos.
  - La opinión pública (lega).
  - Y un buen número de juristas.

## 4. Mi enfoque

Comienzo aclarando que en el análisis del tema me voy a circunscribir al ordenamiento legal argentino.

Sobre esa base, me pregunto:

- ¿El principio contenido en el art. 86, 2º párrafo, incisos 1 y 2 del Código Penal es realmente la principal norma jurídica a la que debemos recurrir para definir el tema?
- Respondo sí, si pienso en el estado de la legislación penal argentina antes de la reforma constitucional del año 1994. No obstante, dudo. Una norma de derecho positivo no debiera prevalecer sobre una norma de derecho natural, como es el *derecho a la vida*. Ello así, exista o no exista esa norma de derecho positivo que reconozca expresamente el *derecho a la vida*. En el catálogo de los derechos humanos, el *derecho a la vida* ocupa el primer lugar. Es tan importante que sin él, el ser humano no tiene acceso a ninguno de sus otros derechos.
- Respondo **sí,** si retrotraigo el estado de la legislación penal argentina al 21 de octubre de 1990 (*o mejor*, 8 días después -art. 2° C.C.). Ese día es la víspera de la publicación en el Boletín Oficial de la ley 23.849, que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dada en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989.
- Pero a partir del 30 de octubre de 1990, el art. 86, 2º párrafo, incs. 1 y 2 C.P. ha dejado de ser la norma número *uno* en esta materia.
- En última instancia, ese orden prioritario ha desaparecido definitivamente desde el 11 de enero de 1995 ("día siguiente" de la inclusión en el Boletín Oficial de la ley 24.430, que ordena la publicación del texto oficial de nuestra Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994).

Desde entonces, *rige un nuevo orden jerárquico de normas regulatorias del aborto.* ¿Cómo se estructura ese orden?

Antes de la reforma de 1994:

El art. 31 decía (*y dice*) que "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras *son la ley suprema de la Nación* [...]".

Ese artículo establecía el siguiente orden jerárquico de normas:

- 1°) La Constitución Nacional;
- 2°) Las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso;
- 3°) Los tratados con las potencias extranjeras.

Después de la reforma de 1994:

Cabe preguntarnos si aquel orden inicial sigue en vigencia.

Mi respuesta es: absolutamente **no**. Ha sido modificado a partir de la reforma del año 1994, por el inc. 22, del artículo 75.

Esta norma ha consagrado el siguiente nuevo orden jerárquico.

- 1°) La Constitución Nacional;
- 2°) Los tratados y concordatos aprobados por el Congreso;
- 3°) Las leyes del Congreso ("los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes").

Conclusión: La primera norma ordenatoria ya no es el art. 31 sino que ha pasado a serlo el art. 75 inc. 22.

Sustentan mi posición estos fundamentos:

1°) Organo competente: el Congreso:

Ese art. 75 establece las materias de competencia del Congreso Nacional ("Corresponde al Congreso: [...]" -dice y las enumera en 32 incisos-).

#### 2°) La referencia específica al tema:

En el inc. 22 enumera la competencia del Congreso sobre el tema que estamos tratando, y lo hace con el siguiente texto: "... [22] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede".

3°) Orden jerárquico entre los tratados/concordatos, y las leyes:

Seguidamente establece el orden jerárquico entre estas tres clases de normas, fijando que "Los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

Sostengo que esa prevalencia está referida a *todos los tratados* y no sólo a los diez que enumera el artículo <sup>1</sup>.

- 4°) Orden jerárquico entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales:
- a) El inciso continúa enmarcando los tratados internacionales y los concordatos en el contexto de la Constitución, estableciendo que "en las condiciones de su vigencia:
  - tienen jerarquía constitucional;
  - no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y,
  - deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".
- b) Me aparto por un momento del tema para sentar una observación: *Nuestra Constitución Nacional es la única en el mundo que ha incorporado a su texto los tratados internacionales*. De esa forma, ha globalizado el derecho constitucional.

Esta característica trae diversas consecuencias, cuya enumeración y tratamiento no me corresponde hacer en este trabajo. Sólo me detengo en una: La Argentina no puede denunciar los tratados constitucionalizados en la forma en que pueden hacerlo los otros Estados firmantes.

¿Cómo debe proceder? La solución está establecida expresamente en la misma Constitución: Esos tratados: "Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

c) Precedentemente, he indicado que nuestra Constitución establece que los tratados internacionales, "en las condiciones de su vigencia: "[...] no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución [...]".

¿Es cierto? No.

Doy mis fundamentos:

c.1) El texto del art. 30 comienza así: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes".

Enseguida establece dos condiciones:

La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros, pero

- no se efectuará sino por una convención convocada al efecto".

El art. 75 inc. 22, viola esta norma constitucional, cuando en su último apartado fija las condiciones para incorporar en el listado, *inicialmente de diez*, a otros tratados sobre derechos humanos. Lo hace en los siguientes términos: "[...] Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

El texto del art. 30 aparece contradicho por el art. 75 inc. 22. ¿Cuál prevalece? Entiendo que este último.

#### 5. Los tratados internacionales y el Código Penal argentino. Prevalencia

Comienzo sosteniendo que la naturaleza jurídica del Código Penal es ser una ley.

Mis fundamentos son los siguientes:

- En la nomenclatura del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, nuestro Código Penal es una ley.
- Ergo: Los tratados internacionales -por mandato constitucional- tienen jerarquía superior a nuestro Código Penal.

## 6. Aborto, Constitución Nacional y Código Penal argentino

Inicio el tratamiento de este tema volviendo a un dato dado al comienzo: **Desde el 11 de enero de 1995** ("día siguiente" de la inclusión en el Boletín Oficial de la ley 24.430, que ordena la publicación del texto oficial de nuestra Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1994) el contenido de los tratados internacionales prevalece sobre el contenido del art. 86, 2° párrafo, incisos 1 y 2 del Código Penal argentino.

La consecuencia de esta realidad es que en la legislación argentina ha quedado tácitamente derogada dicha *impunibilidad*.

Los fundamentos de esta afirmación son los siguientes:

¿Qué normas han sustituido esas excepciones establecidas en el Código Penal?

- a) El contenido del segundo párrafo del art. 86 ha sido modificado tácitamente por la Convención sobre los Derechos del Niño <sup>2</sup>.
  - b) ¿Qué establece esa convención constitucionalizada? Transcribo sus artículos pertinentes:
- Art. 1º de la Convención: "Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".
- Art. 2° de la ley 23.849: Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y *declaraciones* <sup>3</sup>:

"Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

- Art. 2º de la Convención:
- 1. "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
- 2. "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".
- Art. 6° de la Convención:
  - 1. "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida".
- 2. "Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".
- c) Mi criterio está sustentado también en las siguientes normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *-llamada Pacto de San José de Costa Rica-*<sup>4</sup>:
  - Art. 4º de la Convención: Derecho a la vida
- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, *a partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
- 2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
  - 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
- 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
- 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, *ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez*.
- 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

- d) Igualmente, mi posición está sustentada en los siguientes artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo <sup>5</sup>:
  - Art. 6° del Pacto:
- 1. "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

[...]

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, *ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez*.

[...]".

## 7. Opiniones doctrinarias

a) Cabe tener presente que un buen número de autores argentinos -y también extranjeros-especialmente en el curso del corriente año, han opinado sobre el tema del aborto.

Por la naturaleza de esta exposición, debo omitir un tratamiento pormenorizado de los trabajos publicados <sup>6</sup>, limitándome a desarrollar solamente dos, para terminar con la mención de uno de los casos paradigmáticos, el que a su vez constituye una gigantesca muestra del relativismo y del subjetivismo, con los que, muchas veces, las personas adoptan posiciones y se pronuncian en un tema tan delicado como el del aborto.

- b) El primer trabajo elegido pertenece a Alfredo M. Vítolo, y la razón de la elección reside en el hecho de que éste es uno de los autores nacionales que se enrola con absoluta claridad en la corriente que sostiene que la reforma constitucional de 1994 ha consagrado la defensa de la vida del *nasciturus*. El autor así lo declara a partir del título de su trabajo doctrinario, al afirmar que *Despenalizar el aborto es inconstitucional* <sup>7</sup>.
- b.1) Vítolo sostiene que "En la República Argentina, guste o no, el carácter de persona del feto se encuentra expresamente reconocido por normas de jerarquía constitucional".
- b.2) Además, distingue entre ese derecho a la vida de la persona por nacer, por un lado, y las consecuencias de los abortos ilegales, por el otro, porque entiende -y con razón- que son situaciones que corren por carriles distintos. El autor, en otras palabras, nos está diciendo: "¡No mezclemos lo que no está mezclado!".
- b.3) Al respecto, afirma que "No desconocemos las graves consecuencias que los abortos ilegales practicados por personas no formadas y en condiciones de bioseguridad deficientes hoy presentan en nuestro país y en el mundo entero, pero aun cuando dichas consecuencias se solucionarían con la despenalización del aborto, y la posibilidad de acceso a clínicas 'seguras', ello no justificaría el condenar a la muerte (de eso se trata) a los fetos-persona".
- b.4) Para Vítolo, la intangibilidad del derecho a la vida de la persona por nacer tiene su argumento sustancial en la Convención sobre los Derechos del Niño y, muy especialmente, en la ley 23.849 <sup>8</sup>, que aprueba esa Convención. En este punto, el autor nos recuerda que "siguiendo la solicitud formulada por el Poder Ejecutivo a fin de defender la vida de la persona por nacer y ante la falta de claridad del texto de la Convención, el Congreso instruyó a que el Poder Ejecutivo realizara en el acto de ratificación una "declaración interpretativa" indicando que "Con relación al art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".
- b.5) Tras haber dicho que la ley 23.849 tenía, inicialmente, "jerarquía infraconstitucional" -claro, hasta que adquirió esa jerarquía con la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22)- sostiene que "Dicha declaración obliga entonces a la República Argentina, en virtud de lo estipulado por los arts. 2° y 6° de la Convención, a respetar y asegurar la aplicación de los derechos reconocidos en la misma a las personas por nacer y, en particular, a reconocer su

#### "derecho intrínseco a la vida".

- b.6) Vítolo no se queda en esos conceptos, sino que también profundiza la validez de la cláusula interpretativa, sosteniendo que "En derecho internacional, una declaración interpretativa no es sino 'una manifestación unilateral' -cualquiera sea la forma en que sea enunciada o denominada- realizada por un Estado o por una organización internacional, por la cual dicho Estado u organización intenta precisar o clarificar el sentido o alcance atribuido por el declarante a un tratado o a alguna de sus cláusulas".
- b.7) Aferrado a su intención de hacer docencia, también nos aclara que "Este mecanismo es comúnmente utilizado por los Estados al obligarse internacionalmente, y se diferencia hoy en día de las reservas, en que mientras éstas persiguen excluir o modificar los efectos legales de ciertas cláusulas del tratado en su aplicación al autor de la reserva, las declaraciones interpretativas tienen por objeto interpretar el tratado, sea en su totalidad, sea en alguna de sus cláusulas, sin procurar modificar el mismo, sino solamente clarificar el sentido que el Estado o la organización internacional atribuyen al tratado o a sus cláusulas. Como expresa la Comisión, 'para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional en relación con un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, debe interpretarse el planteo de buena fe y de conformidad con el sentido ordinario de los términos a la luz del tratado al cual la misma se refiere. Se tendrá particular consideración a la intención del Estado o de la organización internacional correspondiente al momento de realizarse la misma".
- b.8. Y para cerrar la referencia a Vítolo -no ya al contenido del artículo, que es mucho más amplio y que merece ser leido íntegramente- transcribiré los dos siguientes párrafos del autor:
- "Cabe destacar que la declaración interpretativa efectuada por la República Argentina, más allá de que por naturaleza no requería para su validez la aceptación por los restantes Estados, no fue objetada por ninguno de los Estados Parte de la Convención, e integra, para nuestro país, el tratado mismo.
- "Contribuye a esta interpretación lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que señala que, a fin de interpretar un tratado internacional, se deberá tener en cuenta como integrando el contexto del mismo 'todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado', y que si tal fuera la intención de las partes, 'se dará a un término un sentido especial'. Por ello, no cabe duda alguna que, para la República Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga internacionalmente a ésta a respetar la vida desde la concepción'".
- c) El otro trabajo al que me referiré pertenece a Daniel P. Carrera. Se tituló "Don Nadie", su vida y su muerte mediante aborto. El autor nos dice que "hasta donde conozco, la descripción más irónica de los procreadores es la de Giovanni Papini quien, en los comienzos del siglo XX, colocó en el centro de la escena a 'Don Nadie' (el feto) y le hizo describir su oscura y triste existencia, que transcurría sin merecer la más mínima consideración de parte de los responsables de haber sido concebido, quienes no reparaban en que la convivencia no era más entre dos personas sino entre tres, o sea que ignoraban o se desentendían de la existencia de ese 'otro'. De allí el nombre de 'Don Nadie'.

"Ironías aparte, lo cierto es que el gran problema de la sociedad humana ha sido y seguirá siendo fijar cuándo comienza la existencia de las personas. En el país, a ese respecto, se estableció que 'son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno' (art. 63. C.C.)".

"Posteriormente, la reforma constitucional de 1994, mediante las disposiciones que incorpora, como la del inc. 1 del art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, trajo la protección de la vida humana 'a partir del momento de la concepción', sin referirla ya al 'seno materno', pues reparó en la maternidad extracorpórea, pero por el inc. 5 del mismo artículo prescribió que no se impondrá pena de muerte 'a mujeres en estado de gravidez'. Casi parigual protección de jerarquía (art. 75, inc. 22, párr. 2º C.N.) acuerda al nascituro el art. 6º,

incs. 1 y 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1°, 2° y 6° y más concretamente el art. 2°, párr. 3, de la ley 23.849 (B.O., 22/10/90) que aprueba la Convención".

d) El caso al que he calificado como *paradigmático* es el de Norma McCorvey, al que se refiere Telépolis <sup>10</sup>.

MacCorvey fue quien en 1973 "promovió ante la Suprema Corte de Justicia el caso que legalizó el aborto en Estados Unidos, en la causa 'Roe vs. Wade'. Era la actora, quien figuró con el seudónimo de "Jane Roe".

Hace más de tres años sostuvo que "el dictamen ya no es justo porque en los últimos treinta años han sido descubiertas evidencias científicas que demuestran efectos negativos del aborto", agregando que esas nuevas evidencias "han demostrado que el aborto lesione a las mujeres. Interpuso la moción ese martes ante la Corte Federal de Dallas que dictaminó la legalización del aborto en Texas antes que la Corte Suprema emitiera el fallo con jurisdicción para todo el país".

Telépolis continúa diciendo que "En rueda de prensa, rodeada de unos 60 mujeres que alguna vez se sometieron a un aborto y que ahora se arrepienten de ello, McCorvey dijo sentirse aliviada por la decisión de buscar de revertir la legalización del aborto. 'Siento como si el peso del mundo acaba de ser levantado de mis hombros', indicó la mujer de 55 años de edad. A principio de los 70, McCorvey era una convencida proabortista cuando demandó a través de las cortes su derecho a decidir por sí misma la terminación de un embarazo. El caso concluyó con la histórica decisión de la legalización del aborto. Sin embargo, McCorvey experimentó hace unos 10 años una conversión al acogerse a la fe católica y arrepentirse de su participación en la decisión judicial. En la moción, McCorvey y su abogado Allen Parker solicitan a la Corte el revisar más de cinco mil páginas de evidencias, incluyendo en ellas los testimonios de cientos de mujeres que se arrepienten de haberse sometido a un aborto". La nota concluye con una afirmación del abogado Parker, quien dijo: "Creo que las nuevas evidencias mostrarán a la Corte que lo que se pensó que era bueno resultó ser un instrumento malo", y como cierre de su intervención "aseguró no recordar ningún otro caso histórico en el que uno de los demandantes solicita a las cortes que se revierta".

Por su parte, Pedro Rodríguez <sup>11</sup> amplió detalles sobre el caso, señalando que McCorvey "[...] tenía veintiún años. Divorciada, con dos hijos que no podía criar y embarazada, la mujer solicitó un aborto pero la legislación estatal prohibía estos procedimientos, con la única excepción de documentado peligro para la vida de la madre. Aunque recibió varias ofertas para abortar en forma ilegal, Norma McCorvey decidió terminar su embarazo y entregar a su tercera hija inmediatamente en adopción. En estas circunstancias conoció a dos recientes graduadas en derecho por la Universidad de Texas: Sarah Weddinthon y Linda Coffee. Juntas decidieron llevar el caso a los tribunales".

Rodríguez sostiene que "McCorvey mantuvo el secreto de su identidad hasta 1980, época en la que empezó a convertirse en una especie de ícono para las feministas. Su fama vino acompañada con revelaciones de problemas con el alcohol y las drogas, y una cierta inclinación 'gay'. Período que terminaría en el verano de 1995, cuando 'Jane Roe' fue bautizada como 'cristiana renacida' por el reverendo Phillip Benham, líder de la 'operación rescate'. Inmediatamente, la mujer abandonó su puesto como directora de marketing de una clínica de planificación familiar de Dallas para empezar a declarar a los cuatro vientos su profundo arrepentimiento por haber ayudado a legalizar el aborto en Estados Unidos. Para los grupos defensores del aborto, el gran peligro no es la 'reconversión' de Norma McCorvey sino los continuados esfuerzos de la derecha más conservadora, empeñada en criminalizar el derecho fundamental de toda mujer a decidir".

La nueva gestión de McCorvey, está acompañada -nos dice el corresponsal de ABC- "por 4.500 páginas de evidencias y centenares de testimonios de mujeres que abortaron y ahora lo lamentan" <sup>12</sup>.

Pocas veces, en tan breves párrafos aparece reflejada la situación que desarrollo en el capítulo siguiente, en el que la *razón* (en la que se funda el derecho a la vida del nasciturus) es abatida por principios sofísticos, como son el relativismo y el subjetivismo.

Repárese que en el tiempo en el que Norma McCorvey, con el pseudónimo de Jane Roe entró en la historia por haber cambiado la regulación del aborto en los Estados Unidos, ocupando las páginas de todos los diarios del mundo y promoviendo corrientes jurídico-doctrinarias (a favor o en contra del aborto) y modificaciones de la legislación sobre el aborto en muchos otros países, era una mujer de vida desordenada, que a los veintiún años ya estaba divorciada, carecía de medios económicos para mantener a sus dos hijos, se encontraba embarazada, recibía propuestas para que abortara en forma ilegal y, cuando ya había decidido tener a su hija y darla en adopción, se le presentaron dos flamantes abogadas que la convencieron para que cambiara de idea, y planteara la inconstitucionalidad de la legislación restrictiva del aborto. Además, conduciendo el proceso, lograron modificar la regulación del aborto en Estados Unidos. Cuando siete años después de haber abortado, ya convertida en dirigente feminista, se presentó con su verdadero nombre, sumaba problemas de drogas y alcohol e inclinación "gay". Y en lo económico, ya no era aquella mujer sin recursos suficientes para mantener a sus hijos porque, como suele ocurrir, una clínica de planificación familiar, la había designado directora de marketing.

En 1995 -veintidós años después de haber abortado (en lo personal) y de haber cambiado la historia del aborto en Estados Unidos y en el mundo (en lo general), le llega el arrepentimiento por su conducta y decisión pasadas, y vuelve a los tribunales -esta vez a los de Dallas- porque, al decir de Rodríguez, necesita satisfacer un nuevo deseo, que sintetiza en esta frase: "Solamente aspiro a ver el día en que se haga justicia y la carga de todas esas muertes de bebés no recaiga sobre mis hombros".

Ni aun ante la confesión pública del error cometido y del arrepentimiento de McCorvey, los grupos abortistas detienen su accionar sino que machacan insistiendo en dos de sus grandes errores: Quienes se oponen al aborto, lejos de ser simplemente defensores de la razón (la vida del nasciturus), son "la derecha más conservadora, empeñada en incriminar el derecho fundamental de toda mujer a decidir sobre su cuerpo". Esta actitud constituye un ejemplo palmario de relativismo y subjetivismo.

Lamentablemente, esta situación vivida por McCorvey, y sus connotaciones, no es única, sino que se repite con una frecuencia tan grande e inadvertida, que tal vez constituya una tendencia mayoritaria, que regula artificialmente la vida de relación. En ella, repito, *la razón* aparece desdibujada por los sofismas del *relativismo y del subjetivismo*.

### 8. ¿Por qué esta disparidad de criterios?

Frente a esta realidad, me formulo la pregunta que titula este capítulo: ¿Por qué esta disparidad de criterios sobre un mismo tema?

La controversia tiene menos explicación en la Argentina que en otros países, pues se trata de una cuestión que ha sido resuelta por voluntad del reformador constituyente de 1994, sobre la base de textos expresos, cuyo núcleo gira en torno al art. 75 inc. 22, y en los que tanto las palabras como el espíritu de cada una de esas normas concuerdan armoniosamente.

Y por añadidura, en este tiempo de la *globalización* (o de la *planetización*, o de la *mundialización* o de la *universalización*) nuestras confrontaciones nacionales se ven reflejadas también en el orden internacional.

Por ello, me reformulo la pregunta: ¿Qué le pasa al hombre de nuestros días que se siente facultado para considerar una determinada situación según el sentido que más convenga a sus intereses?

Los medios masivos de comunicación social -en especial la **televisión**- nos muestran a diario exposiciones influidas por un grado tal de dialéctica huera que, no obstante, pareciera ser la verdad absoluta, *la última palabra*.

Pero la verdad es que estamos a merced de los nuevos sofistas del siglo XXI.

Frente a esta realidad y para evitar equivocarnos, debemos aprender a distinguir entre el maestro de retórica y el instalador de sofismas (y sigo al Diccionario de la Lengua Española): Aquél, en la Grecia del siglo V a.C., enseñaba: "[...] el arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover" <sup>13</sup> y éste esgrime una "razón o argumento aparente con que se quiere defender o persuadir lo que es falso" <sup>14</sup>.

Ese sofista tiene como objetivo hacernos creer que lo que nos está diciendo es *la última palabra*.

Y, precisamente, para aprender a separar lo que es verdad de lo que es mentira, me voy a valer de *La última palabra*, obra de Thomas Nagel.

¿Qué nos dice Nagel?

"Un signo inquietante de nuestra época es la insistencia creciente de *relativistas* y subjetivistas en la negación de la universalidad de la razón. No se trata sólo de un estilo intelectual o de una muestra de elegancia teórica. Esta negación está al servicio de la táctica de desviar los argumentos y de despreciar las pretensiones de los demás. La expansión actual de este relativismo amenaza con paralizar la producción de un discurso público coherente".

"Thomas Nagel nos presenta una defensa bien fundamentada y consistente de la razón. En su análisis perspicaz y combativo refuta una tras otras las afirmaciones relativistas cerca el lenguaje, la lógica, la ciencia y la ética" <sup>15</sup>.

Nagel, en su obra, antepone la razón a las tendencias que pretenden negar la universalidad de aquélla. El no les llama sofismas. Sólo las enumera (*y no son dos sino cuatro*):

- El relativismo
- El subjetivismo
- El escepticismo
- El revisionismo

De la razón, nos dice que "puede servir como un tribunal de apelaciones no sólo contra las opiniones aceptadas y los hábitos de nuestra comunidad, sino también contra las peculiaridades de nuestra perspectiva personal. Es algo que cada persona puede encontrar en su interior, pero al mismo tiempo posee autoridad universal. La razón nos brinda, misteriosamente, una forma de distanciarnos de las opiniones comunes y las prácticas admitidas que no consiste en una mera elevación de la individualidad, es decir, no es una decisión de expresar nuestro ser idiosincrásico en lugar de seguir a los demás. Quienquiera que apele a la razón se propone descubrir una fuente de autoridad dentro de sí mismo, que no es simplemente personal o social, sino universal, y que debería también persuadir a otros que estén dispuestos a prestarle atención" <sup>16</sup>.

Para el **relativista**, "los principios no existen sino que las cosas son o no son según las circunstancias del momento y de la óptica de quien las analiza". Por ejemplo, en los recientes casos de aborto de dos mujeres con incapacidades, se privilegió el principio "del derecho de la mujer a disponer de su cuerpo" y "no el derecho a la vida del embrión", al que nuestra Constitución le otorga la condición de primer derecho humano, sin cuyo respeto ninguno de los demás derechos pueden existir. Para el **subjetivista**, las cosas son buenas o son malas en función de si le favorecen o si le perjudican. Por ejemplo: si mi vecino pasa un semáforo en rojo, hay que caerle con toda la fuerza de la ley, pero si el infractor he sido yo, siempre tengo a mano una excepción para liberarme de la multa. El **escepticista** privilegia la desconfianza o duda de la verdad o eficiencia de algo. Su actitud se traduce, por ejemplo, en el descreimiento de la labor del abogado o la desconfianza en la justicia de la sentencia del juez. Y el **revisionista** tiene tendencia a someter a revisión metódica doctrinas, interpretaciones o

prácticas establecidas, o la propia historia, con la pretensión de darles una nueva interpretación.

La temática de la razón, por un lado, y la de los cuatro sofismas que la atacan, por el otro, es tan actual que el propio Papa Benedicto (*cuando todavía era cardenal*), ha advertido al mundo de los peligros de lo que llamó "*una dictadura del relativismo*".

Frente a esta expresión, Angel López-Sidro López <sup>17</sup> se pregunta: "¿Puede ser dictatorial el relativismo?".

O, en otras palabras: "¿Cabe que una sociedad que abomina del dogma, que no acepta verdades absolutas ni explicaciones definitivas trate de imponer sus ideas a los demás?".

El jurista se responde, dando razón al cardenal, diciendo que "En sus consignas manipuladoras, la postura relativista se emparienta enseguida con actitudes tan positivas como tolerancia, apertura y libertad. Por consiguiente la persona que acepta tantas visiones del mundo como humanos existen -incluyendo los diferentes estados de ánimo o fases vitales por los que atraviesen en su devenir- a la fuerza constituirá un paradigma de convivencia, un individuo con el que será fácil llegar a acuerdos y que favorecerá un clima de paz y de amistad".

Y, sin embargo, "se nos alerta sobre una dictadura del relativismo". ¿Por qué?

"La razón principal es que el anterior juego de palabras es falso de raíz. El relativista no es más tolerante, ni el creyente se identifica con el fanatismo" <sup>18</sup>.

#### 9. Conclusiones

Ante la claridad de su texto, el art. 75 inc. 22 C.N. *-tácitamente-* ha consagrado la necesidad de ajustar la tipificación del aborto contenida en el Código Penal.

Por lo que considero:

Que es necesario modificar el Código Penal argentino para adaptar sus disposiciones a las de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994.

Que la reforma debe abarcar las siguientes modificaciones:

- 1°) En el art. 86: suprimir los siguientes párrafos <sup>19</sup>:
- "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:
- 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
- **Fundamentos:** Por el avance de la medicina, el llamado *aborto terapéutico* se ha quedado sin sostén. Hoy, las prácticas científicas salvan a la madre y al embrión. El peligro de morir en un parto tiene la misma entidad que el peligro de morir en una operación de hernia inguinal. Y nadie deja de operarse de una hernia por el potencial peligro de muerte.
- 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.
- Fundamentos: La excepción de la mujer idiota o demente, tampoco ya tiene razón de ser. En realidad, nunca lo tuvo, porque frente al derecho a la vida del embrión no se le oponía el mismo derecho de la mujer idiota. La vida de ésta no corría peligro. Con un agregado: Si los índices de embarazo como consecuencia de una violación son escasos, la suma del requisito de mujer *idiota o demente* conduce a la existencia de unos pocos casos prácticos, entre los que se cuentan los recientes de las provincias de Mendoza y de Buenos Aires.
- 2°) En el art. 84, primera parte: Incorporar la penalización del aborto culposo, sancionando a quien causare la muerte al *nasciturus*.
  - Fundamentos: Quien por imprudencia o negligencia cause el aborto del nasciturus está

cometiendo un cuasi delito contra una persona y, por lo tanto, como en todo delito culposo, debe ser incriminado.

Este delito ya está contemplado en el Código Penal español, de 1995, que en su art. 146, lo regula en los siguientes términos: "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Cuando el aborto fuere causado por imprudencia profesional, se impondrá asimismo pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto" <sup>20</sup>.

- 3°) En el Libro Segundo: De los delitos, Título 1: Delitos contra las personas, Capítulo 2: *Lesiones:* Incorporar el delito de lesiones culposas o dolosas *al nasciturus*.
- **Fundamentos:** Si quien, por culpa o dolo, produce lesiones en una persona ya nacida, comete delito, también debe incriminarse el hecho cuando el accionar del agente produce esa misma categoría de lesiones en el *nasciturus*.

Encontramos un antecedente de este delito también en el Código Penal español de 1995, cuyo art. 157 establece que "[...] el que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años [...]" <sup>21</sup>.

4º) **Nuevos delitos:** incorporar al Código Penal los delitos de: a) los contraceptivos de efecto abortivo (primario o residual) y b) la clonación humana.

También debe prohibirse el uso de *células madre* <sup>22</sup> *embrionarias* con fines terapéuticos, porque se están utilizando embriones de cinco días de vida, y se les extrae entre 20 y 30 células del total de 100 a 140 que tienen en ese lapso de vida. Esa extracción provoca la muerte del embrión.

Sí, en cambio, es lícita la utilización de *células madres adultas*, las que se obtienen del cordón umbilical, de la médula ósea y la placenta.

En el Código Penal, también debe tipificarse como delito la *clonación humana*.

Sobre el tema, la ONU, con fecha 18 de febrero de 2005, emitió una declaración -sin carácter vinculante- por la que se insta a los Estados a que "prohíban todas las formas de clonación contrarias a la dignidad humana y a la protección de la vida".

La resolución fue adoptada por 71 votos a favor, 35 en contra y 43 abstenciones. La Argentina acompañó con su voto a los que trataron de introducir enmiendas que permitan la clonación terapéutica y se abstuvo cuando se votó la Declaración <sup>23</sup>.

#### 10. Una limitación: el efecto no querido

Existe una situación en la que, como un efecto no querido, se produce la muerte del embrión sin que signifique delito de aborto: Es cuando, para salvar la vida de la madre, afectada por alguna grave enfermedad, la ingesta de los medicamentos necesarios para erradicar el mal o la intervención quirúrgica necesaria, ocasionan la muerte del feto.

En esa situación extrema, las decisiones de tomar medicamentos o la de llevar a cabo una operación que quita el tumor pero que también producen la muerte del feto no son punibles.

Este hecho se denomina "aborto indirecto". Concepción Morales y Adolfo J. Castañeda dicen que "Se trata del caso en que la vida de la madre embarazada corre un peligro inminente, y la situación es tal, que si el médico esperara a que el feto sea viable (momento a partir del cual puede vivir fuera del útero con la tecnología disponible), morirían tanto la madre como él, ya que antes que llegase el momento de la viabilidad se produciría la muerte de

la madre y el bebito moriría también". Los autores remarcan que esta eventualidad no es un aborto en el sentido verdadero de la palabra. Por lo tanto, no hay delito. Y agregan que "La situación también es tal que el médico tampoco tiene otra alternativa para salvar a los dos y si la hubiera, tendría que recurrir a ella. Entonces, el médico no tiene más remedio que intervenir, tratando siempre de salvar a ambos (al bebé no nacido y a su madre). Si en ese proceso el bebé muere como un efecto no directamente causado ni querido por el médico, entonces no hay por qué culpar a nadie. Se trata de un "aborto indirecto" 24.

Un dato de la realidad, en nuestros días, nos muestra que algunas madres, colocadas ante la alternativa de elegir entre la vida de ellas o la de su hijo en gestación, optan por la de éste. Tal los casos de Gianna Beretta Molla y de Rita Federizzi.

A Beretta Molla, al segundo mes del embarazo de su cuarto hijo se le detectó un fibroma, cuya extirpación provocaría la muerte del embrión. Optó por su hija, Gianna Emanuela, quien nació el 20 de abril de 1962, mientras que ocho días después moría la madre.

#### **NOTAS**

- \* Académico correspondiente en San Francisco, discurso pronunciado en sesión pública del 12 de septiembre de 2006, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- <sup>1</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.
- <sup>2</sup> La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20/11/89 y aprobada por la República Argentina por la ley 23.849 (B.O., 22/10/1990).
- <sup>3</sup> Ver el concepto de *declaración interpretativa* indicado por Alfredo M. Vítolo, reproducido en el cap. 5°, titulado "Opiniones doctrinarias", principalmente en los incs. b), f), h), i) y j).
- <sup>4</sup> Esta Convención fue suscripta en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22/11/69 y aprobada por la República Argentina, por ley 23.054 (B.O., 23/3/1984).
  - <sup>5</sup> El Pacto fue abierto a la firma en Nueva York, el 19/12/66 y aprobado por ley 23.313 (B.O., 13/5/1986).
- <sup>6</sup> He registrado, entre otros, los trabajos presentados por: Aguer, Héctor; Aguirre, José Amado; Altamira, Fernando; Anzulovich, María del Carmen; Argibay, Carmen; Avalos Mujica, Jorge; Becar Varela, Cosme; Bertone, Tarcisio; Bidart Campos, Germán; Bollati, José Matías; Baseotto, Antonio Juan; Calderón, Horacio; Carrera, Daniel P.; Casais, Norberto Jorge; Castañeda, Adolfo J.; Chiapero de Bas, Silvana María; Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; Costa Rica; Driollet Sundblad, Fátima; Gaydou, Daniel; Fogwill; García Elorrio, Aurelio F.; Gil Domínguez, Andrés; Gelli, Angélica; González García, Ginés; Gómez Lavin, Carmen; Guardini, Romano; Herrera, Carlos; Hesayne, Miguel; Jiménez Amaya, José Manuel; Kaller de Orchansky, Berta; Laje Anaya, Justo; Laje Ros, Cristóbal; Leonelli Morey, Laura; Lona, Jorge Luis; López Trujillo, Alonso; López, José Ignacio; Lorenzetti, Ricardo Luis; Lugo, Elena; Luna, Florencia; MacCorvey, Norma; Mariano, Ana María; Martínez Seeber, Fernando; Martino, Renato; Morales, Concepción; Mattoni, Silvio; Meneghini, Mario; Morosi, Pablo; Muñoz, Olga; Nicaragua; Pelloni, Martha; Puente, María Esperanza; Quintana, Eduardo Martín; Reardon, David; Revello, Rubén; Rezzónico, Carlos A.; Ribone, Juan José; Rodríguez, Gabriel; Rooney, Brent; Rouillón, Jorge; Sanahuja, Juan Claudio; Sánchez Cámara, Ignacio; Scala, Jorge R.; Sebastiani, Mario; Soler, Silvia Verónica; Traboulsi, Carlos; Urgel, Julio; Villalba, Luis Héctor; Vítolo, Alfredo M.; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Zaninetti, Gustavo Antonio.
- <sup>7</sup> Anteproyecto de reforma del Código Penal, "Despenalizar el aborto es inconstitucional", L.L., 13/6/06, pág. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Anales de Legislación Argentina, t. XL-D, pág. 3.693.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Vítolo ha ampliado su pensamiento, en una segunda publicación, titulada "Más sobre el aborto voluntario",

publicada en L.L. Actualidad, 22/8/06, pág. 1, en ocasión de responder a observaciones que le hiciera Andrés Gil Domínguez, en la Sección Columna de Opinión, L.L., 30/6/06.

- Telépolis es un medio informativo español que opera a través de Internet. Se ha referido al tema el 18 de junio de 2003 y de él he tomado las bases del tratamiento que realizo.
- Pedro Rodríguez es corresponsal del diario ABC, de Madrid, y en la edición del 23 de junio de 2003, escribió un artículo que tituló "La feminista Norma McCorvey pide ahora que EE.UU. declare ilegal el aborto".
- <sup>12</sup> Una de las consecuencias que suelen soportar, con mucha frecuencia, las mujeres que han abortado en forma voluntaria, es el "Síndrome post-aborto". Sobre el tema se ha escrito mucho, y entre el material existente menciono los trabajos de la médico-psiquiatra, Carmen Gómez Lavin (Análisis digital, del 2/11/06 y de Brent Rooney: "El aborto procurado" publicados en ARS Médica, vol. 6, Nº 6 (Revista de Estudios Médicos Humanísticos, de la Universidad Católica de Chile). El trabajo data del 8/3/03). Para más información se puede recurrir a: "Secuelas psíquicas del aborto", estudio publicado en ACI Digital (http://www.aciprensa.com/aborto/aefectosp.htm); y a Síndrome post-aborto, abordado en http://www.webdelamujer.com/02salud/19aborto/Olinfo/05/index.asp.
  - <sup>13</sup> Diccionario de la Lengua Española (XXII edición, 2001, t. "H-Z", pág. 1.965, 1<sup>a</sup> columna).
  - <sup>14</sup> Diccionario... cit., t. "H-Z", pág. 2.082, 1ª columna.
- <sup>15</sup> Thomas Nagel, *La última palabra*, Contratapa, traducción de Paola Bargallo y Marcelo Alegre, 1ª ed., Barcelona, Gedisa, 2000.
  - <sup>16</sup> Thomas Nagel, ob. cit., págs. 15/16.
  - <sup>17</sup> Angel López-Sidro López es profesor de derecho de la Universidad de Jaén.
  - <sup>18</sup> Publicado en FGM, del 14/7/06.
- <sup>19</sup> Recientemente, es decir, luego de que hube hecho mi exposición ante la Academia, Nicaragua, en la última semana de octubre de 2006, reformó su Código Penal para penalizar el aborto terapéutico, que estaba en vigencia desde 1891. He tomado esta información de Cristo Hoy, edición del 1 al 7 de noviembre de 2006. El periódico aclara que, al tiempo de darla, faltaba que el presidente de Nicaragua, Enrique Bolaños, ratifique la ley.
  - <sup>20</sup> Laje Ros, ob. cit., pág. 555, 2ª columna, nota 34.
  - <sup>21</sup> Laje Ros, ob. cit., pág. 555, nota 34, in fine.
  - <sup>22</sup> También llamadas células estaminales embrionarias o embrionales.
  - <sup>23</sup> Fuente de la información: Notivida, año V, Nº 275, 23/2/05.

24

Concepción Morales y Adolfo J. Castañeda, "Aborto terapéutico" http://www.aciprensa.com/aborto/aterapéutico.HTM.

# ALGUNAS OBSERVACIONES. SOBRE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

por Jaime Vidal Perdomo

SUMARIO: Palabras introductorias. 1. La fecha del establecimiento del control constitucional colombiano y sus características desde el punto de vista del tipo de control. 2. La Constitución como norma y la incidencia del control constitucional sobre la noción de Constitución. 3. ¿Dónde está contenido el derecho: solamente en la ley o también en la Constitución? 4. Las competencias de la Corte constitucional. La distinción de la jurisprudencia entre reformar y sustituir una Constitución. a. La opinión del ex constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero. b. La opinión del profesor Ricardo Zuluaga. 5. El Estado social de derecho. a. El Estado social de derecho: sus fundamentos desde la reforma constitucional de 1936. b. El Estado social, fruto del constitucionalismo social. 6. La tutela contra sentencias y el "choque de trenes". a. La acción de tutela en su enunciado constitucional. b. La reglamentación de la acción de tutela. c. La decisión de inconstitucionalidad. d. La iniciativa gubernamental.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; señor vicepresidente de la Academia Nacional; señores miembros de la Mesa Directiva; señores académicos; señoras y señores:

Desde el 10 de junio de 1988 poseo la calidad de académico correspondiente de esta Academia, distinción muy honrosa que comparto con mis compatriotas Fernando Hinestrosa, Luis Carlos Sáchica y Jorge Vélez García.

No obstante haber visitado la Academia Nacional de Córdoba en otra ocasión, no me preparé para incorporarme a ella. Ahora lo hago entendiendo responder con mayor propiedad, por el paso del tiempo, al inmenso honor que para mí, para la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Universidad del Rosario, de las cuales procedo, significa el entrar a pertenecer a un cuerpo académico que tiene tanto renombre en su país, del cual ha irradiado hacia otras naciones, por los méritos en el derecho de quienes han sido y son sus miembros, y por los altísimos servicios que en todos los tiempos de su valiosa existencia ha prestado a su país y a Latinoamérica.

Para mí, a fin de indicar la dimensión del honor que se me ha dispensado y la gratitud por el acto solemne que aquí se celebra, me basta recordar que hace poco más de 5 años fue recibido el maestro de maestros, el profesor español Eduardo García de Enterría. Este recuerdo viene a mi memoria porque su trabajo de ingreso *La democracia y el lugar de la ley*, texto sabio como son los de este gran jurista, lo he leído con deleite, en el número 355 de abril de 2004 de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia donde fue felizmente publicado.

Gracias sean dadas también a Ricardo Haro, vuestro vicepresidente y eminente constitucionalista, con quien me ligan varios años de amistad personal fruto de nuestro común trajinar jurídico y de nuestras visitas a Córdoba y a Bogotá, y quien con estimulantes palabras me ha presentado esta tarde ante el foro de esta Academia.

El tema del cual voy a ocuparme en el espacio reglamentario concedido lo he denominado "Algunas consideraciones sobre el control constitucional en Colombia".

Tiene que ver con un sujeto complejo, vasto y evolutivo, y propongo estas notas como características generales del control constitucional, que no puede abordarse convenientemente sino desde la perspectiva de un solo país y conforme a la experiencia del mismo, dada su extensión, que, de otra manera, en la amplia visión del derecho comparado, tomaría tomos y tomos y supone el manejo de varias lenguas y el conocimiento profundo de diferentes sistemas jurídicos.

Por todas estas circunstancias y las limitaciones del tiempo que es menester emplear para dirigirse a la Academia Nacional de Córdoba, el tema debe circunscribirse a un solo país y de

manera introductoria, por lo cual no puede ser tratado en todas sus partes integrantes principales, las cuales pueden ser las siguientes: los distintos tipos de control constitucional y los efectos del tema en el concepto de Constitución, la cuestión de los derechos fundamentales, el examen preliminar de las disposiciones constitucionales colombianas de 1991 que organizan el control constitucional, la importancia de las sentencias de la Corte constitucional que en octubre de 2005 dieron valor al acto reformatorio de la Constitución de la reelección presidencial inmediata del presidente de la República, por las competencias de la Corte constitucional, y las relaciones entre el derecho y la política.

A falta, entonces, de la posibilidad de detenerse en todas las cuestiones mencionadas, veamos cómo se identifica el control constitucional contemplado en la Constitución colombiana de 1991 en frente de esos asuntos que se han seleccionado como referencia comparativa para un análisis exhaustivo, a fin de brindar un esquema resumido que permita ubicar el sistema colombiano de control frente a otros.

# 1. La fecha del establecimiento del control constitucional colombiano y sus características desde el punto de vista del tipo de control

Si como es usual se parte de la existencia de dos principales tipos de control constitucional, el difuso y de la excepción, por estar confiado, en general, a los jueces ordinarios y que no se dirige contra la ley sino que busca enervar sus efectos en un caso concreto de litigio, desarrollado en los Estados Unidos de América después del fallo "Marbury vs. Madison" de 1803, y el europeo o kelseniano, que se encamina contra la ley y tiene como cabeza a una Corte o Tribunal Constitucional, puede decirse que se discute en Colombia sobre el momento de la instauración del control y la mayor influencia que en su organización tenga el sistema norteamericano o el europeo.

En efecto: el importante jurista colombiano Eduardo Rodríguez Piñeres <sup>1</sup> analiza el Acto Legislativo número 3 de 1910 (reformatorio de la Constitución de 1886) y que permitió una decisión definitiva de la Corte Suprema de Colombia de ajuste o violación de la Constitución como una solución distinta de la norteamericana y mejor porque evita los errores en que pueden incurrir los jueces llamados a decidir sobre los casos concretos; además, se remonta a 1858 para fijar los antecedentes del movimiento que culminó en la reforma de 1910, y reconoce que en Venezuela se aplicaba por la época el mismo principio, lo que se ha enfatizado mucho después.

Por lo que se puede concluir que la reforma constitucional de 1910, junto con las normas venezolanas equivalentes, inauguró un sistema de control bien diferente del norteamericano.

Ahora si la comparación ya no es con lo que existía en 1910, sino entre el sistema norteamericano difuso y de la excepción con el modelo europeo que según la doctrina actual recibió el influjo de Hans Kelsen a partir de 1920 y generó gran impulso después de la Segunda Guerra Mundial como es la hipótesis de Alemania, Italia y España, es indudable que en Colombia se practica este modelo de control constitucional.

## 2. La Constitución como norma y la incidencia del control constitucional sobre la noción de Constitución

Con frecuencia se sostiene que la forma como está operando el control constitucional en Europa a partir de la supremacía de la Constitución en relación con la ley, y por oposición al concepto de la Constitución simplemente como documento o proyecto político, ha conducido a la Constitución a convertirse en norma jurídica dejando atrás el papel de documento político. Se habla así del "nuevo derecho constitucional" <sup>2</sup>, de la "constitución normativa", y se recuerda el bello título del muy sustantivo libro del profesor madrileño Eduardo García de Enterría que

tiene esa denominación <sup>3</sup>; del mismo modo, se cita el art. 4º de la Constitución colombiana donde se lee que la Constitución es norma de normas, y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.

En Colombia se ha ido más lejos y el propio presidente de la República en un discurso en una universidad afamada, poco después de aprobada la Constitución de 1991 hablaba de un "nuevo derecho", expresión que no se ha vuelto a utilizar después y que dio lugar a una crítica severa <sup>4</sup>.

Fuera de estos antecedentes puede uno preguntarse, si en Latinoamérica la Constitución no era tomada como norma ¿entonces qué era? ¿Y si, por ejemplo, la declaración de la reforma constitucional de 1936 sobre la función social de la propiedad no modificó el Código Civil inspirado en principios contrarios y daba lugar a la extinción del dominio por su incumplimiento? ¿Y si dentro del concepto de legalidad no podía alegarse ante el Consejo de Estado la violación de la Constitución para solicitar la nulidad de actos administrativos? ¿La integridad de la Constitución bajo cuya salvaguardia se puso en 1910 el control de la constitucionalidad de las leyes no comprendía entonces a la noción de supremacía?

## 3. ¿Dónde está contenido el derecho: solamente en la ley o también en la Constitución?

Las grandes codificaciones francesas del siglo XIX y, en particular, las del Código Civil y el Código de Comercio, dieron notable importancia y auge al derecho privado y destacaron el papel de la ley haciendo factible la creencia de que el derecho se encontraba en la ley, que llevaba de la mano al juez en la aplicación de la justicia; esa subordinación de la justicia desequilibró la categoría de las ramas e hizo aparecer como subordinada la tarea judicial; la Constitución quedaba distante y podía concebirse bien en un plano político de organización de los poderes públicos.

En cambio, ahora, en el nuevo derecho constitucional, si así puede decirse, la Constitución toma el sitio de las normas directamente, según se proclama como novedad, e iguala y supera a la ley, y quizás uno pueda preguntarse legítimamente si no asoman en estos planteamientos algunas de las discrepancias con Gustavo Zagrebelsky expuestas en el *Epílogo* de Gregorio Peces-Barba al *El derecho dúctil* del primero? <sup>5</sup>.

Se comenta, en todo caso, de una especie de rebelión de los jueces contra la ley, para no estar más atados a ella, más cuando como en Colombia por virtud de la "acción de tutela" están llamados a pronunciarse en términos perentorios sobre ella y lo hacen con base en criterios constitucionales, con prescindencia de las leyes, como lo autoriza el art. 85 de la Carta de 1991.

No se controvierte la modalidad de la aplicación directa de la Constitución en la materia de los derechos fundamentales, como se ha arribado en otros sistemas jurídicos, pero, tal vez se pueda preguntar si resulta conveniente esa falta de diálogo entre la Constitución y la ley para el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, ¿más cuando la categoría de los derechos fundamentales no está definida con claridad?

Frente a la pasividad que con anterioridad se atribuía a los jueces de traducir únicamente la voluntad de la ley, ahora se habla del "activismo de los jueces", es decir, de tener vuelo propio y de definir conforme con sus propios criterios, lo cual puede tornarse de mucho significado tratándose de acciones de tutela, con las cuales pueden definirse derechos económicos y sociales y puede sobrevenir la pugna política con las competencias legislativas de los órganos políticos.

# 4. Las competencias de la Corte constitucional. La distinción de la jurisprudencia entre reformar y sustituir una constitución

En este repaso que se quiere hacer de algunas cuestiones destacadas de la teoría y práctica jurídicas del control constitucional en Colombia, ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, corresponde examinar el importante asunto de las competencias de la Corte Constitucional colombiana; primero, de manera general y, luego, en oportunidad de las reformas constitucionales, ya que fue con ocasión del Acto Legislativo número 2 de 2004 sobre la reelección presidencial inmediata que la Corte Constitucional estableció la célebre distinción entre reformar y sustituir una constitución. Pero antes deben rememorarse algunos antecedentes que deben entrar en el análisis y que pueden ayudar a entender el alcance de las disposiciones constitucionales de 1991.

Si en 1910 fue claro el establecimiento del control constitucional sobre las leyes, nada se dijo sobre la posibilidad de control sobre actos reformatorios de la Constitución. Más adelante, la similitud de la figura llevó a que la Corte Suprema de Justicia comenzara a acariciar la posibilidad de extender el control constitucional a reformas constitucionales. En efecto esto ocurrió primero respecto del Acto Legislativo número 2 de 1977 y después en relación con el Acto Legislativo número 1 de 1979, reformas impulsadas, en su orden, por los presidentes de la República, Alfonso López Michelsen y Julio César Turbal Ayala.

En aquel momento se lanzó contra la Corte Suprema de Justicia la acusación de que había llevado el país hacia el extremo censurable del "gobierno de los jueces". Esto puede explicar que en la Asamblea Constituyente de 1991 cuando el control Constitucional se trasladó de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional se dijera en el art. 241 que "A la Corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo". Luego dentro del cuerpo de este texto se introdujera suficiente claridad en cuanto a la diferencia sobre el control de las leyes "tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación" y de los actos legislativos (actos reformatorios de la Constitución), "sólo por vicios de procedimiento en su formación".

No obstante, para reservarse una amplia competencia en materia de control de fondo sobre reformas constitucionales, se ha dicho que la Corte constitucional distingue entre reforma y sustitución constitucional, y así va más a la competencia del Congreso que a la suya propia, para encontrar límites al órgano elegido, a pesar de referirse a los suyos como cuando dice que "en la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables" <sup>6</sup>.

Quizás el centro de la argumentación pueda hallarse en ese párrafo que se transcribe a continuación: "También advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud. Que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos" (ib).

Al juzgar el Acto Legislativo número 2 de 2004 en su conjunto, finalizó la Corte, "si bien constató la importancia de la reforma adoptada, concluyó que el Congreso no había excedido su competencia al reformar, entre otras normas, el artículo 197 que prohibía de manera absoluta la reelección presidencial. Para la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente. Para la Corte los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo elegirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones..." (ib, pág. 7).

En un valioso libro dedicado al tema de la justicia constitucional <sup>7</sup> publicado en este año de 2006, se leen algunas críticas a la posición de la Corte que, a la postre, se reserva el poder de definir si una reforma constitucional es contraria o está ajustada al texto de 1991.

### a. La opinión del ex constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero

El ex constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero dice refiriéndose al control de la Corte constitucional: "ella podrá no estar sometida a control, como efectivamente no lo está, en el sentido de que alguien tenga atribuida su fiscalización o la de sus actos, pero tal cosa está lejísimos de significar que el ámbito de acción de la Corte no está claramente delimitado" (op. cit., pág. 82).

## b. La opinión del profesor Ricardo Zuluaga

En otro artículo titulado "El control de constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución en Colombia", el profesor Ricardo Zuluaga desenvuelve la tesis de que no consagra la Constitución limitación en relación con cuestiones que no sean susceptibles de reforma, como sí lo hacen algunas constituciones, para luego examinar "la tesis de la falta de competencia como vicio de forma", parte en la cual sostiene que nuestra Corte Constitucional ha variado recientemente su jurisprudencia para lograr que la Constitución diga otra cosa, lo que para el autor significa que existen límites implícitos al poder de reforma que la Constitución no consagra (pág. 301).

Lo que le sirve de fundamento para avanzar en esta dirección es la distinción entre el poder de reforma y el poder de sustitución, donde critica que se asume erróneamente que la Constitución de 1991 sea expresión del poder constituyente originario cuando en realidad no fue así

El profesor reconoce, en su conclusión, los esfuerzos de la Corte por avanzar en el proceso de construcción de la teoría de la sustitución de la Constitución, con lo cual "termina facultada para ejercer una función que formalmente no se le ha concedido y a partir de la cual, y desde su escasa legitimidad democrática, termina imponiéndole una restricción tan severa e indefinida al órgano que por expreso mandato constitucional encarna la representación popular (art. 133 C.P.)" (ib. pág. 309).

El agudo trabajo jurídico, uno de los primeros que se conoce contra decisión de la Corte Constitucional sobre sus funciones, finaliza con larga cita de la argumentación del magistrado Humberto Sierra Porto, que aparece también en el comunicado de prensa del 20 de octubre de 2005 y que, en la práctica, ha quedado como decisión por su buena factura y la extensión de los textos de las piezas formales.

#### 5. El Estado social de derecho

Uno de los puntos clave de la interpretación de la Constitución colombiana de 1991 es el de la consagración en su texto del Estado social de derecho. En efecto se lee en su art. 1º. Que "Colombia es un Estado social de derecho"... Esta declaración se cita normalmente en las decisiones de la jurisprudencia constitucional y en la doctrina jurídica y es la que le da mayor realce a la Carta de 1991. Naturalmente, la mención del Estado social de derecho se hizo en las sentencias que definieron la conformidad con la Constitución del Acto Legislativo número 2 de 2004 sobre la reelección presidencial, tal como se puede ver en uno de los párrafos del comunicado de prensa transcritos en el número 4 anterior.

#### a. El Estado social de derecho: sus fundamentos desde la reforma constitucional de 1936

Sin embargo, y sin quererle restar méritos a la Constitución de 1991, tengo reservas de orden histórico, político y jurídico que me llevan a concluir, en cambio, que la introducción de ese concepto no se hizo en este último año sino con otros conceptos y una teoría política con la reforma constitucional de 1936.

De entrada debe reconocerse que la declaración formal se hace en 1991, pero desde 1936 se trajeron los fundamentos conceptuales que dieron lugar a dicha declaración.

Para comenzar debe indicarse que la fórmula está inspirada en la redacción del art. 1º de la Constitución española de 1978 que reza: España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, remata con severidad el enunciado en cuestión.

La redacción colombiana proveniente de 1936 declaraba: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". El precepto citado era el número 16 de la codificación anterior a 1991 que, como se sabe, estaba formado por la Constitución de 1886 con las reformas introducidas con posterioridad, entre ellas, la de 1936, tal vez, la más importante <sup>8</sup>.

#### b. El Estado social, fruto del constitucionalismo social

Se ha hablado del "constitucionalismo social", para referirse a aquel nacido después de la Primera Guerra Mundial, que registra la pérdida de confianza ciudadana en los postulados individualistas del liberalismo de la época y por eso avanza hacia las preocupaciones de mejoramiento social, representadas por nuevas clases sociales que habían aparecido haciendo más compleja la estructura de la sociedad y que demandaban la protección del Estado. Se han mencionado como exponentes de ese constitucionalismo social las constituciones de México de 1917, la de Weimar en 1919 y la de la Segunda República española de 1931.

De anteriores trabajos académicos recuerdo la elaboración del prólogo al libro de Alvaro Tirado Mejía y de Magdala Velásquez sobre la "reforma constitucional de 1936" <sup>9</sup> en el cual se mostraron los nexos claros entre la Constitución española de 1931 y la reforma constitucional de 1936 y, como lo hacen los autores del libro, se muestra el rompimiento entre las tesis individualistas y las de orientación socialista que inspiraron las mencionadas cartas políticas. Allí se sostenía que la primera aplicación de estas ideas es la de la propiedad entendida como función social; la segunda, el artículo constitucional sobre el trabajo a la vez como obligación social y derecho del individuo.

En la parte histórica del libro se plantea bien la oposición que esas ideas progresistas

generaron en quienes poseían otras concepciones políticas, y los crudos enfrentamientos a que aquellas dieron lugar, frente a la frialdad o indiferencia con que fueron recibidas en los trabajos constituyentes de 1991, lo que prueba que ya habían pagado el precio de su novedad. Es posible que al ampliar el radio de acción de reformas constitucionales efectuadas por otras naciones iberoamericanas en aquellas décadas en que nacieron los derechos llamados de la segunda generación, los derechos económicos y sociales, se encuentren normas equivalentes y síntomas de la polarización política que vivió Colombia en aquella época.

La misma Constitución de 1991 da testimonio de su conexión con la reforma constitucional de 1936 cuando en el segundo párrafo del artículo 2º suyo incorpora la declaración estampada en el art. 16 del año de 1936 ya mencionada, con apenas ligeros cambios de redacción.

Es evidente que en aquella época cuando la decepción por ciertos postulados del liberalismo y la necesidad de competir con las atractivas tesis del marxismo que habían triunfado en la Unión Soviética, partidos como el Liberal colombiano tomaron el camino franco de girar hacia la izquierda, y la síntesis de su nueva filosofía fue la preocupación principal por lo social y ya no lo individual. Pasar por alto semejante compromiso hubiera significado quedarse al margen de la evolución histórica; desconocer el esfuerzo que entonces se hizo sería borrar un trecho meritorio de la historia política y jurídica del país como es la que incorpora los derechos económicos y sociales. Calmada ya la tormenta por el rompimiento que tal conceptualización del Estado social de derecho implicaba puede pasarse no solamente a proclamar el nuevo propósito del Estado, y a corregir el error de interpretación cometido.

## 6. La tutela contra sentencias y el "choque de trenes"

El último punto que yo quiero plantear ante el ilustrado foro de la Academia de Derecho de Córdoba, República Argentina, en cuanto a algunas observaciones sobre el control constitucional en Colombia, es el atinente al conocido en la prensa colombiana como el "choque de trenes", apelativo dado para referirse a las fuertes discrepancias que se han suscitado entre la Corte Constitucional, de un lado, y el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, de otro, por las denominadas "tutela contra sentencias"; esto nos lleva a decir algunas palabras sobre la acción de tutela, las posibles causas de esas discrepancias y la propuesta de reforma constitucional sometida por el gobierno nacional ante el Congreso de la República en los últimos días.

#### a. La acción de tutela en su enunciado constitucional

El art. 86 de la Constitución de 1991 prescribió: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicite la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares

encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

La acción de tutela es una adaptación del recurso de amparo conocido en derecho iberoamericano y colocado por la Constitución para mostrar su preocupación por la efectividad de los derechos fundamentales; es a no dudarle, el texto más famoso de la Carta colombiana de 1991 y, en cierta manera, el que la simboliza en su más noble finalidad protectora de derechos.

Sin entrar a analizar a fondo la acción de tutela, lo que debe hacerse y se ha hecho por obras especiales, baste por el momento afirmar que la acción de tutela hace parte, según el profesor Eduardo Rozo Acuña <sup>10</sup>, de las "garantías constitucionales"entre las cuales estudia, en América Latina, la de *habeas corpus*, la del juicio de amparo, el mandado de *segurança*, el recurso de protección y el propio control de constitucionalidad.

## b. La reglamentación de la acción de tutela

La acción de tutela fue reglamentada por el decr. ley 2591 del 19/11/91 el cual, a su turno, fue reglamentado por el decr. 306 de 1992. Dentro del primero estaba contemplada la posibilidad de la tutela contra sentencias, en el art. 11 bajo la siguiente redacción: "La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente".

El art. 12 siguiente establecía: "La caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley".

### c. La decisión de inconstitucionalidad

Por medio de la sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, la Corte constitucional, en votación dividida, declaró inexequibles los arts. 11 y 12 del decr. 2591 de 1991, y 40 del mismo estatuto, aunque mantuvo la constitucionalidad del art. 25 también demandado; la decisión de la Corte constitucional ha sido examinada en dos estudios críticos de Manuel Fernando Quinche Ramírez <sup>11</sup> en forma extensa, y de Sandra Morelli Rico <sup>12</sup> más desde el contexto de la institución y de las dificultades de su inserción en el conjunto de cuerpos judiciales colombianos.

El primer autor de los últimos citados desarrolla la tesis de que la decisión estuvo inspirada en la hermenéutica formalista y que apareció como sustituto en la jurisprudencia la teoría de la "vía de hecho", que explica largamente.

La abogada Morelli Rico habla más de las dificultades de inserción de la Corte Constitucional y de la indefinición del constituyente de 1991 que dejó a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado con la misma jerarquía anterior y al mismo nivel de la Corte Constitucional.

### d. La iniciativa gubernamental

Sea de ello lo que fuere, a partir del 2004, para poner una fecha, el país presenció el espectáculo de la disputa de competencias en las "altas cortes", en perjuicio del sistema jurídico, el prestigio de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

Una muestra del choque de trenes está en las fuertes declaraciones del presidente de la Corte Suprema de Justicia que publica la revista Semana <sup>13</sup>.

El presidente de la República, doctor Alvaro Uribe Vélez, ha querido que por intermedio del consenso se disipen o disminuyan las discrepancias de las altas cortes, propósito que ha resultado difícil.

Ante esta circunstancia desafortunada, al finalizar el mes de septiembre del 2006 la prensa informa <sup>14</sup> de la presentación por el gobierno ante el Congreso de la República de un proyecto de reforma constitucional que reglamenta la tutela contra sentencias para poner fin al choque de trenes. En la misma edición del mismo diario de amplia circulación se lee sobre una iniciativa similar que tendría el apoyo del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el fiscal general de la Nación.

Se termina así una etapa de enfrentamientos institucionales derivados del ejercicio de la acción de tutela y se abre otra que se surtirá ante el Congreso de la República como constituyente derivado.

#### **NOTAS**

- \* Profesor honorario de la Universidad del Rosario de Bogotá; primer vicepresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
- <sup>1</sup> Eduardo Rodríguez Piñeres, "Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo", en *Por el reinado del derecho* (escritos varios), Bogotá, Imprenta de "La luz", 1927, pág. 336.
  - <sup>2</sup> Iván VILA CASADO, *Nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2004.
- <sup>3</sup> Eduardo García de Enterria, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- <sup>4</sup> Jorge Humberto Botero, "¿Nueva Constitución: nuevo derecho?" en *Cuestiones juridicae*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 2, 1994.
  - <sup>5</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 157.
- <sup>6</sup> Comunicado del presidente de la Corte constitucional, magistrado Manuel José Cepeda, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 331, abril de 2006, pág. 3.
- Ricardo Sanín Restrepo (coord. académico), Justicia constitucional, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Legis, 2004.
- <sup>8</sup> Jaime Castro, *Constitución política de Colombia*, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982, pág. 29.
- <sup>9</sup> Alvbaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez, *La reforma constitucional de 1936*, prólogo de Jaime Vidal Perdomo, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982, pág. 7.
- <sup>10</sup> Eduardo Rozo Acuña, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- <sup>11</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra sentencias*, Bogotá, Editorial Huellas de Ley, 2001.
- <sup>12</sup> Sandra Morelli Rico, *La Corte constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de derecho público, N<sup>ros</sup> 45, 1997.
  - <sup>13</sup> Declaraciones del presidente de la Corte Suprema de Justicia, revista Semana, Bogotá, 25/9/06, pág. 34.
  - <sup>14</sup> El Tiempo, Bogotá, 28/9/06, págs. 1-16.
- <sup>4</sup> Jorge Humberto Botero, "¿Nueva Constitución: nuevo derecho?" en *Cuestiones juridicae*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, № 2, 1994.
- <sup>5</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 157.
- <sup>6</sup> Comunicado del presidente de la Corte Constitucional, magistrado Manuel José Cepeda, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 331, abril de 2006, pág. 3.
- <sup>7</sup> Ricardo Sanín Restrepo (coord. académico), *Justicia constitucional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Legis, 2004.
- <sup>8</sup> Jaime Castro, *Constitución política de Colombia*, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982, pág. 29.
- <sup>9</sup> Alvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez, *La reforma constitucional de 1936*, prólogo de Jaime Vidal Perdomo, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982, pág. 7.
- <sup>10</sup> Eduardo Rozo Acuña, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra sentencias*, Bogotá, Editorial Huellas de Ley, 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Sandra Morelli Rico, *La Corte constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de derecho público, N° 45, 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Declaraciones del presidente de la Corte Suprema de Justicia, revista Semana, Bogotá, 25/9/06, pág. 34. <sup>14</sup> El Tiempo, Bogotá, 28/9/06, págs. 1-16.

# O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NA ÉPOCA DO IMPÉRIO \*

por Paulo Bonavides

Disse um abalizado escritor: "a eloquência dos grandes acontecimentos encontra-se mais no silêncio do que nas palavras" <sup>1</sup>.

Este acontecimento que aqui me traz é para mim um grande acontecimento.

Por isso eu gostaria de guardar silêncio. Contudo devo curvar-me ante a intimação que ele me faz ao uso da palavra e a partir daí proferir esta oração de agradecimento por tão desvanecedora homenagem.

Mas primeiro quero deixar consignado o penhor de minha gratidão às palavras com que a generosidade fraterna de Pedro Frías me acolheu nesta assembléia de doutos acadêmicos.

Falarei acerca das origens constitucionais do Brasil.

Tais origens ajudam a elucidar não apenas a natureza das instituições de minha Pátria na contemporaneidade senão também os elementos e aspectos que, desde os primórdios da formação nacional, constituiram o distintivo da identidade luso-brasileira no continente.

Aliás, a história representa, a meu parecer, o maior manancial de sapiência política que existe. Quem lhe frequenta os anais, com assiduidade, sabe que eles podem desvendar os sigilos do fio dialético por onde a civilização percorre os caminhos da sua evolução e as vicissitudes do seu destino.

Não há exagero em assinalar que a história, enquanto experiência, é lição de vida; enquanto memória do passado, é correção do presente; enquanto conselho, é esperança do futuro.

Estudar o passado significa descerrar uma janela à compreensão dos tempos correntes ou, como disse, com inteira propriedade, no mesmo sentido, o insigne constitucionalista Sánchez Agesta, "todo presente exige ser compreendido no passado que o formou e na semente que o germinou".

Ao constitucionalismo do Império, numa variação e sequência de particularidades, vamos buscar, pois, a matéria prima das reflexões que certificam havermos na América Portuguesa partido doutros começos e, a seguir, com originalidade, por obra de fatores e circunstâncias diversas, construído um império e não uma república, como era de desejar.

A república veio depois, ao cabo de quase um século, perfazendo aquele ciclo que nos colocou primeiro mais perto da Revolução Francesa que da Revolução Americana; mais acostados a Montesquieu e Rousseau que a Jefferson e Washington; mais afeiçoados e propínquos ao modelo de Cádiz que ao de Filadélfia; mais inclinados à monarquia e ao império que à república e à federação; enfim, mais voltados, na forma do regime, para a Europa do que para os Estados Unidos, rompendo assim os rumos e a tradição do continente.

O nosso D. Pedro, no Primeiro Reinado, outorgou uma Constituinte e duas Constituições: a Constituinte de 1823; a Constituição do Império, de 1824 e a Carta de Portugal, de 1826.

Ao dissolver, porém, "manu militari", num ato de força, a assembléia da representação nacional, o fundador do Império desferiu o primeiro golpe de Estado da história do Brasil.

Gerou o golpe, de imediato, desconfiança, suspeita e animadversão contra D. Pedro, sem embargo de haver ele, no decreto execrado, prometido outorgar uma Constituição duplicadamente mais liberal que a do Projeto em tramitação na Constituinte dissolvida.

Todavia, exilando os Andradas, perseguindo e desprezando os autonomistas da Província Cisplatina, até perdê-la irremediavelmente, e sufocando com mão de ferro nas Províncias do Nordeste o movimento libertador, constitucionalista e republicano da Confederação do Equador, nunca mais restaurou D. Pedro seu perfil liberal; nunca mais teve a bênção e o apoio e a simpatia do elemento patriótico que o acompanhara nas jornadas da Independência e na forte luta com a soberbia e arrogância das Cortes de Lisboa.

De tal sorte que, de arranhão em arranhão, de tombo em tombo, de recuo em recuo, a política repressiva e as medidas impopulares do Imperador o conduziram ao desastre da Abdicação, uma revolução silenciosa aos pés do trono.

A queda do Primeiro Reinado determinou a queda do absolutismo no Brasil; aquele absolutismo que ainda vingava à margem do regime formalmente constitucionalizado com a Carta de 1824, donde o espírito da Constituição desde muito se ausentara.

O braço militar do monarca fuzilava nas Províncias nordestinas os patriotas da legitimidade consitucional e das aspirações republicanas.

Da malograda outorga da constituinte a bem sucedida outorga de duas Constituições -uma ao Brasil em 1824, outra a Portugal, em 1826- eis aí a síntese de todo o consitucionalismo de D. Pedro I.

Contributo histórico, que os subsequentes atos reacionários e autoritários da primeira fase do regime imperial não lograram porém obscurecer.

Antes de breves referências ao papel da Constituinte de 1823 e ao valor da Constituição outorgada em 1824, faz-se mister ligeiro retrospecto, que nos leve a outras raízes constitucionais, jacentes na Revolução Pernambucana de 1817 e na deputação constituinte do Reino do Brasil às célebres Cortes de Lisboa.

Teve a Revolução de 1817 o seguinte significado: foi republicana e produziu a mais remota manifestação constituinte da América Portuguesa, vazada nas Bases de um Projeto de Constituição.

Em rigor, o documento consitucional dos revolucionários pernambucanos é o mais antigo que se escreveu na língua de Camões.

Antecedeu as Bases que guiaram as Cortes de Lisboa na feitura da efêmera Constituição liberal de 1822, a primeira que se promulgou em Portugal, por efeito da Revolução do Porto, de 1820.

A primogenitura do constitucionalismo brasileiro em relação ao da metrópole se deduz também da superioridade das Bases pernambucanas de 1817 sobre a Súplica portuguesa de 1808, que Portugal encaminhou a Napoleão a-fim-de que este lhe desse uma constituição.

Demais disso, no mesmo ano que Antônio Carlos formulava no Recife as Bases republicanas, o absolutismo enforcava em Lisboa na Torre de São Julião, acusado de conspirar, o general Gomes Freire, herói da guerra peninsular e mártir da liberdade.

A linha da vocação brasileira para o constitucionalismo liberal é ininterrupta. Tanto foi monarquista como republicana. Republicana em 1817, porém monarquista nas Cortes de Lisboa e monarquista por igual na Constituição outorgada de 1824. Assim se conservou por todo o período imperial. Tornou-se porém paralelamente republicana em 1824 na Confederação do Equador; em 1835 na Constituinte de Alegrete no Rio Grande do Sul, até se fazer definitivamente republicana e federativa em 1889, com a queda do Império e o advento da República e da Federação.

O ensaio de constitucionalização do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve ocorreu após a Revolução do Porto de 1820. Foi, porém, inciativa malograda, em virtude da manifesta contradição que lhe era ínsita.

Com efeito, as Cortes convocadas em Lisboa, de que fazia parte uma expressiva deputação brasileira, se enredaram em complicações derivadas da circunstância de que elas em Portugal eram a revolução liberal, o legislativo constituinte, o instrumento da nova ordem constitucional, ao passo que no Brasil restauravam a política da velha monarquia, a qual simbolizava o colonialismo, o absolutismo, o passado, a tradição.

A contradição mais aguda provinha portanto do fato de que no Rio de Janeiro, D. Pedro, tenazmente oposto ao poder das Cortes que o combatiam, encarnava o pensamento liberal.

Esse pensamento buscava promover a secessão do Reino com o apoio do elemento português radicado na ex. Colônia, que desde 1815 fora elevada à categoria de Reino.

Fazia D. Pedro mão comum com os fautores da independência, capitaneados por José

Bonifácio de Andrada e Silva, o Bolivar da solução monarquista no berço da emancipação do Brasil.

Já as Cortes de Lisboa, arriando com perjúrio a bandeira da liberdade, hostilizavam ferozmente os desígnios separatistas do Príncipe, que eles intentavam destituir da Regência e fazê-lo voltar à Europa, ao mesmo passo que decretavam uma série de medidas repressivas e impopulares, com o objetivo de restaurar o antigo "status" colonial.

Em suma, na época, as Cortes de Lisboa não admitiam o Brasil se governando por uma Constituição, senão por cartas régias e alvarás, como nos tempos da colonização.

Essa face atroz da política executada pelo colégio revolucionário dos liberais portugueses precipitou a deserção dos membros mais importantes da bancada brasileira à primeira constituinte lusitana.

Desenganados do projeto constitucional em deliberação, perceberam que só lhes restava aquele caminho. E de Falmouth na Inglaterra, por onde transitavam, de regresso à Pátria, expediram o célebre Manifesto, germe da Constituinte que D. Pedro breve havia de instalar.

Tanto o Projeto de Constituição -acerca do qual deliberava a assembléia que o filho de D. João VI convocou, mas depois dissolveu- como a Carta outorgada em 1824, pelo Imperador, significaram, a nosso ver, um considerável e original avanço.

O passo à frente se deu com o entendimento de que a caracterização constitucional das normas não deriva unicamente do aspecto formal, a saber, da rigidez em sua elaboração, mediante quórum deliberativo qualificado.

A rigidez na Carta imperial era menos do quórum que da legislatura. De tal sorte que proposição de mudança constitucional apresentada só podia ser votada na legislatura seguinte. Isto ficou porém associado -¡e aqui vai a grande inovação!- à natureza dos conteúdos, à especial substantividade e materialidade das regras.

Constitucional, segundo o art. 178 da Carta do Império, era tão somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos.

O que não fosse constitucional, embora estivesse na Constituição, podia ser alterado pelas legislaturas ordinárias, sem as formalidades referidas nos artigos 176 e 177.

A Constituição Política do Império teve portanto a singularidade ou precocidade de fazer direito constitucional positivo a primeira concepção material da Constituição.

Mas não cessa aí a originalidade da monarquia constitucional no Brasil.

Trasladou ela, do mesmo modo, para a esfera da positividade constitucional, outro modelo de separação de poderes.

A tetradimensionalidade, em substituição da tridimensionalidade de Montesquieu, era inovadora.

A instituição do quarto poder, inspirado na obra de Benjamin Constant, tinha por objeto criar um suposto poder neutro, acima dos três poderes clássicos, a saber, legislativo, executivo e judiciário, e votado, em sede teórica, ao exercício de uma função corregedora, espécie de poder judiciário dos demais poderes.

Tinha, contudo, esse hipotético poder neutro, tudo para se converter, segundo o volume de competências que lhe eram deferidas constitucionalmente <sup>3</sup>, no mais ativo e funesto e dominador dos poderes do sistema constitucional.

O nome Poder Moderador caía em grossa contradição com a soma de faculdades concentradas na pessoa do respectivo titular, a saber, o monarca.

Se este delas fizesse uso, seguindo a letra da Constituição, teria força bastante com que ofuscar e anular os três poderes remanescentes.

Desse potencial de arbítrio, porém, não usou D. Pedro II.

Ao revés, com seu reinado de pacificação, cicatrizou feridas abertas no passado pelos que o antecederam.

Como Ciro, rei dos persas, D. Pedro II era daqueles que acreditavam "não ser o Príncipe

sobre as leis, mas as leis sobre o Príncipe" 4.

A Constituição do Império e o Projeto votado na Constituinte foram igualmente precursores do constitucionalismo social no Brasil.

Nessa direção fizeram mais que os constituintes republicanos de 1891, os quais, professando um liberalismo extremado, não levaram a matéria social ao texto da Carta.

Enquanto a Constituição do Império no artigo 179, números 31 e 32, garantia os socorros públicos e dispunha que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos e determinava a criação de universidades para o ensino elementar das ciências, belas letras e artes, a omissão republicana a esse respeito era completa.

Em suma, os liberais do Império pareciam seguir em parte a mesma linha que inspirava o constitucionalismo bolivariano da Venezuela em 1811.

Todavia, à míngua de uma revolução e de uma ideologia, o constitucionalismo imperial, a um tempo liberal e conservador, não soube nem pôde resolver a equação de legitimidade, pecado original das instituições brasileiras.

Pecado cometido no ato de fechamento da assembléias dos Andradas onde a soberania representativa se domiciliava e donde fora expulsa e decapitada pelo golpe de Estado de D. Pedro.

Com isso se instaurou no País a figura funesta da crise constituinte, aquela fatalidade política perpetuada até aos nossos dias.

A meu parecer, os países do Terceiro Mundo não padecem apenas crises constitucionais, senão crises constituintes; que são diferentes e mais profundas, porquanto afetam e destroem o tecido das instituições, minam o regime, deslegitimam os governos, falseiam as Constituições.

Não são, por conseguinte, como temos invariavelmente repetido, crise na Constituição, por alterar-lhe ou acrescentar-lhe um artigo, senão a crise mesma da Constituição, do seu espírito, da sua verdade, da sua essência, da sua natureza.

É a crise que mais se abate sobre povos, nações e soberanias na contemporaneidade do Terceiro Mundo. Dela só sairemos com mais democracia, liberdade, participação e alforria.

A crise constitucional é crise de constitucionalidade, ao passo que a crise constituinte é crise de legitimidade. Por conseguinte, incomparavelmente mais grave. Com o constitucionalismo de resistência que professo contra a forma neoliberal de globalização, posso asseverar que nos países periféricos, sem democracia elevada a direito da quarta geração, sem Constituição, sem soberania, sem identidade nacional, sem direitos fundamentais, não há povo, nem nação, nem liberdade, nem Estado de Direito.

A melhor imagem e espelho da Constituição é a sua legitimidade calcada em princípios. Em rigor, princípios que limitam os poderes e lhes afiançam o exercício em favor do bem comum cristalizado na coisa pública; bem comum republicano por onde todas as competências se legitimam, todos os regimes se constitucionalizam, todas as sociedades se fazem governáveis.

¡Meus queridos amigos! Já disse noutra ocasião aos excelentes Colegas argentinos de Córdoba, que esta, entre as metrópoles culturais da América Latina, é a catedral do constitucionalismo.

Recebo, pois, penhoradíssimo, esse galardão de membro correspondente da Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, corporação insigne, que representa e honra as letras jurídicas da Argentina no seu patamar mais elevado. E me desvaneço também por ter ingresso ao convívio e companhia de excelsas figuras do direito constitucional que lhe compõem os quadros.

A este núcleo eminente de graves constitucionalistas, sou imensamente grato, por outra razão não menos ponderável: ao tomar em Fortaleza e Belo Horizonte a iniciativa de fundar a Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, a-fim-de celebrar em 2003 o centenário de fundação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, uma das instituições mais antigas e prestigiosas do Brasil, e aljobre de grandes juristas, foi daquela plêiade esclarecida que me veio, desde a primeira hora, o mais entusiástico e caloroso apoio.

Os nomes de Ricardo Haro, Pedro José Frias e Antônio Maria Hernàndez se inscrevem na

memória de minha gratidão.

Não posso deixar de decliná-los, porque eles são igualmente dessa Casa, onde, em momento tão solene como este, recebo uma das láureas mais honrosas de minha carreira intelectual, ou seja, o título de membro correspondente da Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Muito obrigado.

## **NOTAS**

- \*Discurso de recepción como académico correspondiente en Brasil, pronunciado el 24 de octubre de 2006, en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
  - <sup>1</sup> Júlio Dantas, *Discursos*, Lisboa, s/d, Livraria Bertrand, pág. 280.
- <sup>2</sup> L. Sánchez Agesta, *El derecho constitucional en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, URSS y Portugal*, Granada, 1948, pág.13.
- <sup>3</sup> Dos quatro poderes da organização imperial, dois tinham por titular o Imperador, cuja pessoa, constitucionalmente "inviolável e sagrada", não estava, consoante a letra da Carta, sujeito a responsabilidade alguma (art. 99).

Os dois poderes acumulados eram o poder moderador, "chave de toda a organização política", e o Poder Executivo, que ele chefiava e exercitava pelos seus ministros de Estado. Ver artigos 89, 99, 101 e 102 da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Diálogos de Dom Frey Amador Arrais, Nova Edição, Lisboa, 1846, p. 356.

#### LA DEMOCRACIA Y SUS INTERROGANTES

por Pedro J. Frías

**SUMARIO:** 1. Las cuestiones propuestas. 2. Los regímenes electorales. 3. La democracia directa. 4. El desarrollo. 5. El Estado de partidos. 6. La descentralización. 7. ¿Las democracias son mortales? 8. ¿Es gobernable la democracia? 9. La fenomenología contemporánea del poder. 10. El control del poder. 11. En las raíces de la democracia. 12. Vivimos en alerta.

### 1. Las cuestiones propuestas

Parece oportuno interrogarse sobre la dinámica democrática y las cuestiones actuales del sistema político. Son muchas. Me inclino a indagar sobre unas pocas: las relaciones con los sistemas electorales, la democracia directa, el desarrollo, el Estado de partidos, la descentralización. Hacia el fin, preguntarme si las democracias son mortales y si son gobernables. Por último, recordar que la democracia no se basta a sí misma: se construye sobre una base jurídica y ésta sobre una sustancia ética.

Estos apuntes han nacido con estilos diversos y síntesis desparejas, como una cantera que obligará a trabajar al lector. Son una primera aproximación a un tema que habíamos abandonado, a fuerza de ocuparnos sólo coyunturalmente de la democracia.

### 2. Los regímenes electorales

Un sistema electoral propiamente tal, se describe según la unidad territorial de base y según la distribución de cargo entre los candidatos conforme con los votos obtenidos. Llamamos más bien régimen electoral al sistema y todas las variables de la elección.

Es bien sabido que no hay régimen electoral inocente. Una base de población equivocada llenó la Cámara de Diputados de Salta, antes de la última reforma, hasta un número extravagante. El sistema de elección indirecta del gobernador o del presidente concluye su ciclo con evidencias claras que lo que se justificaba en la república de notables del siglo pasado, ya no corresponde a una cultura política que no legitima las alianzas coyunturales, que son la esencia de esa elección indirecta. Un sistema de circunscripción y voto uninominal, tan prestigiado en las democracias industriales, no dio los mismos resultados en San Juan que lo practicó por largo tiempo. La ley electoral que nos rige, con su discutible mínimo de cinco diputados nacionales por provincia compromete la equidad de los resultados. Un sistema electoral que sólo lleva dos partidos a la Legislatura puede quedar deslegitimado si hay un tercer o cuarto partido con electorado no residual.

No prosigo, porque es claro que no hay régimen electoral inocente. Maurice Duverger que ha contribuido a hacer circular los grandes temas electorales -relaciones entre partidos, función del centro y correlaciones entre las estructuras y los estados de la sociedad- cree que el modo de escrutinio es constitutivo a las instituciones políticas hasta el punto de recrearlas. No sé si tanto, pero ciertamente más que lo que habitualmente creemos. Cuando el presidente Mitterrand se sintió en peligro, sacrificó el escrutinio mayoritario connatural a las instituciones de la V República y con la representación proporcional favoreció el crecimiento de la ultraderecha.

No hay un sistema electoral más democrático que otro, pero los hay más o menos adecuados a la coyuntura, al sistema de partidos y al humor de la sociedad. Mi impresión es que un modo mixto de circunscripción uninominal y de representación personal (San Juan), que hace tiempo he auspiciado <sup>1</sup>, responde generalmente mejor en las democracias no del todo consolidadas.

#### 3. La democracia directa

Es sabido que cada vez más a la democracia representativa se le asocia la democracia directa. No es una cohabitación cómoda. Por de pronto, desde el punto de vista de la ciencia política, la consulta popular es un préstamo que hace la democracia rousseauniana, en que el pueblo luego de haber elegido sigue hablando, a la democracia representativa, donde el pueblo luego de haber elegido calla. Y no es una cohabitación cómoda ni para los representantes que pueden verse desautorizados o menoscabados, ni para los partidos que se ven comprometidos en confrontaciones, a veces, no deseadas.

Estos recelos llevaron a una recepción tímida de la democracia directa en diez provincias argentinas; ahora son más, desde hace años y antes del actual ciclo constituyente provincial, dentro del municipio. No digo tímida porque hubiere vacilaciones, sino por las exigencias para la admisión del evento electoral. La dificultad operativa dejó estas instituciones en desuso.

A pesar de la experiencia insignificante a nivel municipal, el *referendum* del Beagle, dio a la consulta popular un relieve inesperado, sea por la elevadísima participación popular, sea porque cortaba un nudo gordiano. El hecho es que la recepción de las instituciones semidirectas en el nuevo derecho público provincial a partir de 1985 no se limita ya al ámbito municipal. Están previstas con limitaciones explícitas en las consultas populares a nivel provincial.

California y Suiza están a la cabeza del ejercicio del *referendum*. Entre 1958 y 1982 hubo seis en California. Entre 1972 y 1988 hubo en Suiza nueve consultas sobre dieciséis cuestiones. California, por ejemplo, anuló una ley intervencionista en el mercado inmobiliario o rechazó la limitación de centrales nucleares. Suiza rechazó la semana de 40 horas, la cogestión y el planeamiento territorial, la protección de los inquilinos, el desarrollo de los derechos de los consumidores, la abolición del secreto bancario. En 1985, Italia ha rechazado la escala móvil de salarios. En Francia ha nacido una asociación para el desarrollo de la democracia directa que desea que el voto popular, lo que no está previsto para el *referendum* francés, decida sobre el aborto, la inmigración, la libertad de enseñanza y otras cuestiones de sociedad. Argumenta este grupo que el Parlamento ha perdido su soberanía ordinaria en favor del Ejecutivo y que hay que devolverle la palabra al pueblo.

Mi impresión es favorable al *referendum* en problemas de competencia nacional, provincial y municipal. Admito que su costo social es grande, como lo observamos en cuanto a la ley de amnistía en Uruguay, pero en opciones que dividen la opinión, la palabra del pueblo es saludable para exorcizar los juegos de la dirigencia política.

Una observación final: han sido tan frecuentes las críticas al Estado parlamentario, que cabe decir que no implican necesariamente crítica al Estado representativo Y cabe añadir que no toda crítica a la democracia representativa conduce sin más a la democracia directa.

#### 4. El desarrollo

Las relaciones de democracia y desarrollo deben algo a la experiencia de políticos, sociólogos y economistas. Podemos insinuar algunas teorías menos consistentes: la norteamericana de la localización geográfica, meramente descriptiva, según la cual, la democracia pertenece a un espacio dado; también la neomarxista, que niega a la periferia la posibilidad de desarrollar sistemas democráticos; asimismo, las de ciertas escuelas de la dependencia, que creen inevitable el autoritarismo en sociedades dependientes o prejuzgan qué regímenes autoritarios son más afortunados en economía, como si nos sintiéramos autorizados a construir una teoría por comparación de Argentina y Chile.

Giuseppe Scanni <sup>2</sup> confía, al contrario, en la eficacia democrática para el desarrollo. Une a las pruebas un cierto voluntarismo: cinco países exhiben resultados razonables, pero otras

reflexiones lo llevan a compartir la opinión de que en el Tercer Mundo sería mejor hablar de sistemas protodemocráticos, a causa de la fragmentación de las élites, tanto por la gran cantidad de funciones conflictivas a cargo del Estado, como por la redistribución exasperada de las economías pobres. Las divisiones entre las élites se convierten en la fuerza motriz de las movilizaciones desestabilizadoras.

Su optimismo comparte el de Kenneth Galbraith, en el sentido de que en cierta etapa del desarrollo económico, la democracia se hace "inevitable", porque la sociedad se hace más articulada, los intereses se diversifican y organizan a medida que los ciudadanos exigen más participación y libertad. Al crecer el alfabetismo, decrece la docilidad política, emergen protagonistas con las clases medias y el poder tiene que atender a crecientes solicitaciones.

### 5. El Estado de partidos

Como dice Manuel García Pelayo, el actual es Estado de partidos y, como consecuencia, su función de representación es hoy una función constitucional.

No lo es todavía en la Constitución Nacional argentina. Pero lo es en las constituciones de provincias, sobre todo, en las nuevas, en que se atribuyen el monopolio de la representación política, al ser los únicos que presentan candidatos.

Podríamos señalar, entre otras, algunas aproximaciones:

- a. Existe una competencia específica de los partidos políticos para la selección de candidatos y otras regulaciones propias del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, las finanzas partidarias.
- b. No debiera existir mandato imperativo sobre los representantes, pero, en general, los partidos pretenden y algunas constituciones les atribuyen la titularidad de las bancas, con lo que la disciplina partidaria puede ser coactiva.
- c. En lo que hace al control de responsabilidad, la periodicidad de las elecciones lo introduce, pero no hay otro control específico en favor de la ciudadanía.

En definitiva, se estima que la definición del partido como agente constitucional del sistema representativo, es inacabada <sup>3</sup>.

Si prestamos atención al régimen argentino de partidos, advertimos que hay un multipartidismo limitado, con tendencia a la opción tripolar, con una sociedad que por ahora estimula el recentramiento de todo el sistema político <sup>4</sup>. Pero el peligro de que el justicialismo pase a ser de partido "dominante" ahora a partido "hegemónico" es totalmente cierto y temible.

Pero los partidos argentinos ahora están destrozados.

#### 6. La descentralización

Acaso no hay tema más actual que la descentralización. Las grandes maniobras de las autonomías han absorbido a la dirigencia europea. Es tanta la bibliografía, que prefiero volver a mis reflexiones de vieja data. La descentralización es una técnica de vida social, porque acerca el poder a las bases. Los cuatros verbos del Estado son: promover, coordinar, ayudar, controlar. Cuando hay descentralizacón, se promueve sin especular, se coordina sin marginar, se ayuda sin condicionar, se controla sin anular.

Pero advierto en la ciencia política, una reacción contra desarrollo sociológico que ignora el derecho. El derecho ha vuelto, y con autoridad <sup>5</sup>.

Pero también debo registrar un efecto no deseado: la descentralización no siempre ha simplificado. El secretario de Estado de Francia para la descentralización, me decía con malicia: "Nosotros hacemos descentralización para reforzar el Estado". Como si quisiera significar también que, o el Estado se descentraliza o muere. Todavía no he podido aprender el juego de competencias en un puerto francés, entre el gobierno central, la región, el departamento y el municipio. Es el precio que ha pagado Francia por una centralización castradora que el péndulo

ha llevado a una fragmentación obstinada.

Este temor a la complicación, me lleva a desear la región entre nosotros como simple coordinación de provincias, sin autoridades electivas o poder impositivo propios.

Como señala Daniel Bell, hay dos temas que van a atravesar el siglo XXI: la integración y la descentralización. Porque lo que es seguro es que el Estado-Nación es demasiado chico para ciertas tareas y demasiado grande para otras. Cuando es chico, hay que ir a las comunidades de naciones. Cuando es grande, a la descentralización.

## 7. ¿Las democracias son mortales?

Jean François Revel planteó esta inquietud, en un libro que va suscitando reacciones en la ciencia política <sup>6</sup>. El no ha puesto en duda que el mundo democrático lidera nuestra civilización en calidad de vida; sólo ha puesto en cuestión las relaciones de fuerza. Sabemos todos que el funcionamiento mismo del sistema democrático, su nobleza, su voluntad de aceptar la contradicción, el no hacer del adversario un enemigo, hacen posible atacarla con operaciones antisistema abiertas o encubiertas. Los conflictos sociales, el terrorismo, debilitan las sociedades democráticas. Lo que Revel estudia es el contencioso entre democracias y Estados totalitarios, donde las primeras se jactan de su ingenuidad y los totalitarios esconden su malicia.

Dejo a Revel para volver sobre mis propios estudios de defensa política. Me equivoqué al elegir ese tema para mi tesis de profesorado, pues los Estados democráticos renuncian muy frecuentemente a defenderse. Promoví ideas que ahora están en la ley de vigencia del orden democrático y en normas provinciales correlativas, pero no estoy seguro de que las democracias sepan reconocer su enemigo y traten de desarmarlo a tiempo.

El tema puede perder actualidad, porque el "efecto" Gorbachov produjo una distensión real, aunque eso no asegure la perduración de la "perestroika". ¿Pero será cierto que sólo Cuba reivindica su derecho a exportar revoluciones? Como escribía bien Mariano Grondona, ahora la persistencia de Fidel lo convierte en un reaccionario. ¿Pero el único?

### 8. ¿Es gobernable la democracia?

La última cuestión, última por ahora, suscitada en la ciencia política es la gobernabilidad de la democracia. Como las hipótesis son múltiples, privilegio dos: para unos, "las contradicciones estructurales de nuestras sociedades resultan de la incompatibilidad entre las exigencias funcionales de la democracia política y las exigencias del desarrollo del capitalismo liberal" <sup>7</sup>. Para otros, la multiplicación de los protagonismos y, más abiertamente, la participación, hace la democracia ingobernable.

Trataré de poner en orden algunas afirmaciones de la ciencia política, no siempre claras ni coherentes.

Luhman cree que en el Estado liberal, la relación gobierno-ciudadanos era reglamentada por lo que se llama retroalimentación negativa: el sistema eliminaba automáticamente las desviaciones; en cambio, el Estado democrático y pluralista está asociado a una retroalimentación (*feedback*) positiva: en principio, todas las demandas están legitimadas y de ahí su extrema politización.

Que toda demanda parezca legítima, sobre todo entre nosotros por un constitucionalismo social de alta temperatura emotiva, no es compatible con las exigencias de ninguna economía no sólo del capitalismo; la economía se funda sobre la escasez y las demandas sobre la prodigalidad.

La crisis del Estado de bienestar puede tener correcciones útiles si se interpreta bien la "economía social" como una articulación de producción y equidad y la "economía subterránea" como desafío a la regulación estatal.

Pero la interpelación más incisiva a la democracia parece preguntarle si demasiada democracia no mata a la democracia. Son los términos de Giovanni Sartori. De ahí, el problema

de la gobernabilidad planteado a la Trilateral por S.R. Huntington. Este piensa que las tensiones de la sociedad posindustrial hacen necesario un modo de gobierno más autoritario, más eficaz que limite la participación política para evitar la sobrecarga del sistema o la aglomeración en los pasillos del poder. Esta afirmación se combina con una de impronta neoliberal; ya que el Estado se vuelve ingobernable por estas tensiones, conviene desestatizarlas y confiarlas a la sociedad o al mercado: habría más flexiblidad y creatividad, por una parte, y, por otra, el Estado correría menos peligro.

El planteo es correcto. Veamos ahora la respuesta, aunque sea aproximada. Dos posiciones deben rechazarse, me parece: por una parte, la de los que se disponen a poner en cuestión la democracia misma; por la otra, los demócratas voluntaristas y románticos que rechazan el interrogante.

Reflexionando mi respuesta, debo decir que la democracia de asamblea, la deliberación permanente, efectivamente puede matar la democracia. Está bien que el mayo francés pidiera "la imaginación al poder". Está bien que llenara los anfiteatros de la Sorbona y otros menos ilustrados. Pero los anfiteatros son efimeros. Los cocktails Molotov se cambian en pocos años por los cocktails mundanos...

Recuerdo cierto acento profético en la *Populorum Progressio* de Pablo VI: en el horizonte del mundo nuevo se insinúan la igualdad y la participación. Participación, pues, pero gradual y responsable. ¿Por qué gradual? Para ir de lo más simple a lo más complejo: por ejemplo, de la participación de los padres en las escuelas o de los beneficiarios en los órganos de previsión social a la participación consultiva de los trabajadores en la empresa. ¿Y por qué responsable? Porque no es saludable admitir a quienes no tienen dentro del sistema una responsabilidad específica: o se politizan o distorsionan su accionar con fines extra institucionales o se movilizan con grupos antisistema. Las universidades nacionales argentinas saben algo de esto.

¿Qué quiere decir gobernabilidad de la democracia? Por de pronto efectividad para que la insumisión no pague. Enseguida legitimidad, como un fondo de reserva que alienta a un grupo insatisfecho a mantenerse dentro de la legalidad. Pero finalmente la justicia es también una condición de gobernabilidad, aunque de la justicia hay demasiadas interpretaciones. Podría internarme en las reflexiones de Jean Leca sobre el tema, pero nos llevarían demasiado lejos.

Prefiero mi certeza abierta a la prueba de los hechos de que una participación gradual y responsable no hace a la democracia ingobernable.

#### 9. La fenomenología contemporánea del poder

Las cuestiones que he examinado hasta ahora contribuyen a que cada democracia tenga una temperatura. Pero la sensación térmica la ofrecen otros factores entre los cuales quiero señalar lo que bien podemos llamar la fenomenología del poder.

Deseo poner de relieve tres coyunturas del Estado occidental y quizás de todo Estado contemporáneo, menos algunos pocos que se mantienen al margen, como la Cuba del miedo y del tedio, o algunos países que podrían defender su legítimo sentimiento religioso sin condenar a muerte a quienes lo ofenden, u otros, tan envueltos en sus contingencias que van como fantasmas por la historia.

## ¿Qué coyunturas?

Me parece ser la primera el agotamiento de un modelo estatizante de lo público que deja lugar a un nuevo trato entre Estado y sociedad.

Lo público configura la sociedad política. Lo privado son los espacios de libertad y de personalización de cada uno de nosotros.

Lo público y lo privado son los dos polos que desde la Edad Moderna atraen las aspiraciones y los comportamientos de los hombres, se entrecruzan, se disputan, concuerdan, triunfa uno y el otro se desquita luego. La historia es como una espiral cíclica de flujos y reflujos de lo privado y lo público.

Ahora lo público está en dificultades: o en retirada ordenada o en rendición incondicional. Entre nosotros no: su ineficacia lo hace obstinado y como la sociedad es su cómplice, las relaciones se enturbian.

El último ciclo ascendente de lo público empezó en el '30. Me sonrío cuando se les recuerda a los conservadores que sus gobiernos iniciaron las intervenciones y las regulaciones del Estado. Es cierto. Creo que consiguieron atenuar los efectos devastadores de la Gran Depresión Mundial sobre nuestro comercio exterior. El que la perversa intervención del Estado se hiciera después, tal es decir, se profundizara como una gangrena, fue en parte culpa argentina pero favorecida por una tendencia entonces mundial. En efecto, en los años '30 se instala el Estado social, expandido en Europa en la posguerra. Roosevelt inventa el *New Deal* y abre nuevos espacios al gobierno. Sólo que en los Estados Unidos los programas asistenciales fueron descentralizados y se contrataron con el sector privado. El Estado no incorporó infraestructura económica. En la Argentina, al revés, y así nos ha ido.

El ciclo ha cambiado en Occidente y quizás en el mundo. El reflujo de ese estilo omnipresente de lo público, es un desafío para la sociedad: el de ocupar los espacios que le pertenecen, para que el Estado siga siendo el "gerente" del bien común y el "garante" de las reglas de juego del orden social espontáneo.

La segunda coyuntura está ligada con la primera: es que el Estado social de derecho tiende a disociarse del Estado de bienestar (*Welfare State*). El Estado de bienestar, que tomó el nuestro a su cargo, está en crisis. No lo dicen sólo los manifiestos liberales sino la propia literatura social demócrata, por la escasez de recursos para satisfacer expectativas crecientes, aceleradas por todos los populismos y las ingenuidades históricas. Ese Estado de bienestar es fruto de la complicidad de lo privado y lo público. Nace primero por un individualismo desordenado que convierte en "lo público" sus aspiraciones particulares: el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a la seguridad social es la privatización de lo público. Pero transferidas estas aspiraciones justas de nuestra responsabilidad personal a la responsabilidad pública, los responsables de lo público dan prevalencia a sus intereses corporativos. Detrás de este juego de palabras se esconde una clave de la realidad latinoamericana y también mundial. Es afuera donde se ha dicho que el Estado de bienestar nos ha llevado al presente estado de malestar.

Hicimos un cuchillo que primero no tenía hoja pero ahora tampoco tiene mango; ni mangos, no es cuchillo.

Por eso, el Estado social de derecho que asocia la libertad a la solidaridad, que respeta los derechos humanos y la legitimidad democrática, tiende ahora a atenuar el Estado de bienestar.

La tercera coyuntura a que me refiero es el recentramiento del proceso político. Derecha e izquierda es una clasificación bicentenaria. Con la madurez de los años, ahora busca el centro político en todo Occidente. Cuando conviví en Europa con gobiernos de coalición, aprendí que las sociedades no siempre hacen posible que el centro gobierne, pero, muchas veces quieren, sí, ser gobernadas desde el centro; el centro no es jacobino, es moderado, negocia y reabsorbe los conflictos.

#### 10. El control del poder

Quisiera finalmente señalar que la democracia pluralista no vive de sí misma: depende de otras fuerzas y de otras energías. Una reflexión sobre el control del poder me conducirá a una visión metapolítica de la democracia.

La inquietud por el control del poder nace de una situación paradojal: el Estado dispone de

todos los medios pero no puede proponer fines últimos; la persona se propone fines últimos pero no tiene todos los medios para realizarlos. Por esa necesaria complementación de carencias, toda institución humana -el Estado, la democracia, el derecho, la seguridad- tiene fundamentos que van más allá de sí mismos.

A la sustancia política, la precede la sustancia jurídica y a ésta, a su vez, la sustancia ética. Este es el desarrollo de un teólogo salmantino, Olegario González de Cardedal <sup>8</sup>. Lo comparto. ¿Qué es la sustancia ética? "El conjunto de bienes jurídicos, de convicciones morales fundamentales, de instituciones en las que aquéllos y éstas se expresan, realizan y defienden. En torno a la dignidad de la persona humana, esencialmente".

Lo que necesita el Estado contemporáneo, donde "todo poder es corruptible y el poder absoluto absolutamente" (lord Acton) es echar raíces en una ética civil y en una cultura abierta.

Moral civil es el conjunto de ideales últimos, de valores intermedios y normas particulares a través de los cuales un pueblo vive su destino como humano, logra su identidad histórica y realiza una misión dignificadora en el mundo, como si dijéramos dignidad personal, responsabilidad asumida y eficacia histórica.

Cultura abierta es, a su vez, la que permite al hombre estar en el mundo como hombre: como ser dotado de sentido, abierto a la trascendencia, necesitado de configurar su entorno, ordenado al prójimo como a un tú -en- libertad, capaz de expresar su mundo interior.

Señala finalmente González de Cardedal que el poder absoluto entra absolutamente en crisis cuando aparece ante el hombre como algo del todo exterior a sí mismo, y no encuentra en él un eco de lo que es su naturaleza, su historia, su conciencia y su libertad. La inmunidad del poder lo hace frágil cuando parece fuerte por un ejercicio impune, positivista, del mando.

### 11. En las raíces de la democracia

Podemos especificar más esa indigencia de la democracia, que no menoscaba su nobleza sino que al contrario la pone de manifiesto. No vacilo en apoyarme en las reflexiones del cardenal Joseph Ratzinger <sup>9</sup> sobre *Cristianismo y democracia pluralista*. La hipótesis es que el Estado liberal y secularizado no es una *societas perfecta*, porque vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. ¿Por qué? Porque hay algo en nuestro tiempo que amenaza a la democracia. Es algo así como la reacción contra lo existente, la certeza de que la historia hará la síntesis, una escatología de la inminencia que echa raíces en tres aspectos fundamentales:

El primero es la superación del *ethos* por la "estructura", entendiendo por *ethos* la vivencia de los valores morales en la vida emocional de cada uno o de los grupos o la sociedad <sup>10</sup>. Quiero decir con ello que el bien o el mal no serán dados por la fuerza ética de los hombres, sino que vendrá prefabricado por las estructuras. Ya de esto tenemos síntomas suficientes.

El segundo es un producto cultural, según el cual la razón que cuenta es sólo la razón cuantitativa, la de las matemáticas y las ciencias experimentales, con lo cual desplazamos también la moral por la técnica.

El tercero es la pérdida del sentido trascendente de la vida.

Y de ahí que este teólogo agudo persista en señalar la fundamentación cristiana del *ethos* político, porque la democracia pluralista necesita una animación que no puede darla por sí sola la estructura ni la razón cuantitativa que no albergan la moralidad de la acción humana.

Por eso es bueno que "el Estado reconozca que todo un patrimonio de valores refundidos en la tradición cristiana, constituye el presupuesto de su propia consistencia". Déjenme recordar que así se ha logrado en el ciclo constituyente provincial, donde, como he escrito, "sin guerra de religión y sin silencio de Dios", la tradición cristiana ha sido acogida como nuestra propia identidad, sin sacrificar la libertad e igualdad de cultos. Pero esta tradición se va abandonando.

Nace en Bergson la idea de que la democracia tiene resonancia evangélica. Para Maritain es racionalizar moralmente la vida política. Para Linsay, la libertad y la igualdad son mensajes cristianos. Para Pío XII, el ciudadano tiene que ser oído. La democracia, sin ser el único régimen político posible, arraiga bien en el *humus* cristiano 11.

Bajo esta convicción, podemos repetir lo que escribe Octavio Paz: la democracia latinoamericana llegó tarde y ha sido desfigurada y traicionada una y otra vez. Ha sido débil, indecisa, revoltosa, enemiga de sí misma, fácil a la adulación del demagogo, corrompida por el dinero, roída por el favoritismo. Sin embargo, mucho de lo bueno que se ha hecho en América Latina, desde hace un siglo y medio, se ha hecho bajo la democracia o hacia la democracia.

#### 12. Vivimos en alerta

Pero en el 2007 estamos en alerta. La democracia está degradada por tres peligros, al menos: el primero, la concentración de poder en el Ejecutivo; el segundo, la destrucción del sistema de partidos, y el tercero, el populismo.

Algunos países registran una tendencia al poder hegemónico a causa de la gobernabilidad necesaria; otros, ya lo han construido destruyendo el Estado de derecho. Las reelecciones se hacen más frecuentes y si no hay alternancia se insinúa la corrupción, que ya ni siquiera da vergüenza.

Como las sociedades se han fragmentado, por el individualismo que ha disuelto los vínculos sociales en los egoísmos particulares, los partidos también. Por eso se vuelve a postular el sistema de lemas.

Pero, el populismo está en todas partes. Con reconocimiento o sin él, los piquetes gobiernan el humor de la sociedad.

Estas insinuaciones bastan para interrogarnos sobre la suerte actual y futura de la democracia. Prefiero decir como Descartes que soy un "optimista sin ilusiones".

## Notas

11

Alfredo C. Rossetti, El problema de la democracia, Córdoba, 1982, pág. 273.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pedro J. Frías, "Votar en provincia", en La Nación, 4/4/83.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Giuseppe Scanni, "Democracia, desarrollo y el papel del Estado", en *Desarrollo*, Madrid, N° 14, 1989, pág. 48 (confr. también Ronald Inglehart, "Cultura política e democrazia stabile", en *Il politico*, Pavia, N° 146, 1988, pág. 311.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Angel Rodríguez Díaz, "Análisis de la representación política", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, N° 58, pág. 186.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Manuel Ramírez, "El sistema de partidos en Europa", en *Revista de Estudios Políticos*, 1988, N° 59, pág. 7. <sup>5</sup> Jean Louis Clergerie, "La décentralisation" en *Revue de Droit Public*, París, 05/88,

jean Louis Clergerie, "La decentralisation" en *Revue de Droit Public*, Paris, 05/88, pág. 1.229.

 $<sup>^6</sup>$  J.F. Revel y otros, "¿Les démocraties sont-elles mortelles?, en *Revue politique et parlementaire*, N° 906, 1983, pág. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Jean Leca y Roberto Papini, ¿Les démocraties sont-elles gouvernables?, París, 1985, pág. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Olegario González de Cardedal, *El poder y la conciencia*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> En revista Conciencia, N<sup>ros</sup> 10 y 11, Buenos Aires, 1988. Texto original en *Communlo*, 1985, N° 14.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Karol Wojtyla, *Max Scheler y la ética cristiana*, Roma, 1980, pág. 25.

## EL PENSAMIENTO RELIGIOSO EN LA ASOCIACIÓN DE MAYO

por Luis E. Martínez Golletti \*

En memoria y homenaje a mi inolvidable profesor de Derecho Político, el doctor Faustino J. Legón

I

Transcurría el año de 1837 cuando un grupo de jóvenes, treinta o treinta y cinco según opinión generalizada, fundó en la Librería de Marcos Sastre, en pleno Buenos Aires, el Salón Literario.

Sus cabezas pensantes habían nacido en los tiempos de los sucesos de mayo de 1810. Esteban Echeverría, el mayor, en 1805; Juan María Gutiérrez en 1809, y Juan Bautista Alberdi en 1810. Todos ellos integraron la famosa Generación del '37.

Les preocupaba la suerte de la patria. Eran tiempos azarosos en los cuales las Provincias Unidas del Río de la Plata pugnaban por salir de la anarquía que asolaba al país, divididos sus habitantes en dos fracciones irreconciliables; sin instituciones estables, y sometidos todos al gobierno de don Juan Manuel de Rosas, el gobernador de Buenos Aires.

Hay una carta del Libertador Gral. José de San Martín, fechada el 8 de mayo de 1830 y dirigida al doctor Vicente López, donde aquel exponía con crudeza las causas de los males que les impedían arrancar: [La causa de veinte años de no interrumpidas agitaciones] "no pende tanto de los hombres como de las instituciones, en una palabra, las cuales no ofrecen a los gobiernos las garantías necesarias".

Quienes integraban la tertulia del Salón Literario de Marcos Sastre coincidiendo en ese diagnóstico, se aplicaron a resolver el problema. De sus conversaciones y discusiones nació la idea de transformar el Salón Literario en una asociación, La Joven Argentina, que hizo su presentación en sociedad con un ágape celebrado en la noche del 8 al 9 de julio de 1838 en la fonda de un tal Schmidt, oportunidad en la que los asistentes procedieron a aprobar por aclamación un Credo o Creencia de 15 *Palabras simbólicas*, mediante las cuales se daban a conocer los fines de la institución, que luego concluyó llamándose Asociación de Mayo.

La concurrencia encargó asimismo a los ya nombrados Echeverría, Alberdi y Gutiérrez, que procedieran a hacer la glosa de ese Credo. La tarea se centralizó en Echeverría, por razones de unificación de estilo; habiendo colaborado también Alberdi en la parte política.

Cuando Alberdi se exilió a Montevideo en 1838, llevó consigo ese trabajo. En 1846 Echeverría, ya exiliado también él, procedió a reeditarlo, agregándole una *Ojeada retrospectiva*, todo lo cual se publicó en un libro que se tituló *Dogma socialista de la Asociación de Mayo precedido de una Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 1837* (en adelante, lo citaré en forma abreviada como *Dogma socialista*). Dadas las numerosas ediciones que ha tenido este libro, diré que me he servido de la publicada por La Cultura Argentina aparecida en Buenos Aires en 1915, que usé en mis tiempos universitarios.

Para completar estos datos introductorios, agregaré que la Asociación de Mayo fue materia de estudio en un curso de Investigación de Derecho Político que dirigiera el entonces profesor de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor Faustino J. Legón. Los trabajos presentados en ese curso por los alumnos intervinientes, entre los cuales yo me contara, fueron recopilados por disposición del Consejo Directivo de la mencionada Facultad en un libro que lleva una Introducción del propio profesor Legón <sup>2</sup>.

Aun cuando titulamos este trabajo "El pensamiento religioso de la Asociación de Mayo", hay que decir que Esteban Echeverría y su *Dogma socialista* cobran un protagonismo especial en el desarrollo del tema elegido.

Cuando se redactara el Credo de La Joven Argentina se discutió si se incluía en él el tema religioso. La opinión mayoritaria fue favorable a su inclusión: "a nuestro pueblo, si le quitáis la religión, ¿qué le dejáis?", puede leerse en la Ojeada retrospectiva. Pero, para incluirla, medió también una razón de orden político: el valor de la religión como elemento aglutinante de los pueblos.

Así, el Credo incluye la siguiente 6ª Palabra simbólica: "Dios, centro y periferia de nuestra creencia religiosa: el cristianismo su ley".

Esta *Palabra* tiene un trasfondo que resulta necesario desentrañar si de lo que se trata ahora es de conocer el pensamiento religioso de la Asociación de Mayo.

Por de pronto, en ella se hace referencia al cristianismo.

¿A qué cristianismo ha querido referirse? Trataremos de averiguarlo con espíritu crítico pero respetuoso.

#### Ш

Religiones conocidas como cristianas hay muchas.

La primera de ellas fue la creada por el propio Jesucristo (Mateo, 16, 18), llamada Católica, por ser universal, y Apostólica, por provenir de los apóstoles de Cristo, que fueron quienes recibieran de El el mandato evangelizador (Mateo, 28, 18-19 y Marcos, 16, 15). Esta Iglesia es llamada también Romana, por tener su cabeza en Roma; siendo el Papa, su supremo pastor (Mateo, 16, 18).

Producido el derrumbe del Imperio romano con la invasión de los bárbaros, su parte oriental se separó de la Iglesia primitiva para formar una nueva iglesia, la griega u ortodoxa, que, a su vez, procedió a la evangelización de la Rusia y se fue separando del sector occidental. Hoy, Grecia, Rusia y Rumania constituyen lo más importante de la religión ortodoxa, quedando el resto del antiguo Imperio romano en manos de la primitiva Iglesia; apareciendo, entonces, dos iglesias separadas entre sí, pero con un origen común.

Fue el gran cisma del año 1054, como resultado del cual surgieron dos iglesias distintas: la Católica y la griega u ortodoxa; siendo la segunda, la que evangelizara Rusia. Ambas mantuvieron su creencia en un mismo Dios, aunque se distinguieron entre sí por sus distintas culturas, sus propios idiomas y sus propias prácticas religiosas. Pero las dos se consideraron a sí mismas "cristianas".

Después -estamos saltando etapas- la aparición de la imprenta suscitó el interés de los fieles por la lectura de los libros sagrados; y, como consecuencia de ello, la Iglesia romana se vio alcanzada por el fenómeno de la libre interpretación de la Biblia, que posibilitó a los creyentes interpretar los textos sagrados del modo que mejor entendió cada uno. Prevaleció el libre arbitrio.

Se perdió entonces la unidad en la interpretación de los textos sagrados y comenzaron a aparecer nuevas iglesias que se llamaron, también ellas, cristianas. Fueron las iglesias "protestantes".

Como dice un historiador, en estas nuevas iglesias, el razonamiento humano prevaleció sobre el misterio de la revelación <sup>3</sup>. Los primeros reformadores fueron en buena parte clérigos. El más notorio fue Martín Lutero, monje agustino nacido en 1483.

Como consecuencia de todo ese proceso, que llevó siglos en consolidarse -las iglesias ortodoxas aparecieron en 1054, en tanto que con Lutero ya estamos en el siglo XV- la expresión "cristianismo" perdió su significado primigenio y esa denominación, iglesias "cristianas", pasó a ser de uso común.

De tal manera, nos encontramos hoy con tres grupos de religiones "cristianas": la Católica Apostólica Romana, las evangélicas o protestantes y la griega u ortodoxa. Las dos últimas, a su vez, se componen de distintas iglesias sedicentes "cristianas" <sup>4</sup>.

¿Cuáles son estas iglesias separadas de la Iglesia romana?

El P. Juan José Ribone, en un trabajo titulado *El panorama de las divisiones que han herido la unidad del cuerpo de Cristo*, enumera las siguientes, clasificadas en ocho grupos, a saber: 1°) las iglesias antiguas orientales; 2°) las iglesias ortodoxas; 3°) el protestantismo y la primera reforma: Lutero; 4°) el calvinismo y la segunda reforma: los presbiterianos; 5°) la tercera reforma: el anglicanismo (Iglesia de Inglaterra) actualmente, una comunidad de iglesias de tipo episcopal vinculadas con la primera, que tiene su sede en Canterbury. Cada una de ellas tiene su propia autonomía; 6°) las iglesias bautistas, separadas del anglicanismo y establecidas en Holanda; 7°) las iglesias metodistas, o metodismo, aparecidas corriendo ya el siglo XVIII, agrupadas actualmente en una conferencia metodista mundial; 8°) las comunidades pentecostales, movimiento iniciado en los últimos años del siglo XIX.

Se conoce asimismo otro movimiento: el nuevo cristianismo de Henry de Saint Simon y su discípulo, el P. Enfantin. No es ésta una religión "separada" del cristianismo, como las que figuran en la enumeración del P. Ribone. No ha salido del campo de la teoría y no se trataría sino de un *aggiornamento* de las prácticas del cristianismo dirigido a cubrir, según sus autores, los nuevos requerimientos de la humanidad. Si lo recordamos, es por las repercusiones que tuvo en Echeverría, como se verá más adelante.

Desde el Concilio Vaticano II, especialmente, a partir del papado de Juan Pablo II, los fieles de las iglesias protestantes mencionadas por el P. Ribone comienzan a ser llamados "hermanos separados". Se trata de un acercamiento notable; así como el operado con el judaísmo, considerados, también a partir de Juan Pablo II, como "nuestros hermanos mayores".

Ahora bien: ¿a cuál de todos esos "cristianismos" se habrá querido referir el Credo de la Asociación de Mayo en su 6ª *Palabra simbólica*?

Para dar la respuesta adecuada resulta esclarecedor el hecho de que el catolicismo llegó a la América española apenas producido su descubrimiento. Tratándose de tierras pobladas por nativos del lugar, fue preocupación de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, los entonces reinantes Reyes Católicos, procurar la conversión de esos nativos a la religión católica.

Para facilitar tal propósito, el Papa Alejandro VI dictó el 4 de mayo de 1493 la bula *Inter cetera*, mediante la cual dispuso conferir a los reyes de España, y a sus sucesores, el dominio temporal necesario "para que sea posible la predicación del Evangelio".

Fue así como "la religión de nuestros padres", como la denominara Alberdi en sus *Bases*, capítulo XVIII, no fue otra que la católica, apostólica, romana. En esa obra se la llama indistintamente "catolicismo" o "cristianismo"; pero el Credo de la Asociación de Mayo usa la segunda de esas dos denominaciones.

En cambio, es llamada "católica" en la Constitución de 1819, en la Constitución unitaria de 1826, en el proyecto de Constitución elaborado por Alberdi en sus *Bases*, en las constituciones nacionales de 1853 y 1949, y en la reforma de la de 1853 sancionada en 1994, actualmente en vigencia.

Corresponde señalar que cuando se introduce en el Credo de la Asociación de Mayo la religión cristiana, quienes así procedieron tuvieron en cuenta, no tanto su carácter de ser una religión, sino pensando en su valor *instrumental*, o sea, de algo que sirve para otra cosa. Lo dice el propio Alberdi en sus *Bases*, capítulo citado, donde escribe lo siguiente: "En este escrito de política [la Religión] sólo será mirada como resorte de orden social, como medio de organización política: pues, como ha dicho Montesquieu, es admirable que la religión cristiana, que proporciona la dicha del otro mundo, haga también la de éste". 5

Consiguientemente, usaron a la religión católica como herramienta política. A ellos,

políticos y no teólogos, les interesó de una manera especial el uso político que el hecho de que sea una religión.

Pero hay más. La prof. Hilda Chamorro Greca de Prado, en un valioso trabajo dedicado a Echeverría <sup>6</sup>, nos da otro dato importante cuando nos dice que éste, durante su estadía en Europa, leyó una serie de autores, pero "más que lecciones realizó lecturas y asistió a lugares en donde se discutían nuevas ideas en el orden político". ¿Fue un autodidacta? No me atrevería a decirlo; pero, en todo caso, el hecho hace pensar que esa modalidad de su trabajo intelectual bien ha podido ser la causante de algunas desviaciones teológicas en su pensamiento y de algunos desencuentros entre la doctrina católica, que es dogmática, y el pensamiento echeverriano que, a veces, no lo fue tanto, como se verá.

IV

En esas lecturas, Henry de Saint Simon ocupó un lugar importante. El Prof. Olsen A. Ghirardi menciona a Saint Simon y los saintsimonianos entre quienes más influyeron en la Generación del '37, a la que Echeverría pertenecía <sup>7</sup>. Tan fue así, que a los miembros de la Asociación de Mayo, José Ingenieros los llamaba "saintsimonianos argentinos" <sup>8</sup>.

Saint Simon y, en especial, su principal discípulo, el P. Enfantin, fueron los creadores del nuevo cristianismo.

Sobre este movimiento religioso se han escrito muchos libros. Inicialmente, éste no tuvo ese objetivo pues su fundador perseguía otras finalidades, no religiosas sino socio-industriales.

Henry de Saint Simon, economista más que filósofo, no tuvo pretensiones de fundar un sistema religioso sino que su actividad se orientó especialmente a solucionar un problema social, el de la lucha de clases, que hacía su aparición en el mundo de la industria. Pero aquello, que comenzó siendo un problema económico-social, fue evolucionando paulatinamente hacia una doctrina religiosa.

No fue Saint Simon sino su discípulo el P. Enfantin quien más se ocupó del asunto. Y como la causa del problema a resolver era moral, se entendió que para erradicarlo había que comenzar removiendo la causa, que no era otra que el hecho de practicarse una moral basada en el cristianismo. Se entendía en tal sentido que había que instalar un sistema de moral "terrestre", para ser aplicada en la tierra, que reemplazara la moral cristiana, prevista para el cielo (moral "celestial"). Fundaba, este cambio, en el hecho de que la moral tradicional, a su juicio, habría dejado dos vacíos a cubrir: 1º) en la relación gobernante-gobernados, debía sustituirse la condición de jefes de los primeros por la más lógica de agentes encargados de dirigir la sociedad; 2°) había que destruir asimismo otro principio malsano en uso, según el cual, los pueblos sólo pueden lograr la felicidad a costa de los males del vecino; causa, a su vez, de las guerras y de los proteccionismos. La actual era una forma de moral que no debía desempeñar en la vida futura sino un papel secundario. En ese sentido, para ellos, el principio cristiano jamás ha sido otra cosa que un principio moral y no un principio social. Concluían proponiendo buscar las consecuencias positivas de ese nuevo enfoque, señalando las dos siguientes: 1º) el poder temporal debe pertenecer a los hombres útiles; 2°) el poder espiritual debe ir a quienes poseen los conocimientos útiles.

Con este simple cambio, el sistema industrial no sería otra cosa que un cristianismo transformado en institución *política*. Pero esa situación -advertían- no podrá darse mientras el poder permanezca en manos de los guerreros y de los teólogos. El resultado de este cambio será una sociedad más ventajosa para el mayor número. Es el nuevo cristianismo.

Todas estas cuestiones aparecen tratadas en distintas publicaciones de Saint Simon y, de su discípulo, el P. Enfantin, las cuales han sido reunidas en una colección editadas en París por Dentù Editeurs, entre 1865 a 1869, titulada con el nombre común de *Oeuvres*, de Saint Simon et Enfantin. De ellas interesan especialmente para este tema las siguientes: *Cartas de un habitante de Ginebra a sus contemporáneos* (vol. I, pág. 22); *Carta al Rey* (vol. XXII, pág. 139); *Escrito* 

a los filántropos (vol. XXII, pág. 85); Nacimiento del cristianismo (vol. XIX, pág. 174) 9.

En materia religiosa, un pensamiento grato al saintsimonismo es el desarrollo de la humanidad; y, en paralelo con este último, el desenvolvimiento progresivo de las religiones: primero fueron el fetichismo y la idolatría de ídolos, cosas y fenómenos naturales a los cuales se les asignaban poderes sobrenaturales; después, el politeísmo; y, finalmente, las religiones monoteístas: el cristianismo, el judaísmo y el islamismo.

Ahora viene el nuevo cristianismo; cambio necesario, se estimaba, pues, después de dieciocho siglos de vigencia, el cristianismo había quedado desactualizado; tornándose imperioso, entonces, pasar a un nuevo estadio que le restablezca a esa religión en su pureza original.

V

¿Cuáles pueden haber sido las causas de las simpatías de Echeverría y sus conmilitones por el saintsimonismo religioso?

Mi conjetura es la siguiente: decidida la inclusión de la religión en el Credo de la Asociación de Mayo, Echeverría, líder, cabeza pensante y portavoz del grupo, no pudo dejar de advertir en sus lecturas, las críticas del saintsimonismo a las prácticas cristianas tal como eran aplicadas. No advirtió, al parecer, el error lógico del saintsimonismo cuando arremetía contra el dogma para enmendar la praxis, sino que tomó por buenas las críticas del saintsimonismo y, sin dobleces él, las llevó al *Dogma*.

Es así como muchas de esas críticas las vemos aparecer después en las glosas de Echeverría a la 6ª *Palabra simbólica*. Se comprueba aquí una vez más cómo un error conduce a otro error. Señalaré algunos ejemplos <sup>10</sup>:

Estando fundado el cristianismo en la *fraternidad*, ésta, de hecho, sólo podrá lograrse en el cielo; es decir que esa religión admitía la fraternidad entre los individuos, pero no la consideraba como dogma *social*. Consecuentemente, se dejaba a la tierra librada al mal y se reservaba el bien para la vida futura

Mientras el cristianismo proclamaba la igualdad de los hombres en Jesús, dejaba subsistente en la tierra, la esclavitud y la opresión de los pobres por los ricos.

No es injusto mantener el principio de jerarquía entre los hombres, porque la igualdad absoluta es una quimera <sup>11</sup>; pero ha sido pagana en aceptar el principio de la desigualdad fundada en la fuerza y en el azar antes que la desigualdad basada en el mérito; librando así la suerte de los débiles a la bondad arbitraria de los fuertes, en lugar de confiarla a la protección imparcial y equitativa de la sociedad entera. En una palabra, se criticaba no haber impuesto la ley cristiana a la sociedad política.

Su dogma -el del cristianismo- es incompleto; siendo su vicio fundamental, el rebajamiento y reprobación de la carne y de la materia: su objeto es, exclusivamente, el espíritu, en tanto que la carne sólo está para ser mortificada por el primero. En ese sentido, había que fundir en una sola, dos cosas distintas, sustituyendo al dios materia y al dios espíritu por un dios "materia-espíritu" <sup>12</sup>.

Otro aspecto: el nuevo cristianismo concebía a la religión como realizando una función de unificación en el orden intelectual; en ella, la moral es lo más importante en tanto que el culto y el dogma sólo son *accesorios* destinados a atraer la atención de los fieles <sup>13</sup>; en este orden de cosas: primero hay que atender la moral; después, al dogma y, finalmente, al culto.

Para marcar aún más las diferencias entre el *viejo* y el *nuevo* cristianismo, si bien la atracción del saintsimonismo se centraba en sus críticas a la praxis cristiana, no se podrían dejar de lado dos aspectos dogmáticos capitales en toda religión, como son los relativos a la naturaleza de Dios y a la vida después de la muerte.

En cuanto a lo primero, el saintsimonismo nunca consideró a Dios como una Persona, como

un ser animado: "tenéis sobrada razón al predicar que es necesaria una teoría general, y que la ciencia sólo en sus relaciones con la filosofía es útil a la sociedad [...] pero os equivocáis gravemente al intentar establecer como base de vuestra filosofía la idea de causa animada. [...] No es la idea de Dios la que ha de relacionar la concepción de los hombres de ciencia, sino la idea de la gravitación considerada como Ley de Dios" <sup>14</sup>. Ese texto del saintsimonismo, dice Durkheim, explica y aclara el pensamiento saintsimoniano cuando propicia la idea de la gravitación como la que debe desempeñar el papel de la idea absoluta, reemplazando a la de Dios. Para ellos, agrega, el mundo no gira alrededor de una causa animada y personal, principio y fin de lo creado, sino que obedece al mandato de una ley, la de la gravitación universal, que ocupa en el concierto de la creación el lugar de Dios <sup>15</sup>. Para el saintsimonismo, pues, no existe un Dios personal.

En lo que se refiere a la cuestión de la vida después de la muerte, el P. Enfantin escribe sobre ello en *Lettre a Duveirier*, de 1830, y en otra obra posterior sobre la vida eterna citada por Janet <sup>16</sup>. La síntesis de su pensamiento es que no interesa la inmortalidad en la otra vida, ni en determinar si existe otra vida que comience después de la muerte. Lo que importa es la inmortalidad sobre la tierra; y ésta no consiste en otra cosa que en una vida ideal, totalmente moral, que se perpetúa en el amor y en el pensamiento de los hombres. Cada momento en la vida del hombre es un resumen del pasado y el germen del porvenir. Así es cómo el hombre no es inmortal por imperecedero, ni por la supervivencia de su espíritu luego del fin de su vida terrenal, sino en cuanto él es, en cada momento de su existencia, la resultante de un desarrollo eterno en ambos sentidos: en lo que hubo antes de él y en cuanto, muriendo, cede su lugar en el mundo a otra persona.

Para la religión saintsimoniana, entonces, no se trata ya de la eternidad del cuerpo o del alma, sino de la transmisión de las ideas que el hombre recibe de sus antecesores y transmite, a su muerte, a sus sucesores. Sólo de este modo, el hombre es inmortal.

Séame permitido recordar aquí a nuestro Jorge Luis Borges, agnóstico y racionalista, cuando, en una de sus geniales *Ficciones* <sup>17</sup> -sus notas sobre libros imaginarios, que no existen (Tlön, Uqbart, Orbis Tertius)- dice algo parecido cuando imagina que en ese mundo fantasmagórico que es Tlön, todo un cosmos que tiene sus propias leyes, una de sus escuelas llega a negar el tiempo, razonando así: "que el presente es indefinido, que el futuro no tiene realidad sino como esperanza presente, que el pasado no tiene realidad sino como recuerdo presente". Ernesto Sábato, a su manera, glosa este pasaje de Borges diciendo "que la inmortalidad se alcance en la memoria de los otros, que la inmortalidad no exista sino en la eternidad: todo es igualmente válido y nada en rigor vale" <sup>18</sup>. Casual coincidencia.

Mi conclusión es que, dadas las diferencias teológicas que se advierten, Echeverría sólo habría tomado del saintsimonismo religioso sus críticas a las prácticas cristianas. Véase cómo lleva esto al *Dogma*.

VI

En pág. 231, nota 1, del *Dogma socialista* hay un pasaje sugestivo: "La filosofía presiente ya y anuncia el nacimiento de una religión del porvenir más amplia que el cristianismo que sirva de base al desenvolvimiento del espíritu humano y a la organización de las sociedades europeas y que satisfaga plenamente las necesidades actuales de la humanidad". Más adelante, justificando la 6ª *Palabra simbólica*, pero, en rara coincidencia con el saintsimonismo, agregará: "Nuestra fe en el cristianismo es completa; lo adoptamos además como la religión del pueblo 'aún cuando quisiéramos verlo reinar con toda su pureza'".

Ese anuncio -¿anhelo?- de una religión más amplia que el cristianismo no puede referirse a otra que no sea el nuevo cristianismo. Echeverría, no lo dice expresamente, pero, conocida la influencia en él del saintsimonismo, y sus reservas contra el clero local que aparecen en el *Dogma*, la alusión no puede ser más directa.

Notamos aquí cierta confusión en el discurso, pues no guarda congruencia reunir dos afirmaciones en principio contradictorias como son declarar, por un lado, "completa fe en el

*cristianismo*" y, por el otro, anunciar *"una religión del porvenir más amplia que el cristianismo*". Ese anuncio, que es como si se lo estuviera esperando y deseando a la vez, empobrece la adhesión al cristianismo respecto del cual se está declarando "plena adhesión". Adhesión *completa, j* y su *purificación*, a la vez?

No obstante, la cuestión se esclarece si se recuerdan las críticas del saintsimonismo a la práctica por parte de los cristianos de sus propias creencias religiosas. Tendríamos así la siguiente secuencia: 1°) el cristianismo; 2°) las críticas del saintsimonismo a su práctica; 3°) finalmente, un nuevo cristianismo que permita purificar la cuestión relativa a la imputada impureza de la religión cristiana tal como fuera creada por su fundador, Cristo Jesús.

Al mismo tiempo, este mismo razonamiento pone de manifiesto un error lógico pues, si para el saintsimonismo el cambio obedece a que los principios cristianos se venían aplicado mal, las que deben cambiar son las malas prácticas. ¿Qué sentido tiene cambiar los principios?

En suma, estamos frente a una cuestión moral. Si se leen con atención las glosas a la 6ª *Palabra simbólica*, podrá advertirse que Echeverría nunca ataca los dogmas del cristianismo sino las conductas.

#### VII

El *Dogma socialista* establece una relación entre el cristianismo y la democracia. La cuestión debe ser examinada cuidadosamente por sus implicancias.

Dice primeramente: "el cristianismo debe ser la religión de la democracia", agregando a continuación: "Religión que no la practique y predique, no es la nuestra" <sup>19</sup>.

A su vez, la 12ª Palabra simbólica propicia la "Organización de la patria sobre la base democrática".

Finalmente, completando esa vinculación entre cristianismo y democracia que se intenta, Echeverría dice lo siguiente: "Queríamos además como instituciones emergentes la democracia en la enseñanza, y por medio de ella en la familia [...] Política, filosofía, religión, arte, ciencia, industria; toda la labor intelectual y material deberá encaminarse a fundar el imperio de la democracia" <sup>20</sup>.

Me pregunto lo siguiente: ¿Pueden relacionarse, y de qué manera, religión y democracia?

Al respecto, enseña Jacques Maritain <sup>21</sup> que "la filosofia, so pena de embrollarlo todo, debe distinguir tres sentidos en la palabra democracia":

- 1°) la democracia "como tendencia social", caracterizada por dar a la clase trabajadora condiciones humanas de vida requeridas no sólo por la caridad sino ante todo por la justicia;
- 2º) la democracia "política" en el sentido de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino, que es una de las formas posibles de gobierno: el gobierno del pueblo, sintetizada por el presidente norteamericano Abraham Lincoln en su discurso de Gettysburg del 19 de noviembre de 1863 con la conocida fórmula: "El gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo";
- 3°) el "democratismo", o democracia en el sentido roussoniano de forma de vida, mito religioso de la democracia, que es cosa distinta del régimen democrático como forma de gobierno. Así entendida la democracia, se confunde con la anterior y concluye en el error de un panteísmo político, la multitud-Dios.

Ahora bien, si a la 12ª *Palabra*, -"organización de la patria sobre la base democrática"- la complementamos con la glosa (*"la democracia en la enseñanza y por medio de ella en la familia"*, etc.), el pensamiento se oscurece porque, mientras la 12ª *Palabra* toma a la democracia como *forma de gobierno*, en la glosa pasa a ser considerada *una forma de vida*, lo cual hace que a la expresión democracia la estemos usando, al mismo tiempo, en dos de sus tres significados posibles, distintos uno del otro.

Es entonces cuando, según Maritain, la cuestión se embrolla pues cada uno de los dos

significados utilizados por Echeverría conducen a distintos resultados: si nos referimos a la democracia como *forma de gobierno*, tal uso resulta coherente con la historia patria pues puede relacionarse con el rechazo por parte de la Asociación de Mayo de la idea que alguna vez se tuvo de implantar en el Plata una monarquía, tomando el ejemplo del Brasil, cosa que en el país se rechazaba.

Así entendida, la 12ª *Palabra* tiene explicación lógica; pero si, en cambio, la tomamos *como forma de vida*, como resulta de la glosa de Echeverría, venimos a caer, sin darnos cuenta, en un totalitarismo absolutamente incompatible con el pensamiento político de Eheverría, que era democrático, sin duda alguna. La lógica se esfuma.

Entonces la glosa me parece objetable por contradictoria con el espíritu de la Asociación de Mayo. Consiguientemente, aquel giro: "La democracia en la religión, el arte", etc., no puede ser tomada de otro modo que como una licencia verbal tendiente a reforzar la opción por la democracia que quería la Asociación de Mayo: de la democracia como forma de gobierno y nada más que eso; siendo éste el alcance que entiendo debe darse a la 12ª Palabra cuando habla de la "organización de la patria sobre la base democrática": Echeverría sólo quiso expresar su rechazo de una forma de gobierno monárquica para el país en ciernes.

El pensamiento de Maritain resulta convincente. Antes que él, José Manuel Estrada ya enseñaba que colocar a la religión entre las instituciones emergentes de la democracia sólo se puede aceptar en un sentido rigurosamente circunstancial por cuanto la Iglesia no puede admitir influencias exteriores <sup>22</sup>. Y el P. Julio Meinvielle, en su libro citado en nota 20 precedente, coincide con los anteriores señalando: "Lo improcedente y ridículo de toda confesión democrática en la solución de problemas universitarios, filosóficos, artísticos [por cuanto] equivale a trasladar una noción puramente política a un orden independiente del político". El P. Meinvielle completa su pensamiento diciendo que "ese es un error en el que nunca puede incurrir un buen católico" <sup>23</sup>.

Objeto, además, aquella expresión de que el cristianismo "deba ser" la religión de la democracia. Afirmación tan absoluta no se compadece con la realidad pues también hay monarquías democráticas, como es el caso de España (conf. art. 1º de su Constitución de 1978). Tal afirmación no es sino resultado del indebido uso de la democracia en cuestiones ajenas a la política, perteneciendo ambos a mundos distintos, el religioso y el político. Aquella afirmación puesta en boca de Echeverría, si algo prueba, es el acierto de Maritain, Estrada y Meinvielle cuando advierten que no se pueden llevar cuestiones políticas a un mundo que no es el de la política, como la religión; de lo cual, y de sus peligrosas consecuencias, ya hemos escrito hace un momento. Por consiguiente, a la democracia se la puede tomar como forma de gobierno posible entre tantas otras igualmente posibles; pero no nos parece atinado adoptarla como forma de vida pues, en este segundo caso, estamos cayendo en un democratismo que, en definitiva, no es otra cosa que un totalitarismo; cosa, esta última, absolutamente incompatible con el modo de pensar de quienes actuaban en la Asociación de Mayo.

Es que, tratándose de una cuestión doctrinaria como la de determinar los alcances de la palabra democracia, siempre será oportuno tener en cuenta la recomendación del Papa Pablo VI en cuanto al cuidado que hay que tener en el uso de las palabras. Hay modos de pensamiento -decía el Papa- que siendo en sí mismos respetables pueden llevar al error <sup>24</sup>. Es lo que en este caso sucede con el uso de la palabra democracia.

#### VIII

Hace al pensamiento religioso de la Asociación de Mayo la figura que Esteban Echeverría nos ha dejado del sacerdote.

En mi opinión, el *Dogma socialista* ha olvidado el principal rol asignado al sacerdote en la Iglesia: ser el instrumento de Dios para ayudar a la salvación de sus criaturas. En lugar de ello, ha priorizado el señalamiento de los derechos y obligaciones que le corresponden ante su

clerecía, cosa que se advierte leyendo su glosa a la 6ª *Palabra*. Obviamente, el sacerdote tiene la obligación de observar la Ley de Dios, predicar tolerancia y no usar la cátedra sagrada para atizar pasiones y provocar venganzas; pero, sin lo primero, su misión queda inconclusa.

Se advierte, además, la influencia del saintsimonismo en esta materia, toda vez que Echeverría adjudicaba al clero una función política, al considerarlos funcionarios públicos y miembros del Estado sometidos a la jurisdicción del gobierno. Lo están, sin duda, en cuanto miembros de la sociedad; pero se olvida que, en cuanto religiosos, se encuentran igualmente subordinados a las autoridades eclesiásticas.

Y es curioso. El saintsimonismo ubica igualmente al sacerdote en un plano político no religioso al considerarlos 'directores de la sociedad', aun de la sociedad política regulada por el Estado.

El paralelismo es aquí notorio.

En otra parte, Echeverría propugna que "los ministros y vicarios de Jesucristo no deben ejercer empleo ni revestir autoridad alguna temporal". Esta prohibición, de alcurnia típicamente liberal y laicista, no se ajusta a las leyes de la Iglesia, en las cuales la prohibición tiene carácter relativo pues sólo alcanza a la militancia política y la dirección de organizaciones sindicales <sup>25</sup>. Al contrario, esa intervención fue aceptada, como lo demuestra la aquiescencia del pueblo con la labor del clero durante las luchas por la independencia, con el Pbro. Alberti y el Deán Funes; después con fray Justo Santa María de Oro defensor de la República y el orador de la Constitución, fray Mamerto Esquiu; más adelante, en distintas convenciones constituyentes; y, en nuestros días, con el caso del obispo misionero Joaquín Pigna.

En aquellos tiempos, como ahora, buena parte del clero pertenecía a la parte ilustrada de la sociedad, lo cual explicaba que se acudiera a ellos en oportunidad de asuntos públicos.

Por consiguiente, la prohibición referida al ejercicio de cargos temporales no coincide con la historia ni con en el derecho canónico; coindiciendo, en cambio, con la filosofia de aquella juventud que orientara ideológicamente Esteban Echeverría. No obstante, nos resulta útil para mostrar el pensamiento liberal de aquellos patriotas.

Al mismo tiempo, no se podría dejar de advertir cierta acrimonia y aspereza de trato en las alusiones al clero. Como ejemplo de lo que decimos, valgan dos párrafos del *Dogma socialista*. El primero: "Verdad es que muchas veces su palabra sirvió a los intereses de la independencia patria, pero pudo ser más útil, pudo ser más fecunda, evangelizando la multitud, robusteciendo el sentimiento religioso, predicando fraternidad y santificando con el bautismo de la sanción religiosa los dogmas democráticos de Mayo". Y el segundo: "los sacerdotes habían desertado del santuario para 'adulterar' (sic) con las pasiones mundanas, y la grey que les confió el Señor se había extraviado" <sup>26</sup>. Si algo de esto último pudo haber ocurrido en casos puntuales, ciertamente que no se puede generalizar.

Por lo tanto, a nuestro juicio, el *Dogma socialista* sólo nos deja una imagen desvaída de la figura del sacerdote católico, al que se despoja de su misión propia -su ministerio como pastor del pueblo-. Echeverría sólo nos deja de ellos su función instrumental ordenada a la organización social de nuestro pueblo; cosa plausible, desde luego, pero insuficiente para colmar la enseñanza de la Iglesia en cuanto a la figura del sacerdote.

Consecuentemente, si buscamos la verdad, hay que decir que ambas funciones deben ser consideradas *complementarias* y no *excluyentes*; de manera tal que ninguna debió ser olvidada. Creemos, que faltó en Echeverría el necesario equilibrio.

Y esto tampoco hay que olvidarlo si en verdad queremos entender el pensamiento religioso en la Asociación de Mayo.

IX

En lo que se refiere a las relaciones entre la Iglesia y el Estado, el *Dogma socialista* registra el siguiente párrafo: "emancipada de hecho [la Iglesia] por la revolución, pudo constituirse en

unidad -en bastardilla en el Dogma- bajo el patronato de nuestros gobiernos patrios, pero en lugar de aprovechar la ocasión para asegurar su independencia [...] se dejó embozalar por Roma y concedió sin oposición alguna al gobierno su sumisión al Episcopado cuyo recuerdo apenas existía en la memoria de los argentinos, con lo que el catolicismo jerárquico volvió a establecerse en la República" <sup>27</sup>.

En este párrafo no aparece suficientemente claro si esa "ocasión perdida" de independencia se refería a la Iglesia romana o a las autoridades episcopales españolas, pues se habla al mismo tiempo de "embozalar por Roma" y de "sumisión al episcopado", sin aclarar a cuál episcopado, el español o el local, se estaba refiriendo.

Por otro lado, un historiador como Julio B. Lafont expresa que la Asamblea del año XIII, en sus declaraciones de independencia llegó "hasta crear una 'iglesia argentina' independiente de toda autoridad ajena a la de las Provincias Unidas", evidenciando así su liberalismo.

Con esto Lafont se refería a tres leyes dictadas por la mencionada Asamblea: por la primera, del 24 de marzo de 1813, declaró abolida la autoridad del tribunal de la Inquisición en las Provincias Unidas, devolviendo a los ordinarios eclesiásticos el cuidado de la pureza de la doctrina. La segunda, sancionada el 4 de junio de 1813, resolvió lo siguiente: "La Asamblea General declara que el Estado de las Provincias Unidas del Río de la Plata es independiente de toda autoridad eclesiástica que exista fuera de su territorio, bien sea de nombramiento o representación real". Y la tercera, del 16 de junio de 1813, dispuso que las comunidades religiosas quedaban en absoluta independencia de todos los prelados existentes fuera del territorio de las Provincias Unidas, debiendo los obispos existentes reasumir sus primitivas facultades ordinarias, pudiendo usar de ellas plenamente en sus respectivas diócesis "mientras durase la incomunicación con la Sede Apostólica".

Estos pronunciamientos de la Asamblea del año XIII constituyen un antecedente del párrafo antes citado de Echeverría; razón por la cual conviene esclarecer los alcances de dichos pronunciamientos.

En primer lugar, que siendo la Iglesia involucrada la católica, que es universal -eso quiere decir *católica*- no se puede hablar de iglesia 'argentina' porque en la Iglesia católica no existen iglesias 'nacionales' <sup>29</sup>.

En segundo lugar, la referencia de Lafont, no se refiere a la Iglesia universal sino a "toda autoridad ajena a la de las Provincias Unidas", en este caso, las autoridades eclesiásticas establecidas en España. Lo contrario hubiera implicado crear un cisma, que no fue lo que las Provincias Unidas pretendían.

Esta interpretación resulta coherente, pues si la Revolución de Mayo implicó la separación de las autoridades españolas -la independencia vendría después, en 1816- pareció razonable que lo mismo ocurriera con las autoridades eclesiásticas españolas, intermediarias en materia eclesiástica entre la Santa Sede y las Provincias Unidas. Confirma la inexistencia de todo cisma la provisoriedad de la nueva situación creada con los sucesos de Mayo: "mientras durase la incomunicación con la Sede Apostólica".

Por lo tanto, no parece feliz la alusión de Lafont a una Iglesia "argentina" que nunca existió.

Consiguientemente, la idea de Echeverría de que la Iglesia pudiera "constituirse en *unidad* bajo el gobierno de nuestros gobiernos patrios", resultaba doblemente impracticable: porque las relaciones existentes entre Roma y la Iglesia instalada en Indias no escapaban al Patronato; y porque ese Patronato era una gracia de carácter personal concedida a los reyes españoles reinantes en ese momento "y sus sucesores" y, como tal, no transmisible a terceros, salvo asentimiento de la Iglesia, cosa que la Iglesia nunca prestó.

Por ello, las ideas, tanto de Echeverría como de la Asamblea del año XIII, carecían de sustento y factibilidad porque, en ambas situaciones, estaba faltando un interlocutor *necesario*, la propia Iglesia, que nunca prestó su consentimiento; y, además, porque, como con todo acierto lo señala el Prof. Pedro J. Frías en un importante trabajo, la comunicación con Roma no se podía improvisar, y aunque los gobiernos patrios la hubieran forzado, "para la Santa Sede era

prematuro" 30.

Como consecuencia de todas esas dificultades, debió pasar mucho tiempo hasta llegar a un arreglo definitivo. Como lo dijera el cardenal Antonio Samoré, en oportunidad de su intervención como enviado de S.S. Juan Pablo II, mediador en el conflicto argentino-chileno de 1978, "las cosas que parecen imposibles, sólo requieren un poco más de tiempo"...

Y el tiempo comenzó a correr hasta llegar el 10 de octubre de 1966, al Acuerdo o Convenio firmado entre la Santa Sede y la República Argentina, ratificado por las partes: la Argentina por ley 17.032 del 23 de noviembre de 1966, y la Santa Sede, el 8 de diciembre de ese mismo año, que puso fin a tan delicada cuestión. Por el art. 1º de ese Acuerdo: "El Estado argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Apostólica Romana, el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos".

Se pudieron cumplir, recién entonces, los viejos sueños de la Asamblea del año XIII y de Esteban Echeverría.

X

Hasta aquí hemos tratado de develar los entresijos de esa cuestión que quedó expresada en el título de este trabajo. A continuación trataremos de sostener nuestras conclusiones.

Con todas las excepciones personales que puedan invocarse, creo que, en general, el catolicismo de las clases ilustradas y progresistas que se estilaba en los tiempos de la Asociación de Mayo fue un catolicismo de corte liberal y laicista. Aprendí de mi antiguo profesor de derecho político de la vieja Facultad de Derecho de la avenida Las Heras en la ciudad de Buenos Aires, Faustino J. Legón, lo que él nos enseñara en sus clases magistrales sobre la Asociación de Mayo: en materia religiosa sus integrantes no llegaron a ser adeptos a la iglesia saintsimoniana, de la que sólo extrajeron algunos conceptos; pero tampoco llegaron a prestar una adhesión plena al catolicismo ortodoxo tradicional en el país. Sus lecciones han quedado escritas <sup>31</sup>.

Creo, también, que si algún intento hubo en tal sentido, esa pretensión de conciliar lo inconciliable -el cristianismo con el nuevo cristianismo- fue el causante de las reticencias que nos dejara Echeverría al fijar su pensamiento religioso sobre la Asociación en el *Dogma socialista*. Esas páginas nos ponen en presencia de un catolicismo en el cual, la fe a machamartillo de nuestros mayores cedió su lugar a un catolicismo diluido y desdibujado; pues, si estamos hablando de "purificarlo", la adhesión inicial deje de ser plena y el discurso pierde entonces su sentido primigenio.

Advertimos, además, que tal intención resulta peligrosa pues tal conducta puede derivar en herejías inaceptables para el cristiano.

Hubo excepciones, desde luego. La de José Manuel Estrada fue una de ellas <sup>32</sup>.

Al mismo tiempo, la preeminencia que se da en las glosas de Echeverría al Estado sobre la Iglesia, abre paso a una suerte de "galicanismo" del que nos hablara no hace mucho Natalio R. Botana <sup>33</sup>: un Estado controlando a la Iglesia y a sus pastores. Esas glosas nos han dejado buenas muestras de ello. A continuación, algunas de ellas:

"El hombre debe encaminar su pensamiento a Dios del modo que lo juzgue conveniente"; "la misión del sacerdote es exclusivamente espiritual"; "los ministros del altar no deben ejercer empleos ni revestir autoridad alguna -Regnum meum no est de hoc mundo-[...] y así les ha señalado los límites del gobierno de la Iglesia"; "los eclesiásticos están bajo la jurisdicción del Estado"; "el clero debe alejarse de la política, poniendo manos a la obra santa de la regeneración moral e intelectual de las masas populares, predicándoles el cristianismo"; "el del sacerdocio es un cargo público puesto bajo la jurisdicción del Estado"; "si alguna religión o culto tendiese pública o directamente, por actos o por escritos a herir la moral social y alterar el orden, será del deber del gobierno obrar activamente para reprimir sus desafueros". Las que quedan expuestas son postulaciones teñidas de ese galicanismo denunciado por Botana.

Se puede apreciar, entonces, que mientras Maritain, en su Primacía de lo espiritual, nos

mostrará muchos años después la cara del catolicismo, en Echeverría aflora, en cambio, el laicismo liberal. Este no es un juicio de valor sino la descripción de un hecho.

Llama asimismo la atención en otros pasajes escritos de Echeverría, una cierta subestimación de la clerecía. Se descartan malas intenciones; pero, a veces, las cosas se dicen sin atender a cómo se dicen; y, como consecuencia de ello, las palabras cobran un sentido peyorativo más allá de la real intención de quienes las pronuncian. ¿Un modo de decir? Es posible; la juventud suele usar un lenguaje directo, áspero, a veces. Tal vez faltó en esto ponderación, olvidando quienes así se expresaron aquello de *fortiter in res, suaviter in modo* de los romanos.

#### XI

Pero las minusvalías que en materia religiosa puedan encontrarse en los trabajos de Esteban Echeverría, que las hubo ciertamente, y que tanto gravitaron en el pensamiento de la época, en manera alguna pueden disminuir el valor de la obra valiente y creadora de quienes fundaron la Asociación de Mayo.

En la personalidad de Echeverría, adalid junto con Alberdi de la tarea emprendida, concurre el filósofo, el sociólogo y el político; y lo religioso, más allá de toda consideración de tipo personal, fue un instrumento ordenado a los propósitos de construir las instituciones del país.

Ciertamente, no fueron teólogos, habiendo sido la emprendida por ellos, una tarea esencialmente política.

Y así hay que entenderlo. Los jóvenes de aquella Asociación buscaban la pacificación de los espíritus, la liquidación de la anarquía y la institucionalización del país. Y en esa dirección marcharon. Los resultados se encuentran a la vista. Gracias a ellos, el pensamiento político del Libertador General San Martín, pudo cumplirse.

Por mi parte, creo estar en lo cierto cuando digo que sin Echeverría, Gutiérrez y Alberdi, y sin la Asociación de Mayo y sus principios rectores estampados en su Credo, tal vez, ni Juan Bautista Alberdi hubiese escrito nunca sus *Bases;* ni hubiésemos tenido la que con justicia Guillermo Becerra Ferrer llamara alguna vez "esa obra maestra del constitucionalismo argentino", la Constitución Nacional de 1853 <sup>34</sup>.

#### Notas

- \* Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- <sup>1</sup> José Pacífico Otero, *Historia del Libertador Don José de San Martín*, Bruselas, Etablissements Géneraux d'Imprimerie, t. IV, pág. 252.
- <sup>2</sup> Doctrina política de la Asociación de Mayo, Buenos Aires, 1939. En ese libro, el trabajo de pág. 407 y ss., titulado Moral y religión en la doctrina política de la Asociación de Mayo, es de mi autoría y ha servido de base para la elaboración del presente estudio; habiéndole efectuado al primero las correcciones, quitas y agregados que he considerado necesario efectuar al revisarlo hoy, después del largo tiempo transcurrido. Considero asimismo propio repetir en este trabajo la misma advertencia con la cual se abriera aquel libro: "de las opiniones y los juicios emitidos son sólo responsables quienes los emiten, y no implican solidaridad de los compañeros, ni del profesior, ni de la Facultad". En este caso, la responsabilidad de cuanto seguirá a continuación es exclusivamente mía.
- <sup>3</sup> Conf. *Introducción* a la edición de la Sagrada Biblia, Estella (Navarra), España, Verbo Divino, 2005; Jean Comby, *Historia de la Iglesia* (dos volúmenes), Estella (Navarra) España, Verbo Divino, 1998.
- <sup>4</sup> Por ejemplo, los anglicanos, los calvinistas, los cristianos maronitas, ortodoxos griegos, ortodoxos armenios, católicos armenios, etc..
- <sup>5</sup> Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, Cap. XVIII.
- <sup>6</sup> Hilda Chamorro Greca de Prado, "Esteban Echeverría, pensador social, realista y poeta romántico", en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005, t. XLIV, pág. 459.

- <sup>7</sup> Sobre esa influencia en dicha generación, conf. Olsen A. Ghirardi, *La Generación del '37 en el Río de la Plata*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, pág. 82.
- <sup>8</sup> Recordado por Legón en pág. 38 de su trabajo publicado en pág. 38 del libro citado en nota 2 precedente, donde éste sostiene que los de la Asociación de Mayo recogieron de Saint Simon, indirectamente, "algunos conceptos y el encomio de la actividad industrial", pero "no llegan a ser adeptos de la iglesia saintsimoniana", aunque la de ellos "no significó una adhesión ortodoxa al catolicismo tradicional en el país". Pero, para ubicar religiosamente a Echeverría, su opinión reviste importancia.
- <sup>9</sup> Véanse asimismo, Saint Simon et Enfantin, *Exposition de doctrine saintsimonienne*, París, S. Raçon ed., 1854, pág. 320 y ss.; *Nouveau christianisme*, París, Au bureau du globe, 1832, pág. 312; Paul Janet, *Saint Simon et le saintsimonisme*, París, Germes Bailiere et Cie., 1879, pág. 57; Enfantin, *Religion saintesimoniennem: morale*, París, 2832.
  - <sup>10</sup> Las siguientes han sido tomadas tal como aparecen en *Oeuvres* de Saint Simon et Enfantin ya citadas.
- "La jerarquía ha sido para nosotros un hecho demostrado, una necesidad lógica, un objeto de utilidad" (Enfantin, ed. cit., Paul Janet, ed. et loc. cits.)
  - <sup>12</sup> Saint Simon et Enfantin, ed. cit. pág. 395; Enfantin, ed. cit., págs. 81/93.
  - <sup>13</sup> Georges Weill, Saint Simon et son oeuvre, París, 1894, pág. 191.
  - <sup>14</sup> Conf. Emilio Durkheim, op. cit., pág. 308
  - <sup>15</sup> Conf. Emilio Durkheim, op. cit., pág. 108.
  - <sup>16</sup> Paul Janet, ed. cit., pág. 125.
  - <sup>17</sup> Jorge Luis Borges, *Ficciones*, La Nación, Buenos Aires, Emecé, 2005, pág. 13.
  - <sup>18</sup> Ernesto Sábato, *El escritor y sus fantasmas*, Buenos Aires, Planeta, 2003, pág. 72.
  - <sup>19</sup> Esteban Echeverria, *Dogma socialista*, págs. 147 y 205.
  - <sup>20</sup> Véase, Esteban Echeverría, *Dogma*... cit., págs. 102, 147 y 233.
- <sup>21</sup> Jacques Maritain, *Primauté du spiritual, Annexes, VI.* Se ha tomado la cita de la *addenda* recogida por el P. Julio Meinvielle en su libro *Concepción católica de la política*, Buenos Aires, ed. Cursos de Cultura Católica, 1932, pág. 159.
  - <sup>22</sup> José Manuel Estrada, *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, Buenos Aires, 1897.
  - <sup>23</sup> Julio Meinvielle, op.cit., pág. 54.
  - <sup>24</sup> Jean Guitton, *Diálogos con Pablo VI*, Madrid, ed. Cristiandad, 1967, págs. 36 y 151.
  - <sup>25</sup> Conf. c. 287.2 del Código de Derecho Canónico y nota al pie
  - <sup>26</sup> Esteban Echevería, *Dogma*... cit., págs. 107/09.
  - <sup>27</sup> Esteban Echevería, *Dogma*... cit., pág. 107.
  - <sup>28</sup> Julio B. Lafont, *Historia de la Constitución argentina*, Buenos Aires, El Areneo, 1935, t. I, págs. 499/01.
- <sup>29</sup> Confr. Joseph Ratzinguer, cardenal, hoy Papa Benedicxto XVI, *Dios y el mundo. Una conversación con Peter Seewald*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005, pág. 332.
- <sup>30</sup> Pedro J. Frías, *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, edición del autor, Buenos Aires, 1975, pág. 8.
  - <sup>31</sup> Confr. su *Introducción* al libro citado en nota 2 precedente, págs. 38 y 48.
- <sup>32</sup> José Manuel Estrada, La política liberal bajo la tiranía de Rosas, Buenos Aires, 1897, pág. 234: "Ni el dogma admite reformas, ni la Iglesia puede admitir influencias exteriores".
- <sup>33</sup> Natalio Botana, "Clérigos y gobernantes", La Nación, 19/10/06; véase, asimismo, del mismo Botana, *Poder y hegemonía*, Buenos Aires, Emecé, 2006, págs 82//87. Se trata del eterno conflicto entre el clericanismo y el galicanismo, que Echeverría parece resolver en favor del segundo. Sobre "galicanismo", v. Jean Сомву, op.cit., t. II, pág. 50.
- <sup>34</sup> Guillermo Becerra Ferrer, "El jefe de gabinete en la reforma constitucional de 1994", en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, pág. 173 y ss..



DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS EN SESIONES PRIVADAS

## LA REDENCIÓN DE LAS PROVINCIAS

por Pedro J. Frías

La obra de Ortega y Gasset de ese título investiga sobre las regiones españolas y concluye con una exhortación grandilocuente: "¡Eh vosotras, las provincias, de pie!". No sé que enseñaría ahora sobre la patología del País Vasco, que preferiría la secesión y constituirse en Estado libre asociado a España, como Puerto Rico. O sobre Cataluña, que ha obtenido un nuevo estatuto de más autonomía, aunque ya era tan importante la que tenía, que el presidente de la Generalitat me dijo una vez, al expresarle mi satisfacción de que el Rey hubiera podido izar la bandera española, sin manifestaciones de protesta. El me dijo así: "La Generalitat no pone en peligro la unidad política de España, pero el Estado español no existe en Cataluña".

Sé que las provincias pasan un período de escasa respetabilidad, al punto que algún notable constitucionalista como Jorge Vanossi, no cree viable el Estado federal en la Argentina.

Pero no es igual la situación de todas ellas. Unas porque han sido mejor administradas, como Santa Fe; otras, por sus regalías petroleras como Santa Cruz, Neuquén, Salta, Mendoza y San Juan por las calidades de sus sociedades.

Me he ocupado muchas veces de los desafíos para las provincias dentro de la crisis argentina, que creo de origen institucional, sin mejora a la vista, aunque haya crecimiento económico.

Son nueve las provincias que se disponen a reformar su Constitución. Las justificaciones alegadas son incorporar la reelección, incorporar el Consejo de la Magistratura y reconocer la autonomía municipal. Quizás, en algunas provincias, la reelección sea la inspiradora de la reforma.

No soy pesimista, pero me temo que este ciclo no tenga las excelentes calidades que se pueden atribuir al ciclo que empezó Santiago del Estero en 1986, que siguió Córdoba en el '87 y así: hubo reformas oportunas y la dirigencia política se prestigió con procedimientos y actitudes justificadas. Pero ahora los tiempos han cambiado: el país está fragmentado, los partidos son ejemplo de ello; hay una concentración de poder intolerable en el presidente y una nunca vista subordinación de las provincias a ese poder. Se puede temer entonces que no se busquen consensos para instalar políticas de Estado, que se excedan de las reformas aconsejables, no demostrar que el país puede gobernarse sin sujeciones ni de los niveles de gobierno ni de la sociedad a su dirigencia política.

Neuquén acaba de jurar su nueva Constitución y será controvertida por la inclusión de los derechos de salud reproductiva. En Tucumán, el gobierno ha obtenido 32 convencionales sobre 40, lo que revela no sólo que la sociedad lo acompaña, sino la inexistencia de una oposición que pueda garantizar el control.

A pesar de todo, seguiré siendo un federal convencido, pero dolorido y por eso me atrevo a aconsejar a las convenciones que se reunirán, estas actitudes:

- Escuchar a los constitucionalistas.
- Sin perjuicio de las diferencias, buscar el consenso entre los grupos enfrentados y con la sociedad.
  - La Convención no debe ser costosa para el erario provincial.
- El dinamismo de los nuevos tiempos no debe atropellar los valores de la tradición cultural argentina.
  - La reelección sólo por un segundo mandato, nunca indefinida.
  - Prever el desarrollo de la integración regional.
- Establecer la Legislatura unicameral, para más agilidad en la tarea legislativa y más economía.

Al final de mi vida, querría poder opinar del ciclo constituyente ya iniciado, lo mismo que el de 1986: excelente. Soy un optimista sin ilusiones, según declaró Pascal.

Presidente honorario de la Academia de Derecho de Córdoba. Conferencia pronunciada en sesión privada el 28/3/06

#### EL CONFLICTO SOBRE LAS PAPELERAS

por Víctor H. Martínez

La instalación de dos plantas industriales en territorio uruguayo ha comprometido recursos naturales como la atmósfera, las aguas, el suelo, la fauna y la flora, originando un problema ambiental que, por lógica, es también político ya que involucra a Estados, gobiernos y comunidades locales en compleja trama de intereses económicos y estrategias de desarrollo. Ello ha motivado la preocupación de prestigiosos funcionarios, diplomáticos y juristas.

De conformidad a nuestra Constitución Nacional y a las leyes tanto nacionales como provinciales en materia de ambiente, cualquier particular, entidades no gubernamentales y miembros del sector oficial, tienen facultad para denunciar eventuales violaciones a la calidad de vida y para peticionar que se apliquen medidas preventivas o rectificadoras de circunstancias adversas a los ecosistemas.

Sin embargo creemos necesario puntualizar:

1) que en el caso que nos ocupa la competencia para entender en el diferendo supera a las organizaciones no gubernamentales, a los gobernadores de provincia y aun a los presidentes de República, tanto de la Argentina como del Uruguay.

Es un tema que debe ser llevado a un tribunal arbitral, en forma consensual y teniendo siempre presente que la cuestión abarca más de dos partes ya que el ambiente trasciende las fronteras y es precursor de globalización.

- 2) Mediando un conflicto, ninguna de las partes debe tomar actitudes unilaterales y menos aún recurrir a las vías de los hechos consumados que, además de vulnerar tratados, constituciones y leyes, pueden acarrear perjuicios irreparables en el orden económico, social y político. Sobre esto último no se trata de vulnerar o defender la soberanía de un Estado ni poner en riesgo la hermandad entre dos países, pues el daño ambiental es susceptible de alcanzar tanto a la Argentina como a Uruguay.
- 3) Casi la totalidad de los proyectos industriales generan intereses encontrados y eventuales agravios a la naturaleza, que cada vez más se ponen en evidencia relacionados con explotaciones mineras, gasoductos, acueductos, residuos peligrosos, plantas nucleares, etc., sobrepasando los espacios locales para abarcar perímetros regionales.

Venimos, por ello, desde hace tiempo sosteniendo en conferencias y exposiciones internacionales acerca de la necesidad de contar con una justicia supranacional del ambiente y con un tribunal específico para dirimir las cuestiones ambientales. Lo hicimos en el Comité Jurídico de Río de Janeiro (OEA, 1987), en la Academia Peruana de Derecho y en la Academia Nacional de Córdoba. Por otra parte, la doctrina sigue la misma aspiración: el Comité Ejecutivo de Sadarn (Bs. As., 1978), creó el Comité Jurídico pro Tribunal Internacional del Ambiente; la Primera Conferencia Internacional de Roma (1989), la Segunda Conferencia Internacional de Florencia (1991) y la Tercera Conferencia Internacional de Roma (1992) abogaron en el mismo sentido

Señalamos igualmente que tuvimos dos cumbres de las Américas (Perú y Argentina), en las que se perdió la oportunidad de un pronunciamiento específico que impulsara la creación del Tribunal Ambiental.

- 4) De todos modos, bajo el rigor de los tiempos, en base a instrumentos como el Estatuto del Río Uruguay (1975) y el Estatuto que reconoce el Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande, puede recurrirse a la intervención de la Corte Internacional de Justicia que constituyó una sala para cuestiones ambientales (1993).
- 5) Fundamentalmente es preciso recordar que dentro de los instrumentos de la gestión ambiental se distinguen: el impacto y la Declaración de Impacto Ambiental. Ello fue desarrollado primeramente en los EE.UU. y adoptado por muchos países de Europa y América, entre ellos, el nuestro, que en su legislación exige un informe sobre los resultados de la

investigación vinculada a los efectos de todo proyecto sobre el medio ambiente y los recursos naturales. Dicho informe debe ser presentado a las autoridades oficiales en forma previa a toda iniciativa industrial, según lo establece análogamente la legislación comparada.

• Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 28/3/06.

# LA RELACIÓN DE ORTEGA CON LA SOCIOLOGÍA

por Hilda Eva Chamorro Greca de Prado

Aunque se haga una revisión presurosa de la teoría sociológica no es difícil acordar que cada época tiene un tema prevaleciente, o que varios autores coinciden en su tratamiento.

En nuestros días, el gran tema es el de la globalización, que tiene a los aspectos económicos como una fuerza dominante y de ahí derivan problemas sociales; sólo nos referiremos a uno: las migraciones. En la práctica, los de Europa del Este van hacia el Oeste de ese continente. Los africanos dejan el hambre y las enfermedades buscando también en Europa un destino mejor. Los sudamericanos van al Norte -Estados Unidos y Canadá- y también a Europa. En nuestro país, los de las zonas limítrofes vienen con igual intención.

Por lo tanto, se da la inclusión y la exclusión; la discriminación origina muchos problemas y abarca hasta los aspectos étnicos y religiosos <sup>1</sup>.

En los años '60 del siglo XX el tema predominante fueron los medios de comunicación de masas. Se estudiaba su rapidez en la proliferación, su extensión por niveles sociales y, sobre todo, se trataba de dilucidar el dificil problema de sus efectos sobre el público, la audiencia y las masas.

Un filósofo que se había adelantado a estudiar a las masas, cuarenta años antes en su libro *La rebelión de las masas*, aumentó un prestigio que ya tenía, por otros motivos. Aquí empezamos a referirnos a José Ortega y Gasset <sup>2</sup>.

Como él lo dijera "no interesa sólo la realidad biológica sino la biográfica". José Ortega y Gasset nació y murió en Madrid, su vida se dio entre 1883 y 1955. Su mayor aspiración era ser reconocido y considerado como un profesor de filosofía. En sus *Meditaciones del Quijote* aclara que "son ensayos de varias lecciones que va a publicar un profesor de filosofía". Alusión que repite en varios pasajes de sus Obras completas. Lo que coincide con su formación profesional, recibida primeramente en su país y, luego, en Alemania en la Universidad de Marburgo. Allí trabajó con Herman Cohen que había iniciado la revalorización de E. Kant, lo que ayudaba a la tradición filosófica que había sido interrumpida por el positivismo

Como filósofo, Ortega debió abarcar el ser, el conocer y el obrar; sin embargo, por su inclinación natural y por el ambiente de referencia, sus intereses fueron múltiples, tratando los diversos problemas que vivía España en los distintos aspectos del saber. Describió el carácter de su nación, realizó el análisis de las artes, el teatro, la pintura, la pedagogía y la psicología.

No fue un filósofo analítico, sino un filósofo literario, según la expresión de F. Miró Ouesada <sup>3</sup>.

Su producción la hace a través del ensayo, y el primero lo escribió cuando tenía diecinueve años, es decir, en 1902.

Su padre José Ortega Munilla era director del periódico más importante de España; a su vez, su abuelo fue periodista.

Perteneció a la clase media alta y más importante, es decir, a la intelectualidad de su momento

Hasta aquí hemos afirmado que Ortega era filósofo, que hizo sociología aunque no fue sociólogo. Para prueba de nuestra aseveración podríamos decir, con el propio Ortega "que el automatismo matemático decida": el índice de autores de sus *Obras completas* comprende a mil ciento treinta y dos nombres y sólo el dos por ciento de ellos son sociólogos. Maravilla la extensión de las lecturas y la decantación y análisis que hace de sus fuentes de información; sin embargo, el ámbito sociológico que emplea, aunque amplio, no es exhaustivo y podemos justificadamente decir que no necesitaba que lo fuera, ya que lo que no encontró elaborado por

otros, lo realizó por sí mismo. Así llega Ortega a la sociología y, por ello, la realiza, en la medida de su necesidad. A lo largo de su obra alude en repetidas oportunidades a Vico, de Bonald, Maestre, Condorcet, Spencer, Marx, Tocqueville, Simmel, Vierkandt, Sombart y, en forma muy especial, a Comte, Durkheim y Max Weber.

Menciona a Comte cuando quiere destacar "que no se confunda positivismo con el comtismo". "El pensamiento de Comte contiene mucho más que una teoría del conocimiento, en verdad toda una gran filosofía, que no ha sido repensada y absorbida. Pero, de ello sólo influyó de un lado, la parte inicial que se ocupa de las ciencias, de la otra, la sociología, como una disciplina aislada que en la doctrina de Comte tiene". Considera a Comte como "el filósofo de la burguesía" y también le rinde homenaje llamándolo "el demente genial" aludiendo a las perturbaciones de este autor pero, para destacar que "fue el primer hombre que pensó con total claridad la verdad de que el hombre es primariamente acción, adelantándose a Kant y Fichte".

Ortega refiere a E. Durkheim y considera que es el único autor que en sociología se ha aproximado parcialmente al conocimiento del hecho social.

Cuando cita a Max Weber lo califica positivamente, unas veces, lo destaca "como uno de los mejores", otra lo considera "el más eminente de los sociólogos alemanes", apreciación que aún tiene rigurosa vigencia.

No sería novedoso decir que Ortega conocía a la sociología europea, a la que se refiere en sus distintos libros. Lo que sí queremos agregar es que la sociología norteamericana falta en su obra, ya que si Ortega hubiera conocido la producción sociológica de E. Graham Sumner hubiese, quizás disminuido la crítica a la sociología y a los sociólogos <sup>4</sup>.

La relación de Ortega con la sociología no fue contingente sino necesaria.

En apoyo de su filosofía vital tuvo que tratar el tema de lo social y de la sociedad, le fue menester comprender la vida colectiva, "porque lo colectivo es algo que le pasa al hombre en su vida individual". La filosofía de la razón vital lleva, podríamos decir, a abordar después del estudio de la vida humana en su singularidad, a otros dos grandes temas que le son necesarios y complementarios: la sociedad y la historia.

"Buena parte de las angustias históricas actuales -dice Ortega- proceden de la falta de claridad sobre problemas que sólo la sociología puede aclarar y que esta falta de claridad en la conciencia del hombre medio, se origina, a su vez, en el estado deplorable de la teoría sociológica".

Por otra parte, aclara el por qué recurre a la teoría sociológica; también su crítica sigue siendo severa: "No olvidaré la sorpresa teñida de vergüenza y de escándalo que sentí cuando muchos años consciente de mi ignorancia sobre el tema acudí lleno de ilusión, desplegadas las velas de la esperanza, a los libros de sociología y me encontré con una cosa increíble a saber: que los libros de sociología no me dicen nada sobre qué es lo social, sobre qué es la sociedad, sino que de leer esos libros, descubrimos que su autores -los señores sociólogos- ni siquiera han intentado un poco en serio ponerse ellos mismos en claro sobre los fenómenos elementales que el hecho social consiste". A renglón seguido alude a Comte, Spencer, Bergson. En cierta forma, llama la atención que hubiera incluido a la obra de Bergson como fuente sociológica.

Ortega no pudo encontrar bien aclarado el concepto de sociedad en las obras de Comte o de Spencer porque éstos al respecto tenían apreciaciones globales, enciclopédicas. Científicamente se movían con una conceptualización inducida de otros campos del saber. A su vez, describían, en vez de reanalizar causalmente, ellos no pudieron satisfacer al filósofo que buscaba elementos constitutivos más que características diferenciales.

Llama la atención que de Durkheim acepte los aportes del hecho social. La apreciación de la sociedad, en la obra de Durkheim es valiosa, sin duda, en tanto aporte sociológico, sin embargo, no satisfizo a Ortega porque él necesitaba que el meollo original fuera de distinta raíz, que la argumentación no partiera de la sociedad hacia el individuo sino que partiera de éste hacia la sociedad. Durkheim caracterizaba a la sociedad como un ente supraindividual y colectivo; Ortega señala estas peculiaridades.

Alude a Marx y a su teoría varias veces, ya que este autor remarcó que la sociedad se distingue por los rasgos irracionales, lo que coincide también con lo que Ortega piensa sobre el particular.

Weber distingue la importancia que tiene para el comportamiento social el sentido que los hombres transmiten en sus acciones y Ortega recogiendo esta argumentación, o sólo por su propia reflexión, subraya como destacable esta condición. Por lo tanto, Ortega es coincidente con Marx, Durkheim y Weber en sus apreciaciones sobre las características distintivas de la sociedad.

A continuación nos vamos a referir a las obras que tratan temas de sociología: *España invertebrada* (1921); *El tema de nuestro tiempo* (1922); *En torno a Galileo* (1933); *La rebelión de las masas* (1930); *El hombre y la gente* (publicada por la Revista de Occidente en 1957, preparada por su autor desde 1934 a 1950).

España invertebrada lleva como subtítulo "Bosquejos de algunos pensamientos históricos". Ortega manifiesta que éste es un ensayo de ensayo de tema histórico y no político cuyos juicios "intentan más bien expresar mansas contemplaciones del hecho nacional". Comienza la obra con el tema incorporación y desintegración y toma como punto de partida el instante en que Mommsen en su Historia romana escribe: "La historia de toda nación y, sobre todo, la nación latina es un vasto sistema de incorporación".

"El proceso incorporativo consistía en una faena de totalización: grupos sociales que eran todos aparte quedaban integrados como partes de un todo". La desintegración es el suceso inverso: las partes del todo comienzan a vivir como todos aparte y, entonces, su autor dice: "A este fenómeno de la vida histórica llamo particularismo, y si alguien me preguntase cuál es el carácter más profundo y más grave de la actualidad española, yo contestaría con esa palabra". Y más adelante agrega: "La esencia del particularismo es que cada grupo deja de sentirse a sí mismo como parte y en consecuencia deja de compartir los sentimientos de los demás. No le importan las esperanzas y necesidades de los otros y no se solidariza con ellos para auxiliarlos en su afán".

Así dice que, el particularismo toma en Bilbao y Barcelona un cariz agresivo, en Galicia adopta las pautas de un resentimiento sordo y humillado. Esta realidad regional refleja los medios en que se mueven esos pueblos que llegan a tener un sentimiento común, pero, por los condicionamientos ambientales lo expresan diferentemente.

Señala que cuando el particularismo alcanza además de las regiones a las clases sociales hay un síntoma más agudo de descomposición y se producen comportamientos estancos y surgen, por lo tanto, pequeñas urbes que corresponden al mundo militar, al mundo político, al mundo industrial, al mundo científico y artístico, en razón de que nadie cuenta ni siente a los demás, se cae en la insolidaridad y el resultado más evidente es "que cualquiera tiene fuerza para deshacer, el militar, el obrero, éste o el otro político, éste o el otro grupo de periódicos, pero, nadie tiene fuerza para hacer, ni siquiera para asegurar sus propios derechos".

Por una imaginación simple, las masas de los diferentes grupos sociales intentan gobernar, un día los militares, otros los burgueses, otro día los proletarios y se produce la decadencia. Así cuando en una nación las masas se niegan a ser masa, explica Ortega, esto es, a seguir a la minoría directora, la nación se deshace, la sociedad se desmembra y sobreviene el caos social, la invertebración histórica.

El análisis de la realidad española, la vivencia de todas le llevan a Ortega a estudiar el rol que juegan las masas y las minorías directoras, lo que él llama aristocracia, es decir, la minoría egregia que nada tiene que ver con las clases más elevadas, social o, económicamente, pudientes. La minoría dotada de ejemplaridad es un modelo que manda porque tiene derecho a mandar, ya que es el grupo que contiene un eficiente de eminencias que se correlacionan con la masa porque ésta ofrece docilidad.

Para Ortega "una nación es una masa humana organizada, estructurada por una minoría de individuos selectos". El mecanismo creador de toda sociedad está dado por la ejemplaridad de unos pocos, que se articula con la docilidad de otros muchos, o sea que siguiendo a los mejores, los inferiores se perfeccionan. Las masas sirven como acicate a los directores, ya que

les contagian su entusiasmo. Las masas en su docilidad hacia los ejemplares y éstos en su ejemplaridad hacia las masas, forman el mecanismo no sólo de coexistencia sino de creación y de fuerza espiritual que permite a los pueblos hacer su vida, vivir su futuridad.

La nación es hacer cuya esencia descansa "en un proyecto sugestivo de vida en común". La nación hará su proyecto de vida, hará su destino conviviente si en ella hay quienes sepan dirigir y quienes sepan obedecer.

Sobre la minoría directora que organiza y mueve a sí misma y a la masa descansa la responsabilidad de constituir una sociedad y una nación; cuando la función que le corresponde no la cumple y las masas se rebelan, se crea la patología social y la sociedad y la nación enferman y sobre la columna vertebral, como en el cuerpo humano se reciben las consecuencias y la sociedad se invertebra.

Ortega por medio de entregas a un diario madrileño llegó a formar este pequeño libro que contiene en sí, el plasma germinal de otro que escribirá más tarde, La rebelión de las masas, en donde fructificará su teoría sobre las elites y las masas.

En su libro El tema de nuestro tiempo, hace referencia a las generaciones, asunto que repetirá en otros artículos y libros.

El hombre es primariamente su vida, una cierta trayectoria con tiempo máximo prefijado, pero, ese tiempo que le toca vivir lo comparte, con los que ya han vivido algo más, y con los que están empezando a hacerlo. "Alojados en un mismo tiempo externo y cronológico conviven tres tiempos vitales distintos". Los miembros de una generación nacen dotados de ciertas características que le confieren una fisonomía común, distinta a la generación precedente.

Para cada generación, vivir es una tarea bifrontal, tiene que mirar al pasado para recibir de éste "lo vivido" -ideas, creencias, valoraciones- y también tiene que hacer hoy su propia vida para que este presente se proyecte al futuro y sea, alguna vez, pasado, en una relación dinámica de continuidad.

En la generación, unos entre sí son coetáneos, todos entre sí son contemporáneos. Coetáneos son los que tienen la misma edad, contemporáneos los que viven el mismo tiempo.

Las generaciones comparten tiempo y un modo de vida. Siempre hay dos generaciones actuando al mismo tiempo, con plenitud de actuación, sobre los mismos temas y en torno a las mismas cosas, pero con distinto índice de edad, y por ello, con distinto sentido. Para Ortega cada generación actúa durante treinta años. Quince de gestación y quince de gestión, por ello, la tonalidad histórica varía cada quince años. Habría, por lo tanto, en un siglo, tres generaciones. Hay en la sociedad, un período de lucha cuando los elementos de una generación tienden a no aceptar lo recibido del pasado, se viven períodos de eliminación polémica. En cambio, hay períodos acumulativos porque se produce la homogeneidad entre lo recibido y lo propio.

Este tema de las generaciones tan vinculado al hacer del hombre y al tiempo se relaciona con otro que el autor desarrollara y en el que juegan importante función ambas dimensiones. Es el tema pertinente a las ideas y a las creencias. Las primeras son aquéllas que se le ocurren al hombre, que las inventa o que simplemente las tiene; son, entonces, las ideas ocurrencias y a las creencias, el hombre las encuentra, y asumen el carácter de realidades que actúan en su vida con características arquitectónicas. El hombre actúa por sus creencias, éstas van implícitas en la realización de toda acción. Por ello, para Ortega una de las tareas más delicadas y más imprescindibles del análisis histórico es determinar qué papel juegan las ideas en cada tiempo. Alude que las ideas pueden variar temporariamente y pasar de fe viva a fe muerta o a duda; al sociólogo también le interesa cómo un ideal puede llegar a convertirse en ideario o en mera ideología. La sociología del conocimiento descansa primariamente en la relación de las ideas al tiempo y al lugar en donde surgen.

A continuación comentaremos brevemente el libro *La rebelión de las masas*. El escritor se convierte en revitalizador y actualizador de un tema que ya había interesado Niesztche, cuando hablaba de la enfermedad histórica, como también a Heidegger y Le Bon. Considera a su libro como "un ensayo de seriedad en medio de la tormenta" y es indudable que hay que considerarlo así, ya que su prólogo para los franceses lo escribió en una pequeña localidad holandesa en donde sólo tres años más tarde, los vientos del totalitarismo se convirtieron en huracanes.

El tema central habíase insinuado ya en 1926, en artículos de un diario madrileño; ellos servían de prognosis, en cambio, cuando lo convierte en libro, once años más tarde, en 1937, lo escribe como diagnóstico de nuestro tiempo, de nuestra vida actual y hoy, a sesenta y nueve años de su aparición sigue manteniendo desde la perspectiva de lo social, rigurosa actualidad.

La caracterización del hombre medio que hoy va adueñándose de todo es el objetivo principal del libro, situar en el tiempo histórico al hombre masa, que vive en Europa; como resultado de una serie de acontecimientos que se iniciaron en el siglo XIX lleva a Ortega a entretejer los principales temas del libro.

El hecho de la aglomeración del "lleno" por doquier es motivo de reflexión, pero no sólo interesa el número sino la calidad de esas muchedumbres que todo lo invaden. Porque poco a poco se han constituido en el personaje principal, pero, en su determinación cualitativa, la muchedumbre es lo común, lo mostrenco social. Ahora bien, si el número cuenta también hay que considerar que para Ortega al ser la masa eminentemente cualitativa, un hombre solo también puede revestir el atributo de masa. Asumen este carácter aquéllos que no se valoran a sí mismos, sino que "sienten como todo el mundo". Sin esfuerzo de perfección, lo que llamaríamos cañas que silban con el primer viento "que sintiéndose vulgar proclaman el derecho a la vulgaridad". La masa arrolla a todo lo "diferente", egregio, individual, clarificado y selecto. Como lo destaca el autor, se "suprimen las instancias indirectas", en todos los ámbitos de la vida. "En el trato social se suprime la buena educación y la literatura 'como acción directa' se constituye en insulto". La masa tiende a actuar más de hecho que por derecho.

El hombre masa no aprecia el esfuerzo milenario realizado progresivamente para llegar al estado actual de abundancia y confort, lo vive sin apetencia. Para el hombre masa la vida es fácil y ligeramente cae en el dominio de las cosas y personas y más aún cae en el predominio. Se cierra a toda instancia externa, por ello ni autocrítica sus decisiones ni cuenta con los demás, lo que tiende a convertir al hombre en un novísimo bárbaro. El bárbaro moderno por excelencia es para Ortega el hombre de ciencia; el arquetipo del hombre masa es el especialista, el técnico. Esto se debe al carácter de la misma ciencia que se interesa por las minucias y que estimula la ignorancia del resto del universo de la cultura.

Las masas tienden a actuar por sí mismas y de la manera más radical por la violencia. "El estatismo es la forma superior que toman la violencia y la acción directa constituidas en normas al traer por medio del Estado, máquinas anónimas las masas actúan por sí mismas". Ortega en base a esta apreciación critica las formas totalitarias fascistas y bolcheviques que engranan a las masas con el Estado para que éste aplaste en aquéllas toda individualidad y toda independencia.

Este autor utiliza una perspectiva histórico-cultural más que sociológica para definir a la aristocracia y a las masas, ya que se refiere a ellas en base a elementos cualitativos que expresan una valoración cultural: ejemplaridad para unas, docilidad para las otras. También con respecto a ambas habla de la "misión que les corresponde". Este concepto equivaldría sociológicamente al de función, o sea, para qué están cada uno de esos elementos en el mantenimiento de la sociedad.

Lo que es importante, desde el punto de vista sociológico es el estudio que hace Ortega sobre las minorías directoras y las masas. Porque el análisis de esta ciencia social, en cierta forma, no es otra cosa que el estudio de la vigencia o no de los fenómenos sociales. ¿Por qué las minorías, como tales, dejan de tener vigencia? ¿Por qué las masas llegan a ello? Estos son interrogantes importantes para el sociólogo, como lo estudió Pareto en su célebre *Circulación de las elites* y Mannheim, con su *Democratización fundamental*.

Ortega demuestra que en tiempos anteriores, la masa no deseaba intervenir en funciones de carácter político y cultural, ya que ello atañe verdaderamente a las minorías escogidas. "Conocía su papel en una saludable dinámica social".

Las masas asumen una nueva actitud, a la que alude el título del libro y es la de aquéllos que no están satisfechos con el estado de sus asuntos y por ello invaden los lugares, las posiciones jerárquicas, quitándoles esta cualidad y progresivamente suplantan a las minorías creadoras Los resultados inevitables de este proceso son para Ortega, la desintegración de la

cultura y la total corrupción de la vida política.

Uno de los conceptos de la época actual sigue siendo el de masa, de él se derivan otros también importantes y frecuentes en su uso y en análisis sociológico como son: los de sociedad de masas, cultura de masas, comunicaciones de masas y hombre masa.

Los diversos usos tienen también diferentes significados:

Masa como número indiferenciado, que es el que se emplea en el análisis de la audiencia de los medios de comunicación de masas, al que tanto contribuyera Marshall Mc Luhan con sus diferentes obras producidas en Canadá

Masa como valoración de los incompetentes, que es la acepción de Ortega para referirse a la baja calidad de la civilización moderna resultante de la pérdida de la posición dominante de las elites educadas.

Bell declara: "En Ortega encontramos el ataque más vasto a toda clase de modernidad", su menosprecio es el del humanista por lo vulgar.

Masa como sociedad mecanizada es una resultante del romanticismo alemán, que idealiza a la naturaleza y a lo pastoral y condena la transformación de la sociedad en un "aparato mecánico", en razón de que la técnica actúa como un elemento deshumanizador. Alrededor del concepto "Gemeinschaft" (comunidad) se sitúan una serie de autores que revitalizan este punto de vista: la masa como sociedad burocratizada. En esta perspectiva se concentran los críticos que ven en la racionalización y burocratización extremada los rasgos salientes de la sociedad de masas. El hombre se ha transformado en una cosa, es más un objeto manipulado por la sociedad que un sujeto que realiza su vida de acuerdo con sus propias iniciativas. Se ha producido su alienación o enajenación o cosificación; estas ideas se remontan a Hegel y, posteriormente, a Marx, Simmel, Weber y Mannheim sostienen este concepto con esta acepción.

La masa como muchedumbre. Se ve a la sociedad como no integrada, los grupos sociales desaparecen, la gente se transforma en masas excitables y volubles prontas a ser manejadas por un líder, de ahí que fácilmente caen bajo las formas totalitarias. Las teorías de Hannah Arendt y Emil Lederer sostienen este concepto.

Para William Kornhauser, la crítica a la sociedad de masas principalmente proviene de dos tradiciones intelectuales, una es la tradición que se manifestó en las sociedades europeas y, en especial, en la francesa contra los cambios producidos por la Revolución Francesa; la otra es la reacción que se manifestara contemporáneamente contra el advenimiento del totalitarismo en sus manifestaciones nazi y soviética.

La primera tradición que es la más importante, puede ser definida como una crítica de la sociedad de masas de principios aristocráticos; la segunda puede considerarse como la crítica democrática de ese tipo de sociedad. La primera se basa en la defensa intelectual de los valores de la elite contra la creciente participación de las masas en la política, mientras que la segunda defiende los valores democráticos contra el advenimiento de elites que intentan el dominio total.

Para Kornhauser, los aristocráticos son: Le Bon, Tocqueville, Burkhardt, Ortega y Mannheim. Los autores democráticos son Emil Lederer y Hannah Arendt, ambos de marcada influencia marxista <sup>5</sup>.

Es indudable, que fácilmente se coloque a Ortega entre los autores aristocráticos, por su posición con respecto de las elites y de las masas ya que diversas apreciaciones suyas facilitan aquella apreciación.

Al principio del siglo escribía: "Nosotros que pretendemos ser no pueblo es preciso que nos mejoremos a nosotros, sin olvidarnos de mejorar antes al pueblo. Es preciso que nosotros los responsables seamos la virtud de nuestro pueblo".

Años más tarde declararía: "En nuestra época obsesionada por 'el obrerismo' y se quejará también que la vida histórica se ve dominada por la manía del igualitarismo".

En La rebelión de las masas recoge la crítica que se le ha hecho respecto de su punto de vista y dice: "A mí, de quien es notorio que sustente una interpretación de la historia radicalmente aristocrática. Es radical porque yo no he dicho nunca que la sociedad deba ser

aristocrática sino sigo creyendo, cada día con más enérgica convicción, que la sociedad humana es aristocrática siempre, quiera o no, por su esencia misma, hasta el punto de que es sociedad en la medida en que sea aristocrática y deja de serlo en la medida que se desaristocratice". Pero, para Ortega aristocracia no es la clase alta o "Aquellos que viven de invitarse o no invitarse", son los individuos especialmente cualificados que forman una minoría, los que se exigen mucho y acumulan sobre sí dificultades y deberes.

La opinión de distintos autores, entre ellos, Umberto Ecco, estima que en el fondo, este español preclaro sentía nostalgia por una época en que los valores culturales eran un privilegio de clase y no estaban a disposición de todos indiscriminadamente. Creemos que a Ortega no le satisfaría ese encasillamiento tergiversado en sus ideas primarias, y no le molestaría que lo llamasen aristócrata, con la acepción que él mismo diera al concepto tanto en *España invertebrada* como en *La rebelión de las masas*. Recordemos que en este libro también el autor remarca qué noble es el esforzado o excelente, que no se conforma con lo hecho sino que aspira a la realización constante, que no lo obliga la herencia, sino, que se obliga a sí mismo.

A Ortega le gustó decir que Heidegger, como todo gran filósofo, embarazaba a las palabras, creemos que esa figura es válida también para Ortega, ya que daba vida a sus obras por un juego de palabras significativas, aclarando con respecto a ellas, sus sentidos más auténticos y originarios. Sus palabras como su filosofía eran vitales y eran también vitalmente claras, por algo Ortega explícitamente adhería.

Al decir de Goethe: "Yo me confieso del linaje de esos que de lo oscuro hacia lo claro aspiran".

No queremos dejar de citar la temprana formulación, dada en 1914, en las Meditaciones del Quijote, que pasó a ser un famoso principio: "Yo soy yo y mi circunstancia". El hombre rinde al máximo en su capacidad cuando adquiere la plena conciencia de sus circunstancias. Por ella comunica con el universo. "La circunstancia. ¡Circunstancia! Las cosas menudas que están en próximo derredor". En un ensayo escrito diez años más tarde sostiene: "Que vivir es de cierta manera, tratar con el mundo, dirigirse a él, actuar con él, ocuparse de él" y nueve años deben sumarse a los anteriores cuando dice: "La faena del hombre se llama vivir, al encontrarnos viviendo nos encontramos no entre las cosas, sino entre los hombres. No sólo en la tierra, en la sociedad y esos hombres, esa sociedad en que hemos caído al vivir tiene una interpretación de la vida, un repertorio de ideas sobre el universo de convicciones vigentes". Entonces, que en el principio "Yo soy yo y mi circunstancia" están encerrados dos factores primarios inseparables: el individuo y el mundo. El actor y el escenario. "Porque la vida es tragedia o drama, algo que el hombre hace y le pasa con las cosas: el contorno es una realidad pragmática que insta a hacer y el hacer define al ser. Porque el hombre es primariamente acción". Es decir, el hombre no está solo, se lo define por su convivencia más con las cosas, con los otros hombres. Por su convivencia vive con otro, para hacer su mundo, para hacer el mundo. "El mutuo contar con la reciprocidad, es el primer hecho que nos permite calificarlo de social". La interacción se logra porque los que se reciprocan -unus y alter- el Yo y el alter son esencialmente semejantes, ambos piensan, ambos sienten, luego, ambos actúan. Al respecto Ortega destaca lo que Max Weber hiciera sagazmente en su tiempo, al decir que la acción recíproca o mutua es social en cuanto tiene sentido para quienes la llevan a cabo. El sentido de la acción la hace social, los actuantes se responden mutuamente, se corresponden.

El hombre primariamente tiene que estar con los que no son yo, con los otros.

Pero, no basta estar abierto al otro, es necesario que accione, o como decimos comúnmente que actúe sobre el otro, para hacer del tú y yo, el nos, que es recíproca sociabilidad, y así tenemos la relación interindividual. Convivencia de personas en cuanto personas, no se sale de lo individual y, por lo tanto, es una relación personal, espontánea y responsable. Ortega dice que los sociólogos han estado equivocados al oponer lo social a lo individual sino que lo que se le opone es lo interindividual.

Lo social tiene distintas características que lo interindividual; si esto es personal, espontáneo y responsable, lo social es impersonal, automático e irresponsable. ¿Por qué lo

social tiene esas características? La respuesta se obtiene más fácilmente cuando nos preguntamos: ¿Quién es el sujeto de lo social? Todos y nadie determinado, la colectividad, la sociedad, en suma: la gente. "Esos individuos sin individualidad es lo que solemos llamar 'la gente'. La gente es el difuso vehículo de la organización de nuestra vida a la cual encontramos gravitando sobre nosotros desde el nacimiento y en la que constantemente ejerce su presión sobre nosotros y con su presión nos troquela".

"Las relaciones entre el individuo y la gente no son propiamente humanas porque las gentes no son verdaderamente individuos". Al perder su individualidad y al sumarse unos a otros y sentir sobre sí el peso del número y de la existencia comunitaria se deshumanizan, desespiritualizándose, convirtiéndose en mero mecanismo.

Lo social y la sociedad actualizan sus características ejerciendo una presión sobre los individuos y lo hacen a través de los usos, éstos son tan importantes para Ortega que varias veces utiliza el concepto de sociedad forjado a través de la dimensión usos. Así entonces dice: "La sociedad es la convivencia de individuos humanos bajo un sistema de usos". Los usos constituyen una red que aprisiona a los hombres en su sociedad y la primera manifestación de esa mecánica presión es la lengua. La lengua materna marca con su impronta definitiva en la estructura existencial del individuo y lo acompaña adonde éste fuere.

"Lo que decimos es porque se dice, lo que hacemos es porque se hace, nos vestimos de un modo y no de otro porque se usa. Decimos, hacemos, lo que nos impone nuestro contorno, los demás, la gente, la sociedad". Por lo tanto, gran parte de nuestro comportamiento no responde a nuestra propia cuenta, inspiración o gusto, sino que responde al hacer de la sociedad. Es porque estamos socializados, es decir, hemos internalizado el proceso de adaptación, a las pautas de vida de los otros, que junto con las nuestras forman la sociedad.

El hombre adopta el uso y lo ejerce porque con ello morigera las sanciones que recibiría si no se comportara de acuerdo con las expectativas de los otros hacia él, por lo tanto, la primera característica del uso es la presión social que éstos ejercen sobre los individuos. En segundo lugar hay que destacar que los usos son irracionales a raíz de que el sentido o razón de ser se ha perdido en sus lejanos antecedentes.

Ortega refiere que siempre encontramos la palabra uso formando marco con costumbre. El uso sería el hábito social que pasa por distintas etapas, por eso existen usos, desusos y abusos. La costumbre es un cierto modo de comportarse, un tipo de sentido acostumbrado, esto es, habitualizado.

Los usos y costumbres como tales son débiles y difusos. El derecho y el Estado son los usos fuertes y rígidos por su modo de ejercer la coacción formalmente...

Todo lo inmediatamente precedente que encierra en rigor la teoría de lo social y de la sociedad apareció como obra póstuma, pero fue anunciada por su autor, en el lejano 1935, en su obra *El hombre y la gente*.

William Graham Sumner, que ya citamos, fue el sociólogo norteamericano que en su tiempo, se dedicó a estudiar, en profundidad, estos mismos temas, teniendo en cuenta la antropología; por influencia del autor inglés Spencer, Sumner presentó un *Tratado* en 1907, el que fue escrito sobre la base de sus clases y conferencias en los diez años anteriores a la publicación de aquél. Ese texto sociológico se llamó *Folkways*, que es un neologismo formado por analogía con folklore, de las voces folk (gente, persona, género humano) y ways (usos, costumbres, hábitos).

Entonces, dicho término significa: usos del género humano.

Para Sumner los *folkways* (usos) son las normas inconscientes derivadas del pasado que gobiernan el comportamiento del individuo Algunos usos (*folkways*) pueden convertirse en costumbres, *mores*, al ser mayor su importancia para la sociedad. Al tener un mayor poder de control sobre el comportamiento, al contener en sí mismo su propia justificación y al presentarse como definitivas e inmutables.

El Capítulo 1 del libro de Sumner se titula: "Nociones fundamentales acerca de los usos y las costumbres". Para aludir a las costumbres, en inglés, usa el término *mores*, o sea, el

sustantivo latino plural de mos que significa precisamente costumbres. Comienza el tema diciendo: "Si reunimos todo lo que hemos aprendido de la antropología y la etnografía acerca de los hombres y las sociedades, percibimos que la primera tarea de la vida es vivir". Coincidentemente, Ortega sostiene: "La faena del hombre se llama vivir", y en otro pasaje dice: "El destino del hombre es, pues, primariamente acción, no vivimos para pensar sino al revés, pensamos para lograr pervivir".

No nos detendremos en la teoría de Sumner, sino que sólo incluiremos aquí aquellos conceptos y párrafos que son coincidentes con la concepción orteguiana.

Sumner dice que: "las costumbres en determinado tiempo, proveen a todas las necesidades de la vida en un lugar y una época. Son universales en el grupo, imperativas e invariables. Al transcurrir el tiempo se tornan cada vez más arbitrarias positivas e imperiosas. Si se les preguntan por qué obran de cierto modo en determinados casos los hombres primitivos universalmente contestan: Que es porque ellos y sus antepasados siempre lo han hecho así". Más adelante este autor aclara: "Que la costumbre ejerce presión sobre todo individuo que se halle en su radio de acción"; por eso se convierte en fuerza societaria y a nosotros nos interesa destacar que Sumner dice: "Debemos reconocer en la costumbre una de las principales fuerzas que dan forma a una sociedad". Ortega decía: "Una sociedad es convivencia de individuos humanos bajo un sistema de usos". "Los usos son una permanente presión que el individuo siente sobre sí y que viene de esa entidad personal, irresponsable y automática que es la colectividad, un medio del cual vive". Con respecto al origen del hacer humano, Sumner dice: "nada puede objetarse al postulado acerca de cómo empezaron las costumbres de los pueblos, alcanzado por inferencia. Todos los orígenes se pierden en el misterio y parece vano esperar que jamás se alce el velo que los cubre". Después de ver estas coincidencias vamos a pasar a otro tema, que ha sido provechosamente estudiado, que es el de los roles sociales; sobre el particular también Ortega se ocupó de ello. En su ensayo "Para una topografía de la soberbia española", en forma general, nos dice: "Reconozcamos que cada oficio y clase social elabora un tipo humano distinto, dotado de un repertorio peculiar de virtudes y vicios". Este autor destaca, pues, las virtudes y los vicios; los sociólogos hablamos de comportamientos inherentes al rol o incongruentes al mismo, o también de comportamientos funcionales y disfuncionales. El ejemplo que sigue, tomado por la aguda observación comparativa, nos muestra cómo Ortega veía el desempeño de los roles y los condicionamientos culturales -los psicólogos le llamarían la personalidad básica- del funcionario alemán, del funcionario español y del funcionario francés. Por razones obvias, resumidamente nos aludiremos al ensavo que se titula: "Los factores que implica la buena organización colectiva y el autómata humano". "El funcionario alemán, el francés y el español". "El cartero, el revisor de tren, el juez, el guardia de seguridad, no es un individuo humano, una persona, es un papel, un rôle, un personaje. Esta dualidad entre la persona y su oficio o personaje se dan dentro del funcionario mismo. De ahí que existan en la persona muchas maneras de tomar el oficio". Ortega destaca que el funcionario alemán "se sumerge completamente en su rol oficial -inhibiendo su vida personal- hace lo que hace: el oficio con verdadera fricción, en cambio el funcionario español -y Ortega acota que también el argentino- se siente dentro de su oficio, como dentro de un aparato ortopédico, pues, no sabe ni quiere inhibir su vida personal y siempre en el desempeño del rol, tropieza con aquélla. De ahí que si el alemán sigue siempre al reglamento, el español siente en cada situación unas ganas horribles de hacer algo distinto de lo que prescribe el reglamento. De ahí que el guardia de circulación español siempre que puede suspenda el orden normal del servicio para dejar pasar a una buena moza. Y cuando el alemán concluye su jornada de servicio parece que se apague: que su vitalidad se reduce, fuera del cargo no sabe qué hacer. El español, en cambio, parece que despierta, entonces, y donde vive de verdad, donde se apasiona, rutila, goza y existe es en la tertulia de café".

Sin duda, nuestros compatriotas, concluye Ortega "son mucho peores funcionarios que los alemanes, ¡Pero, quién duda que son más humanos! La constante docilidad al favor y por favor

alabean todos los días las líneas rectas del Reglamento".

"El francés vive su oficio sin abandonar su propia vida, ni la desatiende como el español, ni desaparece en él, como el alemán. El francés no es personalmente amable, antes bien bronco y distante. Pero, no deja nunca de ser la personalidad individual que es".

Hemos traído este resumen para mostrar que lógicamente a Ortega no le gustaba hablar del rol sino de personaje, porque su descripción era vital y mostraba fácilmente el escenario en donde aquéllos se desempeñaban. Pero, no hay duda que es un análisis sociológico alrededor del desempeño de un rol.

El sociólogo hubiera hablado de acciones racionales para referirse al funcionario alemán y de acciones afectivas -empleando la tipología de Max Weber- para aludir al español. Ortega lo hizo con su proverbial sagacidad, y las pinturas de las escenas condicen con sus dotes literarias, que en nuestras citas resumidas creemos que no han perdido ni la una ni la otra condición, que queríamos destacar.

Por último queremos agregar que José Ortega y Gasset estuvo ligado a la Argentina, nos visitó en tres oportunidades: la primera en 1916; la segunda en 1928, la tercera en 1936-41. Dictó conferencias, dio un curso de filosofía y entre los numerosos oyentes estaba nuestro filósofo Alejandro Korn y, sobre todo, observó sagazmente el modo de ser del argentino medio; algunas de esas consideraciones se siguen repitiendo, pese al tiempo transcurrido.

Lo que no dicen sus obras pero, sí sus discípulos tanto españoles como el pedagogo Lorenzo Luzuriaga, María de Maeztu y Manuel García Morente <sup>6</sup> y, en especial, Julián Marías, como los argentinos Alejandro Korn, José Luis Romero y otros, que el filósofo español tenía un especial modo de dictar sus clases, ya que no sólo era didáctico, claro, sino que atraía a su auditorio, en forma muy especial. Como dijimos al comienzo, su aspiración era ser un profesor de filosofía; en realidad, alcanzó la calidad de maestro.

<sup>\*</sup> Académica de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 25/4/06.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Alain Touraine, ¿Podremos vivir juntos?, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Todas las citas de los aportes de Ortega han sido tomadas de sus *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1952.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> F. Miró Quesada, "Pasado, presente y futuro de Ortega", *Homenaje de la Voz del Interior en los cien años del nacimiento del filósofo*.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> William Graham Sumner, Los pueblos y sus costumbres, Buenos Aires, Kraft, 1948 (es la versión castellana).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> En los años 60, muchos autores se dedicaron al tema como Daniel Bell en *The end of ideology*, Glencoe III, The Free Press, 1960; William Kornhauser, *The politics of mass society*, Glencoe, III, The Free Press, 1959; Hannah Arendt, *La condition de l'homme moderne*, París, Calman Levy, 1961. Actualmente se refieren al tema, a modo de ejemplo: Anthony Giddens, *Modern and self identity*; *In the late modern age*, Cambridge Polite Press, 1991; Alain Touraine, *Crítica de la modernidad*, Buenos Aires, F.C.E., 1994.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Lorenzo Luzuriaga, *La educación de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Losada, 1966.

### ENSAYO SOBRE EL ACUERDO CONCURSAL 1

por Efraín Hugo Richard

SUMARIO: I. Contrato y acuerdo. 1. Notoria injusticia en los repartos concursales. II. Decisión adoptable por mayoría. III. Acuerdo: ¿negocio colegial colectivo? Intentando perfilar un sistema dentro de las relaciones de organización. IV. El acuerdo concursal. 1. La legitimación excluyente como principio básico. 2. División de la votación: categorización. 3. Legitimación como derecho personal de los acreedores. 4. Del voto de terceros no verificados ni declarados admisibles como titulares de créditos concurrentes. 5. Exclusión de voto por interés contrario con la concursada. 6. Ultimo obstáculo para el voto complaciente: abuso de derecho o fraude. V. Propuesta final.

Ensayamos sobre la diferencia entre contrato y acuerdo, específicamente respecto al acuerdo concursal. En el análisis de la praxis concursal (estrategia) se advierte que la aprobación de propuestas predatorias de quitas y esperas está unida al voto de ciertos terceros que sustituyen a acreedores, renunciando a privilegios y actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor, asumiéndose que no sólo actuarían con abuso de derecho y fraude a la ley, sino en contrario a lo que constituye el acuerdo concursal, que aceptando una decisión mayoritaria configuraría un negocio colegial con limitación de legitimados para votar, donde -además de las causales legales- el interés contrario al de los acreedores excluiría dicho voto del cómputo.

La realidad nacional impone centrar la atención de la doctrina en aspectos jurídicos de la crisis empresaria.

Entendemos que esa labor debe dirigirse a la construcción de ciertos sistemas básicos para afrontar las crisis, sin afectar los trabajos nacionales, proyectos de reforma, críticas de doctrina, exégesis, etc..

En tal inteligencia concurrimos al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, con un ensayo tendiente a modificar criterios interpretativos más que normas <sup>2</sup>, apuntando a formas de ver el derecho argentino que también aparecen en otras jurisdicciones. Bajo la misma dirección fuimos convocados inmediamente a la Jornada Internacional de Derecho Concursal de Cali <sup>3</sup>, donde enfrentamos el desafío que lanzó lúcidamente nuestra vicepresidente Lidia Vaiser sobre la aparente controversia entre realidad y principios éticojurídicos <sup>4</sup>, y luego preparamos ensayos para una publicación colectiva por ella dirigida.

Ahora, convocados por la Academia lo hacemos con relación al "acuerdo concursal", el acuerdo, concordato, arreglo, que conforme determinan diversas legislaciones permite superar el estado de cesación de pagos que impuso el procedimiento especial que absorbió las relaciones individuales, con soluciones mayoritarias.

Lo haremos desde el derecho argentino, pero, en la idea de una construcción sistémica que pueda acercarnos a entregar herramientas aptas para resolver las crisis y acentuar el crecimiento económico sin afectar al crédito, la seguridad jurídica y menos aún estimular conductas lesivas a la seguridad jurídica como advertimos críticamente en nuestro país<sup>5</sup>.

Formalizamos este ensayo para recoger los argumentos, razonamientos, críticas que abonen, perfeccionen o rectifiquen nuestras posiciones, particularmente configurando el rol como vicepresidente académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con aportes de derecho comparado y de doctrina, en orden a determinar si existe un verdadero derecho concursal o estamos enfrentando estrategias usadas por los deudores para superar sus crisis.

No formalizaremos un enfoque en torno al contenido del acuerdo tradicional de quita y espera pero que puede revestir formas variadas, particularmente, de reorganización y capitalización en el caso de concurso de sociedades. Lo que nos interesa, en este caso, es la naturaleza jurídica del acuerdo, no por una mera inquietud o exquisitez académica sino por los efectos que ello traducirá, o sea, los principios y reglas sobre los que debe estructurarse el negocio específico.

El derecho concursal integra, a nuestro entender, el sistema de las relaciones de organización <sup>6</sup> enfrentando las relaciones de cambio, en cuya regulación nacieron los códigos civiles y la mayoría del sistema normativo.

El acuerdo, anticipamos es una especie dentro de los negocios jurídicos.

#### I. Contrato y acuerdo

Señalamos inicialmente como la característica del contrato, el principio consensualista del cual se formó un concepto general que se asienta sobre la existencia del acuerdo o consentimiento <sup>7</sup>. La autonomía de la voluntad en la regla y la coincidencia de las voluntades para dar exigibilidad al contrato es su base.

Por eso, una primera clasificación entre los negocios jurídicos lleva a distinguir de los contratos al acuerdo que conceptualmente, como categoría de negocio jurídico, se aparta de su concepción lingüística de coincidencia en la declaración de voluntades. En principio cabe apuntar que la terminología acuerdo es sinónima de consentimiento en el derecho argentino (art. 1137 C.C.), pero doctrinariamente puede distinguirse que: a) el acuerdo designa el encuentro de voluntades, sin referirse al modo en que éste se produce: acto colectivo, complejo, colegial o contractual, y b) el acuerdo es creador de normas jurídicas generales, que obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones, y distingue del contrato que crea una norma jurídica individual <sup>8</sup>.

Cuando apuntamos a "relaciones de organización" lo hacemos en forma más amplia a "contrato de organización" o a un contrato constitutivo de sociedad, contrato plurilateral de organización asociativa, pues ello incluye no sólo la constitución, sino también la organización y funcionalidad de diversas figuras legales, y aquel concepto no excluye al "acuerdo colegial", dentro del que incluimos al "acuerdo concursal" que, obviamente, no es un "contrato biplurilateral".

El análisis se complejifica con la inexistencia de un sistema integral de normas específicas en torno al "acto colegial", también ausente en el actual proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

Inicialmente, la idea de "acto o negocio colegial" debe vincularse a toda declaración biplurilateral de voluntad que pueda implicar una declaración imputable a un centro de interés, no necesariamente unánime, a expedirse en un marco temporal o jurídico o espacial.

#### 1. Notoria injusticia en los repartos concursales

Nos acercamos a esta problemática por los perjuicios que se generaban al crédito desde los concursos societarios <sup>9</sup>, pero también en la idea de que es nuestra obligación afrontar temas conflictivos, donde la práctica lleva -a veces- a apartarse de principios de justicia distributiva, asunción equitativa de las pérdidas y justicia de los repartos; una realidad generada por un economicismo financiero aético. Empezamos a advertir que en el derecho argentino, el que cumple es la parte débil; que el sistema no protege ni asegura el cumplimiento implicando formas que no hacen a la seguridad jurídica sino a un hipergarantismo formalista casi cómplice. La justicia lenta no es justicia <sup>10</sup>.

La contaminación era, y es, no sólo de la cesación de pagos con que opera impunemente sociedades, incumpliendo su sistema jurídico específico. Se contamina a los proveedores y al mercado; esa cesación de pagos por la supuesta no obligación de presentarse tempestivamente en concurso, y considerarse "legal" operar a sabiendas en insolvencia, ocultando esa situación para seguir disponiendo del crédito <sup>11</sup>, para luego hacer recaer los perjuicios en los acreedores "concursales".

Sin ingresar en los tipos de acuerdo concursal, apuntamos a la notoria injusticia de los de quita y espera, donde los socios de la sociedad en crisis, no hacen ningún esfuerzo, no proponen ninguna reorganización <sup>12</sup> ni tratamiento igualitario con ellos a los acreedores, sino que les exigen a éstos la pérdida de su crédito en inmediato beneficio de esos socios.

Dentro de ese panorama es pública y notoria la planificación de la insolvencia por los administradores-socios de una sociedad insolvente <sup>13</sup>, y la "práctica" concursal en torno de la renuncia al privilegio "producida" por el adquirente de un crédito hipotecario, lo que constituye un tema opinable y que se vincula a si el acreedor se limita a ello, o intenta incidir en la gestación de un acuerdo concursal, lo que como acto colegial colectivo impone algunas consideraciones.

Muy preocupados por las prácticas espurias escribimos en un libro colectivo sobre las propuestas abusivas y las cuestiones conexas vinculadas a la "compra" o "acomodo" del voto, desde el obligado pago de las obligaciones con garantía reales, particularmente, las hipotecarias, realizadas por un tercero, y la renuncia al privilegio y prácticamente al crédito al votar propuestas predatorias <sup>14</sup>.

Se trata de un problema de responsabilidad social o colectiva empresarial <sup>15</sup>, protegiendo a la propia empresa, las demás empresas que están en el mercado, sean de la competencia o vinculadas por contratos de provisión o subprovisión. La actuación predatoria en insolvencia recuerda que "La dinámica e inventiva empresaria en permanente desarrollo obstaculiza -como contratendencia- mediante la generación de nuevas formulaciones cada vez más complejas y sofisticadas, cualquier mejora que se produzca en función de la protección efectiva de quienes se encuentran en una situación de poder desigual en el mercado... De forma tal que, creemos, resulta necesario comenzar con la búsqueda de alternativas jurídicas que otorguen y garanticen mayor seguridad al conjunto social" <sup>16</sup>. ¿Ello impone una reforma normativa?

Fundamentalmente se requiere una reforma en la forma de pensar o concebir al sistema jurídico <sup>17</sup> y, particularmente, el concursal. "No basta con un equilibrio formal de intereses, que exclusivamente atienda a la relación jurídica considerada aisladamente como pretende el constructivismo jurídico, sino de lo que se trata es de hallar una distribución o regulación más equilibrada de los derechos y obligaciones, para alcanzar una relación jurídica más justa y eauitativa" <sup>18</sup>. En eso estamos.

En ese libro colectivo se registra el lúcido artículo de la ilustrada fiscal de Cámara Dra. Alejandra Gils Carbó <sup>19</sup> sobre exclusión de voto, refiriéndose a "una propuesta que prima facie parece abusiva o irrisoria conduce a extremar el examen e indagación de cómo se obtuvieron las mayorías de la ley". Con sus reflexiones retomamos las nuestras propias con diferente, pero coordinada, fundamentación.

#### II. Decisión adoptable por mayoría

Al reflexionar en torno de una sistematización de las relaciones de organización no pudimos soslayar una visión liminar del acto colegial colectivo, como forma de expresarse los vinculados a una decisión adoptable por mayoría y que fuera imputable no ya a uno de los manifestantes de su voluntad, sino al grupo.

Lo abordamos al referirnos a la asamblea de las sociedades anónimas <sup>21</sup>, que es donde mejor aparecía normado ese acto o acuerdo colegial colectivo. Pensamos también que la cuestión

debía normarse en la unificación de la legislación civil y comercial, pero al ser bien difícil algún acuerdo en torno de la personalidad y a la regulación de los contratos asociativos, más lo era intentar pensar grupalmente acerca del acto o negocio colegial colectivo.

Nos volvimos a interesar primero, en la naturaleza de la asamblea unánime <sup>22</sup> y, luego, en la cuestión de la mayoría necesaria para otorgar el asentimiento para la promoción de acciones de recomposición patrimonial o de responsabilidad en la quiebra <sup>23</sup>. Y, últimamente, ante la espuria realidad de la votación de acuerdos predatorios.

Con este último objetivo intentamos una teorización sobre la cuestión, afrontándola desde los principios.

#### III. Acuerdo: ¿negocio colegial colectivo?

El negocio plurilateral debe distinguirse de las formas afines de negocios jurídicos comúnmente denominados "actos", y se caracteriza por el modo en que están dispuestas las declaraciones de voluntad. El negocio colectivo se evidencia en la declaración de voluntad de dos o más sujetos del mismo contenido, dispuestas paralelamente que se unen entre sí permaneciendo distintas, y "tienden a un fin común y a un común efecto jurídico" <sup>24</sup>. El acuerdo doctrinariamente se aparta del contrato al legitimar las decisiones logrables por mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose siempre como un acto unilateral. Claro que allí el acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad).

Expresa Lorenzetti <sup>25</sup>: "El acto colegial es la declaración de varios sujetos que concurren para formar una declaración de voluntad imputable a un sujeto distinto de los que lo forman y está dirigido a tutelar el interés de ese sujeto diferente. Es un acto colectivo en el sentido de que hay varias declaraciones de voluntad, pero a diferencia del caso anterior, sirven para formar la voluntad de un sujeto distinto. El interés en juego es el de este último sujeto, y no es común como en el colectivo".

El colegio es un término de raíces históricas, que acarrea una cierta confusión. En realidad se trata de un órgano de decisión y el "acto colegial es el procedimiento interno para tomar esa decisión". El distinguido jurista se está refiriendo fundamentalmente a las asambleas o reuniones de socios o asociados de sociedades, asociaciones o fundaciones por lo que atiende a la existencia de otro sujeto, pero la generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, sea o no persona jurídica, y a los acuerdos concursales. En el punto, lo que es fundamental, como recoge el autor citado, es la aplicación del "principio mayoritario", la tutela de un interés no necesariamente idéntico al de los intervinientes.

El acuerdo colegial se confunde con una decisión mayoritaria. Generalizando la cuestión -y no referida exclusivamente a personas jurídicas o entes- como estamos intentando seguimos a Galgano <sup>26</sup>, quien apunta que se "habla de acuerdos en materia de comunidad.... de voto y de acuerdo en sede de consorcios entre empresarios... de asamblea de asociaciones... y de propiedad horizontal, de asamblea... tanto de sociedades capitalistas como de sociedades cooperativas... y también la ley de quiebras habla de voto y de acuerdo en tema de convenios... de convenio preventivo... A las decisiones adoptadas por mayoría... de acuerdo a la mayoría... En el lenguaje legislativo, voto y acuerdo se refieren a materias distintas. Se habla, repetidamente, de 'voto del socio' y de 'acuerdo de la asamblea'... Entre el voto del socio y el acuerdo de la asamblea se suele indicar tradicionalmente una diferencia no simplemente cuantitativa, es decir basada en el hecho de que el acuerdo consta de una pluralidad de votos, sino una diferencia cualitativa: se habla del acuerdo como de una declaración de voluntad ulterior respecto de los votos que concurren para su formación es decir como voluntad de la sociedad...", señalando luego que "hablar del acuerdo como voluntad autónoma del grupo, como voluntad que el grupo mismo, cual entidad distinta de los miembros que lo componen,... no es más que una metáfora, una imagen del hablar figurado... el acuerdo se presenta como el resultado de una pluralidad de declaraciones individuales: no es la voluntad de la asamblea... consiste en una pluralidad de declaraciones unilaterales, cuya eficacia se subordina a la

condición de que el contenido de cada una de ellas se corresponda con el contenido de tantas otras declaraciones"... y "sólo si han sido tomados de conformidad con la ley", haciendo hincapié en el "método asambleario" por el cual la declaración de la mayoría se extiende también a los disidentes y ausentes, aunque también destaca "que el método asambleario no es siempre necesario para la formación de los acuerdos". Finalmente apunta que "Otras variedades del método rigen para los acuerdos de los acreedores concursales acerca de las propuestas de convenio de quiebra, de convenio preventivo", en alguno de los cuales "está ausente cualquier resquicio del método colegial".

Termina expresando: "Este largo excursus sobre los modos de formación de los acuerdos conduce a una doble conclusión:

a. hay elementos de juicio más que suficientes para excluir la vigencia, en nuestro sistema, de un principio general que imponga la formación colegial de los acuerdos. El método colegial atiende al modo de operar de determinadas organizaciones colectivas y, en primer lugar, de las sociedades capitalistas; no atiende al modo de expresión de determinados actos jurídicos como el voto o el acuerdo;

b. carece de base normativa, la teoría tradicional que califica el acuerdo como acto colegial, expresión de una voluntad colectiva, y lo contrapone tanto al contrato como al acto unilateral. La colegialidad atiende a las internas y variadas formas de organización de los entes colectivos; el acuerdo separado de los procedimientos -a veces libres, a veces vinculados a modalidades rigurosas- en virtud de los cuales se forma, no consiste sino en la pluralidad de los votos que concurren a formarlo, los cuales son igualmente actos unilaterales inter vivos con contenido patrimonial, a los que son aplicables, en el sentido del art. 1324, las normas sobre los contratos, en cuanto compatibles con su carácter unilateral".

#### 1. La legitimación excluyente como principio básico

Queda como resumen -y al margen del "colegio" o no del marco, pero quizá definiendo lo de colegialidad- que quienes expresen la voluntad deben estar legitimados para ello; que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley -o el contrato- lo autoriza, determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el del interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc..

El marco normativo, la temporalidad para las declaraciones de voluntad, la legitimación exclusiva y excluyente, la identidad del acuerdo, el interés común, son los que caracterizan la existencia del acuerdo por mayoría, y le otorga la calidad de "colegial" aunque se encuentre esfumada la noción física de "colegio" como reunión. Si bien en la gestación del acuerdo concursal, en la ley argentina actual se genera un debilitamiento del acto colegial al haberse eliminado la junta, no quita a ello la constatación de un acuerdo de tipo colegial, por el vínculo que genera, y de carácter colectivo al mantenerse individualizado cada voto.

Dentro de la concepción genérica que ensayamos, Gils Carbó <sup>27</sup> diferencia la disciplina contractual, donde "hay una exigencia de libertad e igualdad, de autodeterminación", del sistema concursal para aprobar un acuerdo propuesto por la concursada. "La adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones, importa el sometimiento de la minoría disidente o ausente a la voluntad de otros sujetos", agregamos no sólo ausentes -y disidentes- sino de todos los otros acreedores aún no verificados o declarados admisibles. El pasivo real no se tiene en cuenta sino el verificado, plasmándose así una ventaja en beneficio de la concursada.

Respecto de lo colegial sostiene dicha autora que "la legitimidad de un sistema de mayorías para la toma de decisiones está condicionada a que aquellas que se adopten de acuerdo a un procedimiento, regulado por la ley... Este debe proveer una estructura formal que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o comunidad de intereses de los votantes<sup>28</sup>. La sujeción de la minoría a la decisión de la mayoría

se justifica por la posibilidad que se confiere a aquélla de participar en un procedimiento predeterminado, que -aunque difuso- es con lo que cuenta el acreedor minoritario disidente con la propuesta para ser oído <sup>29</sup>. Así se garantiza el respeto a sus derechos y se compensa el sacrificio de la autonomía de la voluntad que está ínsito en la adopción del principio mayoritario" <sup>30</sup>. Describe así Gils Carbó, el acuerdo o negocio colegial colectivo.

Apunta luego el conflicto de intereses entre los acreedores de un mismo deudor, para señalar: "La ley concursal ordena este conflicto agrupándolos en una comunidad o masa, bajo el postulado de la pars conditio creditorum y les impone un sacrificio igualitario que deriva de un criterio ético de justicia distributiva. Sobre la base de esta homogeneidad de intereses -que la ley presupone- se admite la posibilidad de arribar a una solución concursal preventiva... Desde la óptica del paradigma contractual, los efectos de esta convención erga omnes, son una anomalía... Este régimen exorbitante del orden contractual, que subordina el ejercicio de los derechos creditorios a las exigencias colectivas, sólo se explica por la prevalencia de un interés público", que la autora identifica con "la conservación del equilibrio económico", señalando: "El proceso concursal se erige ante la necesidad de impedir que un fenómeno económico, la cesación de pagos, pueda repercutir negativamente, dando lugar a una reacción en cadena, sobre la situación patrimonial de otras empresas y, por ende, sobre la economía toda" <sup>31</sup>. Claro está: es el principio de tempestividad en la asunción de la crisis, sobre la que tanto se ha trabajado, para evitar la caída de la empresa en dificultades y evitar el contagio <sup>32</sup>.

#### 2. División de la votación: categorización

Gestada mundialmente la posibilidad de atender intereses diversos de los acreedores concurrentes, para evitar el conflicto de intereses entre ellos y ofrecer acuerdos más coherentes para cada interés diverso, se ha aceptado dividir a los acreedores en diversas categorías.

Pero dentro del orden público concursal, conforme el principio de legitimación: "Se establece un control de la categorización de los acreedores (art. 42 L.C.Q.) y de la homogeneidad en la votación, dado que la adopción del principio mayoritario exige para su legitimidad que los votantes estén agrupados en virtud de un interés común" (el destacado es nuestro). "Por ello -sigue- el art. 45 L.C.Q. determina la exclusión del voto de quienes cabe presumir que obrarán en interés del deudor por razones de parentesco o vínculo societario".

Por lo que hemos expresado, la asamblea de sociedades por acciones es un típico acto unilateral colectivo colegial, donde las decisiones se adoptan por mayoría en un acuerdo colegial dentro de la funcionalidad del órgano de gobierno de la sociedad, y éstas son imputables a la sociedad misma.

La legitimación de quienes pueden intervenir, la forma de legitimarse, la exclusión de voto por interés contrario, objetiva en el caso de ciertos temas, y ejercicio de ciertas funciones, es la base de su legalidad y, eventualmente, la justificación de su impugnabilidad. Es también la consecuencia de constituir un acuerdo mayoritario de carácter colegial.

#### 3. Legitimación como derecho personal de los acreedores

La aceptación del criterio mayoritario para imponer una decisión así adoptada a los disidentes y ausentes exige, además de cierto procedimiento, la existencia de un interés común u homogeneidad de intereses en quienes vayan a formalizar esa declaración de voluntad. Así lo reafirmamos; en el caso del concurso, esa "legitimación" corresponde a los acreedores concurrentes para asumir la comunidad de pérdida ante la insolvencia del deudor común. No es un derecho del crédito sino del titular del patrimonio al que se le limita el ejercicio del derecho creditorio que afecta a su patrimonio.

"Para que un concurso preventivo sea una herramienta sana para que empresas viables superen situaciones de crisis económico financieras, más procurando mantener un adecuado equilibrio de intereses de manera tal que no constituya una trampa para acreedores, es clave que quienes vayan a integrar las mayorías computables sean todos los que deban ser y no otros; sin ausencias que pueden ser evitadas y sin presencias de acreedores falsos" <sup>33</sup>.

Tema central de un acto colegial es el de la legitimación, o sea, de quienes pueden formalizar su voto o manifestación unilateral -que manteniendo su identidad (colectividad)-determina la voluntad colegial colectiva; en una asamblea de sociedad, los accionistas que se inscribieron con no menos de tres días de anticipación a su realización (art. 238 L.S.). ¿Y en el concurso? ¿Cualquier persona? Esta es la clave, particularmente, por un principio de conocimiento, vínculo causal, interés concurrente y carácter del concurso.

La ley concursal autoriza a votar a los acreedores verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 L.C.Q.) y no a los "créditos". Ello se vincula indisolublemente al aspecto del "interés contrario" o del "interés concurrente".

La visión sobre la cuestión suele ser limitada por aplicación del método de las "relaciones de cambio", y no de las de organización. La fiscal apunta muy bien al orden público concursal, sistema de concursalidad que implica un sistema de "relaciones de organización", que impone la legitimación de ciertos acreedores (no de terceros que lo sustituyen). Se configura así el negocio colegial, como un negocio colectivo de participación necesaria de exclusivos legitimados para tratar una propuesta del deudor común, en un marco temporal normativa y judicialmente delimitado.

La legitimación concursal excluye la cesión o subrogación posterior a la apertura del concurso, imponiendo la verificación del acreedor concurrente que pretenda estar legitimado para votar, lo que resulta de las previsiones de los arts. 31 y 41 L.C.Q.. Justamente, con relación a ciertos créditos (art. 45, 3ª parte, L.C.Q.), ratificando la falta de legitimación de los acreedores no verificados o declarados admisibles, se amplía el período de incesibilidad a un año antes de la presentación, por la suposición de planificación de la insolvencia <sup>34</sup>.

La "adquisición" por cualquier medio de un crédito ya verificado, particularmente seguido por renuncias a derechos reales o privilegios, y la aceptación de un acuerdo predatorio de quita y espera contiene una desviación causal del negocio, jurídica y moralmente ilícita, en cuanto intenta perjudicar a los acreedores concursales reconocidos y enriquecer al concursado o a los socios de la sociedad concursada.

Desde la axiología concursal sólo los "acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes" pueden intervenir conforme con la previsión del art. 32 L.C.Q., donde se expresa la "causa" de la obligación, que tiende a excluir a acreedores complacientes o conniventes, que deben corresponder al giro negocial <sup>35</sup>. Aceptar la participación de subrogantes, cesionarios o adquirentes de créditos sería desnaturalizar el principio, máxime cuando -escandalosa y abusivamente- se lo hace con el único fin de obtener la mayoría, "adquiriendo" la porción necesaria a tal fin de un crédito mayor. Ello se corresponde al contenido del informe general (art. 39 inc. 3 L.C.Q.) y a la categorización "fundada en agrupamiento y clasificación en categorías de los "acreedores verificados y declarados admisibles" (art. 41 L.C.Q.) y no de otros.

Se genera así una interpretación congruente. La ley concursal sólo permite votar a los acreedores verificados. No se refiere a los acreedores que han devenido como tales, después de la verificación. Ello sería incongruente con el sistema concursal, donde una subrogación o cesión es sospechosa y ajena al "interés" de un acreedor real. Aparecería el conflicto de intereses.

La limitación que surge de la propia ley concursal, se finca en: a) la pars conditio creditorum, y b) la naturaleza del acuerdo en su fase inicial que no es un contrato entre acreedor-deudor, sino un acto cumplido por los acreedores entre sí. Y, en tal supuesto, localizamos la previsión de la ley de concursos referida a los acreedores anteriores, o concursales, el interés global de los acreedores donde quien nació como acreedor con posterioridad no puede operar en conflicto de intereses, basados, a su vez, en la causa misma del

negocio jurídico del cesionario o subrogante, o sea, no en la causa inicial anterior al concurso, sino en la causa por la que un tercero paga el crédito, actuando luego contra sus propios intereses, pero, sin duda, contra los intereses de los acreedores anteriores.

Interpretado el sistema en su conjunto, en el análisis de una relación colegial colectiva, y no de mero contrato entre acreedor y deudor, o entre acreedores individualmente, la obtención de la mayoría implica generarles a los acreedores que votaron en contra, los que se abstuvieron, y los que están en trámite de ser reconocidos, una donación expropiatoria en favor de los socios. Un acreedor no originario, por causa o título anterior al concurso, no puede alterar el estado de cosas, rompería la *pars conditio creditorum*.

### 4. Del voto de terceros no verificados ni declarados admisibles como titulares de créditos concurrentes

No es del caso ingresar en estas notas sobre las exclusiones del voto en el derecho argentino, tanto las expresadas por la ley como las que se dispone en cada caso a pedido de la concursada; ni sobre la burda intervención de terceros no verificados como acreedores en el concurso, para aprobar un acuerdo casi expropietario enriqueciendo a los socios. "Comprar" a través de la subrogación, cesión e incluso por la apariencia de voto por el acreedor verificado, las mayorías necesarias que se suman a los créditos con privilegio adquiridos por terceros que sorpresivamente renuncian a la garantía o privilegio y aceptan diferir el cobro por decenas de años de un porcentaje irrisorio, nos remitimos a otro trabajo más general, para quien quiera indagar sobre algo más <sup>36</sup>.

Se nos dirá que ello no está prohibido. No hace falta la prohibición, sólo debe revisarse quiénes pueden votar. El Código Civil queda aquí limitado por el sistema concursal. Sólo quienes verificaron o fueron declarados admisibles, sometiéndose al triple control del síndico, de los otros acreedores y del juez pueden hacerlo.

El sistema de orden público concursal impone que sólo los verificados puedan hacerlo, y que ellos no puedan lucrar en la transferencia del voto o del crédito para que un tercero -en interés de la sociedad deudora- vote imponiendo a los restantes quitas y esperas despojatorias -e inconstitucionales-<sup>37</sup>.

Del maestro Héctor Cámara encontramos opinión concreta <sup>38</sup>. Si bien referido a la junta de acreedores, donde se expresaba la dirección del voto, ante el título "Acreedores que pueden asistir", se preguntaba: "¿Qué acreedores comprende? Los verificados y declarados admisibles", al ser reemplazado el anterior sistema de verificación. Posteriormente, al referirse a los "acreedores votantes" <sup>39</sup> señala enfáticamente un juicio totalmente aplicable en la legislación vigente: "a) El derecho de voto se atribuye al acreedor, y no a los créditos… En consecuencia, si el acreedor tiene varios créditos dispone de un solo voto personal -principio de indivisibilidad- por el importe de todos ellos con derecho de voto: único en su contenido que no puede fraccionarse ni por mandatario… d) El acreedor de un acreedor del concursado, ¿puede votar usando la acción subrogatoria? No corresponde, porque el derecho de voto es inherente a la persona del acreedor (art. 1196 C.C.)… Tienen derecho de voto: a) En primer lugar, los acreedores quirografarios verificados o declarados admisibles… Ellos son los principales destinatarios del acuerdo preventivo, porque soportan las consecuencias de la insolvencia del deudor". Es el interés común que justifica, conforme el orden público concursal, el acuerdo por mayoría de las personas unidas homogéneamente.

"Cuando el pago se hace con consentimiento del deudor, hay contra él la acción del mandato". Esta posición también ha sido adoptada por Colmo, quien afirma que "cuando el tercero no interesado paga con consentimiento expreso o tácito del deudor hay un mandato expreso o tácito del deudor que ha querido librarse de un acreedor incómodo y colocar en su lugar al tercer pagador (Colmo, Alfredo, Obligaciones, p. 466, Nº 668). Si el tercero pagador actúa con el consentimiento del deudor, actúa como su mandatario y en ese carácter no puede

hacer un pago que el mandante tiene prohibido realizar (v. infra 3.1). (vi) Cuando el pago con subrogación es promovido por el propio deudor a través de interpósita persona, nos podríamos encontrar ante los hechos tipificantes del delito de connivencia dolosa. El art. 180 del Código Penal reprime con prisión al acreedor que consienta un concordato, convenio o transacción judicial en virtud de una connivencia dolosa con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato. En sentido concordante, el art. 176 castiga al fallido que conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor"-de un dictamen de Gils Carbó-.

Descartamos la posibilidad de que un pago que pretenda una subrogación o cesión parcial del crédito genere derecho al voto. Ello llevaría a autorizar el voto dividido, o sea que de una misma causa de la acreencia, se despachen dos votos, alterando así la situación original (art. 32 L.C.Q.). El caso supone que el mismo crédito verificado oportunamente, correspondiente a un acreedor verificado, y que por lo tanto era el único que podía votar, fuere dividido a los efectos de obtener la mayoría e imponer el acuerdo a los acreedores que votaron en contra, que no votaron o que están en trámite de verificación <sup>40</sup>. En el precedente, gracias al artilugio, se impone una grave pérdida al propio acreedor cuyo crédito parcialmente fue subrogado. Se generó, en el caso, una situación de voto dividido sólo autorizada en el art. 45 bis L.C.Q..

Se trata de un claro abuso de derecho por "acreedores" nacidos con posterioridad que generan daños a los acreedores originarios. Consideramos que nada obsta al negocio de subrogación o de cesión, con sus efectos típicos entre partes, pero entendemos que debe excluirse el voto en interés contrario a los que concurren al acto colegial colectivo, y esa inteligencia sólo puede devenir de limitar la intervención a los acreedores que pueden participar en él.

El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el "nuevo" acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros. En el caso existe una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito en el concurso, existe en la cesión o subrogación una alteración de las consecuencias naturales del negocio <sup>41</sup>; en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en ella, contraria al sistema concursal e incluso una "ilicitud moral" <sup>42</sup> en cuanto se intenta afectar a la minoría.

Son importantes las referencias que hace Galgano a "la causa liberal", distinguiendo que "No todo acto gratuito es un acto de liberalidad; no todo acto de liberalidad es una donación. Un contrato a título gratuito puede ser un acto de liberalidad, manifestación de generosidad, de reconocimiento, de amistad, etc.; pero no todo acto de liberalidad es una donación: sólo lo es la liberalidad que consiste en un dar o en la asunción de una obligación de dar. ... El verdadero problema es el de la determinación del concepto de liberalidad. Esta, ante todo, expresa la ausencia de deber, jurídico o moral, en quien sin contraprestación dispone a favor de otros de un derecho propio o se obliga en su favor a una prestación de dar. La liberalidad no es sólo espíritu humanitario o caritativo, de ella no está excluído el hecho de que el donante... actúe movido por reconocimiento... Todo acto de liberalidad es un acto a título gratuito -pág. 113- o sea sin contraprestación... concurren dos elementos que permiten la identificación del concepto de liberalidad: uno es la ausencia de obligación,... el otro es la naturaleza patrimonial del interés del disponente".

En la relación obligatoria, la satisfacción se logra mediante la consecución legítima, por parte del acreedor, del objeto debido: el acreedor tiene que conceptuarse satisfecho cuando, en modo legítimo y en el lugar y el tiempo debidos, consigue lo que le es debido <sup>43</sup>. Adquirir un crédito (por subrogación o cesión) a sabiendas que no obtendrá la satisfacción del crédito, implica una alteración de la relación causal, un interés distinto al de un acreedor concurrente. Es una liberalidad e implica actuar en interés contrario al de los acreedores concurrentes.

Insistimos en que el derecho concursal se enrola dentro de las relaciones de organización,

cuyo análisis debe ser afrontado con método de empresa y no el propio de las relaciones de cambio, donde el interés contrario impone la exclusión de votar <sup>44</sup>.

Lo que es aceptable en las relaciones bilaterales, y autorizado por el Código Civil, como relación de acuerdo o contractual, no puede afectar a terceros, basados en el art. 1197 C.C.. La legislación concursal sobre la base de la universalidad o de la concurrencia impone a los acreedores anteriores a la apertura del concurso a presentarse en el juicio universal. Sólo entre ellos es aceptable el acuerdo. La subrogación o cesión de créditos es incompatible con tal sistema. Más aún, la cesión o subrogación parcial que altera no sólo las relaciones por el monto de los créditos en cuanto a la aceptación, sino al número y parecería permitir el voto dividido, que sólo es aceptado en el caso del art. 43 bis. La causa es un elemento fundamental en las relaciones bilaterales, y más importante en las relaciones de organización. La causa no puede ser alterada para perjudicar a ciertos acreedores, enriqueciendo a los socios, particularmente en cuanto existen formas de acuerdos que compatibilizan ambos intereses. Alterar la causa del crédito para beneficiar al deudor importa un acto ilícito, o por lo menos abusivo.

Estas apreciaciones sobre la "causa" permiten acentuar el criterio concursalista de admitir a votar sólo a los acreedores verificados o declarados admisibles que tienen una causa evidenciada y coherente con las vinculaciones patrimoniales generadas por el concursado. Los acreedores cuyos votos estamos cuestionando, no verificados, que advienen al concurso con una "causa" de liberalidad para renunciar a privilegios o al derecho propio de un acreedor de hacer efectivo su crédito, tiene interés contrario por la propia causa del negocio por el que intenta intervenir en el "negocio colegial". "Un interés extraño, y generalmente opuesto, al meramente patrimonial derivado del crédito que tiene contra la sociedad". "

En cuanto se acepte que el acuerdo concursal se aleja de una relación contractual y reviste aspectos "colegiales" para imponer la decisión mayoritaria, la cuestión se simplifica. Y se simplifica en el sentido de que debe estarse al sistema "especial" para determinar quiénes están legitimados para "imponer" la decisión, y en esto no es que haya que interpretar restrictivamente las limitaciones, sino todo lo contrario y conforme el orden público concursal considerar legitimados sólo a los que las normas autorizan, ante el apartamiento del principio de la autonomía de la voluntad. El interés común es el que justifica la generación de un acuerdo (a través de un colegio o procedimiento especial donde la mayoría determine los efectos imputables a todo el grupo).

Ni siquiera puede pensarse en relaciones contractuales entre deudor y cada acreedor, pues éste sólo puede expresar su voluntad en orden a la propuesta pública y formalmente presentada, eventualmente, formalizando las renuncias que expresamente le autorice la ley pues todo otro acuerdo caería en previsiones penales. Con relación a este acuerdo, para que la voluntad mayoritaria pueda oponerse a los disidentes, ausentes o posteriores reconocidos, debe estarse estrictamente a las legitimaciones y actos que expresamente autorice la ley concursal.

Claro que, a su vez, ese acuerdo no sólo no debe ser abusivo, sino también tiene que ser constitucional, o sea, respetar los límites del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 C.N., no pudiendo configurar una expropiación de derechos de los acreedores que no votaron a favor, no sólo porque no existe contraprestación <sup>46</sup>, sino porque implica una transferencia de bienes en favor de los socios de la sociedad concursada, o del concursado mismo.

Sin ingresar en estudios de derecho comparado <sup>47</sup> -nos hemos limitado a la sistemática concursal- la legislación italiana en el art. 127 con referencias al "voto en el concordato *in fine*" disponía que "las transferencias de los créditos producidas después de la declaración de quiebra no atribuyen derecho de voto" y, a su vez, con referencia a la "exclusión" del voto del cónyuge, excluye a los cesionarios o adjudicatarios "desde menos de un año antes de la declaración de quiebra".

Marginalmente ingresados en la novedad de la exclusión de voto por interés contrario con la concursada.

Diariamente, la realidad señala que los representantes de sociedades concursadas solicitan al juez del concurso en Argentina que excluya del cómputo del voto, el que ha emitido o no emitirá favorablemente supuestos acreedores con interés contrario al de la concursada.

Ello nos lleva a algunas reflexiones, en voz alta, para tratar de interpretar lo que está sucediendo en el "derecho concursal" argentino.

La petición se formaliza, sin duda, contra un acreedor concurrente, cuyo crédito ha sido verificado o declarado admisible. O sea que se intenta excluir del ejercicio de un derecho al titular propietario de un crédito indubitable, legítimo, generado normalmente por una relación contractual -podría ser por un choque- asumida libremente por los representantes legales de la sociedad concursada cuando ésta no se encontraba en concurso. Parece así indubitable que -en la normalidad de los casos- el crédito nació por una relación voluntaria entablada por los representantes legales de la sociedad concursada con normalmente otra sociedad a la que se reputa interés contrario al social.

Como en la verificación se ha analizado la causa de la obligación, se supone que el crédito y la legitimidad del acreedor concurrente se basan en la legalidad de aquella relación causal y en el incumplimiento de la concursada de satisfacerla oportunamente, presentándose en concurso e imponiendo a todos "sus" acreedores la concurrencia.

O sea que la presencia del competidor en el concurso responde a una actuación de los representantes legales de la concursada. Recapitulemos.

La incapacidad de pago de una sociedad está sometida, en primer lugar, a su propio sistema: la legislación societaria. Los administradores como buenos hombres de negocios y los socios, particularmente, si alguien ejerce el control de derecho, deben cumplir con previsiones expresas de la ley en torno al capital social, publicidad, disolución, etc., que ante la imposibilidad patrimonial de continuar el giro comercial imponen conductas, una de ellas, la capitalización de los pasivos.

O sea que todo representante legal de una sociedad que contrata con competidores debe tener especial cuidado en cumplir el contrato, pues puede ser ejecutado en caso de incumplimiento; si carece de capacidad patrimonial para cumplir deberán los socios aumentar el capital social o capitalizar el pasivo, lo que llevaría a compartir con tales acreedores -competidores- el gobierno de la sociedad.

El acuerdo concursal corresponde al sistema de acuerdos colectivos colegiales, o sea adoptados por mayoría de los que estén legitimados a votar. Y en el derecho argentino sólo están legitimados a votar los "acreedores verificados o declarados admisibles"; es un derecho personal de los acreedores concurrentes, o sea que legitima a ciertos sujetos y no a otros conforme el orden público concursal.

Decíamos que ha pasado a ser una constante que los acuerdos sean de quita y espera. O sea que los representantes de la concursada, sus socios, pretenden incumplir las previsiones de la legislación societaria y que sus acreedores sean despojados de casi la totalidad del crédito por quitas desmesuradas e inconstitucionales, y esperas ajenas a las prácticas de mercado. Obviamente que tales quitas y esperas, de ser aprobado el acuerdo, disminuyen el pasivo y automáticamente se enriquecen los socios de la concursada, devenida de la "habilidad" de sus representantes y de la "omisión" de las obligaciones de los socios.

Ese enriquecimiento se obtiene a través de intentar que se verifiquen la menor cantidad de créditos -o se declaren admisibles- en tiempo útil, a fin de que la menor cantidad de acreedores y de los créditos de los que son propietarios sean necesarios para aprobar el acuerdo, imponiéndolo no sólo a los que votan en contra, a los que no votan, sino también a todos los que componen el pasivo real de la concursada.

Sospechosamente esa mayoría se logra por opinables medios, a nuestro criterio, ilegales, como la adquisición de créditos con garantía real o privilegios, renunciando a ellos, subrogación

parcial de ciertos créditos exclusivamente con relación al monto con el que se lograría la mayoría. De nuevo advertimos que tal criterio es aceptable por aplicación automática del Código Civil y sin advertir que el sistema concursal entronca un sistema propio de acuerdos colegiales que excluye a subrogados o cesionarios, pues importa un derecho del acreedor concurrente y no del crédito.

Y el clímax de esta nota resulta que los representantes de la concursada cuando a través de las "maniobras" ilegales que señalamos en el punto anterior los representantes de la concursada no logran su propósito de despojar a los acreedores y enriquecer a los socios, y revisando los votos negativos o no emitidos encuentran al "competidor".

Competidor cuya legitimación generaron causalmente los propios representantes, que debieron imaginar la posibilidad de capitalización de tal pasivo, no sólo conforme con las reglas societarias, sino también conforme a un principio concursal inexcusable que señala Lorente <sup>48</sup>, y que hemos recordado Barreiro y Truffat <sup>49</sup>, y nosotros <sup>50</sup>.

La aceptación de este estado de cosas, de esas actitudes de los representantes de la sociedad concursada justifican plenamente nuestras aseveraciones sobre la posibilidad de ejercer acciones individuales de responsabilidad aun con el acuerdo homologado y, por qué no, contra los controlantes por su conducta abusiva <sup>51</sup>.

No es nuestro ánimo ingresar en el análisis de cada caso jurisprudencial, pues cada juzgador habrá analizado prudentemente la *fattispecie*, pero, frente a algún caso no podemos dejar de pensar que un supuesto de exclusión puede ser el control torpe, sea que se esté ejerciendo en el momento de votar o se haya generado el derecho de votar en esa situación de control abusivo son supuestos que deberían afrontarse a través de la aplicación del art. 54 *in fine* L.S., bajo la teoría de la imputación no de la responsabilidad, con todas las consecuencias que de ello pueden derivarse.

#### 6. Ultimo obstáculo para el voto complaciente: abuso de derecho o fraude

Volvemos a los enjundiosos criterios de Gils Carbó que habíamos abandonado transitoriamente -y que sigue en pág. 346 de su fundado artículo que venimos citando-.

En general, la jurisprudencia no trata para decidir sobre el punto, la falta de legitimación de los subrogados o de los cesionarios, ni el conflicto de intereses, sino que lo reduce a una cuestión de falta de prohibición y, eventualmente, de un abuso de derecho o fraude.

O sea que el fenómeno lesivo no se aborda desde las relaciones de organización, desde el orden público concursal, desde el sistema del acuerdo colegial colectivo, sino desde el Código Civil, como se advierte en nuestras referencias sobre subrogación -si bien Gils Carbó marca las diferencias-.

El análisis tema del abuso de derecho y fraude es legítimo, pero parece reducido a una cuestión extraconcursal, propia de las relaciones de cambio y no de las relaciones de organización <sup>52</sup>.

Gils Carbó recuerda las enseñanzas de Josserand en cuanto a que el legislador cuando confiere una prerrogativa no es para que hagamos de ella cualquier uso, ya que aquél ha tenido en vista un "objetivo determinado". Toda institución tiene un destino que constituye su razón de ser, cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden, los particulares, cambiarla a su antojo en otra diferente: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado, cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; a su vez, la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral <sup>53</sup>. Se trata de "las doctrinas del abuso o exceso de poder en las mayorías, que tienden a poner remedio a las situaciones que se presentan cuando las resoluciones adoptadas... atienden sólo al beneficio o interés particular de quienes contribuyeron a formar la voluntad social, o cuando esos acuerdos hayan tenido por objeto exclusivo romper el equilibrio existente" <sup>54</sup>.

Claro que el abuso de derecho está señalado aquí con relación al ejercicio del derecho de voto, y no al ejercicio de la subrogación o cesión -o, por lo menos, no aparece claramente diferenciada-. Creemos que en primer lugar -de no aceptarse nuestra tesis inicial sobre la legitimación- la teoría del abuso del derecho debe aplicarse al negocio sustitutivo en primer lugar, y luego, en caso de ser superado, debe aplicarse al ejercicio del derecho de voto. Ello por cuanto el tercero no es un acreedor concurrente, integrante de la masa pasiva que generó la decisión de presentarse en concurso.

En este último supuesto se ha sostenido: "Puesto que el art. 45 de la L.C.Q. sólo es aplicable con relación a aquellas exclusiones dirigidas a los casos de voto connivente, cabe concluir que aquellas posibles exclusiones que pudieron fundarse en un interés contrario frente a la solución concordataria deberán ser analizadas a la ley del art. 1071 C.C. que da letra a la llamada teoría del abuso del derecho, o en el fraude a la ley, según las probanzas del caso". 55

Gils Carbó también se refiere al fraude, que "consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra, citando que un acto jurídico es fraudulento cuando si bien sus otorgantes obran legitimados 'formalmente' por una norma legal, en realidad eluden otra u otras que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se proponen" <sup>56</sup>. De seguido registra jurisprudencia sobre ambos supuestos descalificatorios de abuso de derecho y fraude: "De advertir el tribunal que se ha utilizado la renuncia como un medio para emplear el derecho de voto, con el fin de desnaturalizar el recto sentido de la votación, se adopten las medidas del caso" (CNCom., Sala E, 11/5/88, "La Tregua S.A", L.L., 1988-E, pág. 484).

La enumeración "... en principio, taxativa y sólo se admite la extensión de la prohibición a aquellos supuestos en que, como consecuencia de su voto complaciente, favorecerían al deudor afectando el interés de los acreedores minoritarios" (CNCom., Sala A, 19/3/04, "Seidner, Hanna s/ concurso preventivo", L.L. del 2/8/04).

Se recepta así el interés contrario -no la mera apreciación contraria- como exclusión del voto en el acuerdo colegial; falta del ejercicio regular de los derechos de un acreedor, constituyendo la "adquisición" de un crédito para votar en forma complaciente no sólo un abuso de derecho sino también un fraude a la ley. Obviamente, nosotros opinamos que un tercero no está legitimado para votar a través de un negocio posconcursal de cesión o subrogación.

#### V. Propuesta final

Llega el momento de meditar sobre si construimos un sistema jurídico desde las relaciones de organización, el orden público concursal y el negocio jurídico colegial colectivo para estructurar el acuerdo concursal como forma de resolver la crisis, o nos ponemos en mano de los "estrategas" concursalistas que hacen soportar los errores de la concursada, particularmente de los administradores y socios de control de las sociedades concursadas, a los acreedores.

Si está en claro el uso desviado y abusivo de las cesiones y subrogaciones en los concursos en la Argentina, no podemos entender que pueda darse una interpretación distinta a la que propiciamos. Por ello apoyamos el análisis estructural del acuerdo en consonancia con el bien jurídico tutelado por el derecho concursal <sup>57</sup>, la legitimación de los votantes, sus eventuales categorizaciones y la exclusión de la intromisión de terceros no legitimados para alterar el interés común de los acreedores.

La naturaleza de "acuerdo" de la solución concursal, en cualquiera de sus formulaciones, impone estar estrictamente a las exigencias de la ley para poder imponerlo a acreedores que no expresaron su decisión o lo hicieron en forma contraria. La legitimación y el interés contrario para expedir el voto cobran particular relevancia, sin perjuicio de la aplicación de la teoría del abuso del derecho o del fraude, teorías que dejamos expuestas a las críticas y aportes.

Hemos puesto el dedo sobre la llaga, sobre un tema del que se habla poco y de una práctica que se usa mucho para perjudicar a los acreedores y enriquecer a los concursados o a los socios

en el caso de una sociedad concursada. Despertaremos críticas y pocas adhesiones. Y eso que todavía no hemos hablado demasiado sobre la inconstitucionalidad de los "acuerdos". Los beneficiados se sonreirán con picardía, pues ya consiguieron su propósito al homologarse el acuerdo -pese a darse todas las características de ilegalidad que hemos puesto de resalto-. Claro que podrían intranquilizarse si revisaran algunos trabajos en torno de la responsabilidad individual de administradores societarios <sup>58</sup> y a las vías para hacer responsables a los socios -particularmente los de control-. Otros se reirán pues se transfirieron los paquetes accionarios a muy buen precio gracias a la "donación" de los acreedores.

¿La verdad? ¡No es un panorama -ni un ejemplo- muy alentador sobre la seguridad jurídica y judicial en nuestro país! Rumores sobre una investigación judicial de participación de acreedores falsos en APE para asegurar la mayoría para imponer el acuerdo lesivo agravaría nuestras conclusiones, como así también otros fraudes que estarían investigando los fiscales de cámaras de Comercio de la Capital Federal.

Tiempos de pensar en el rol del derecho para la efectiva convivencia y no de pantalla o recurso para prolongar los incumplimientos y la actividad ilícita. Bienvenidos los aportes que los miembros de la Academia nos hagan llegar para una mejor construcción de un derecho concursal eficiente y no complaciente con quien generó la crisis. La crisis hay que enfrentarla y solucionarla, pero no haciendo recaer todo el sacrificio en los acreedores. El esfuerzo compartido, el equilibrio en los repartos, la asunción de responsabilidad por terceros, son vías señaladas por la doctrina pero alejadas de las estrategias judiciales.

#### **Nmotas**

- \* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 9/5/06.
- <sup>1</sup> Agradeceremos comentarios, sugerencias, críticas, aportes de derecho comparado a ehrichard@arnet.com.ar. El presente ensayo fue expuesto el 9 de mayo de 2006 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. La posición doctrinaria solicitaria recibió apoyo posterior en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Rosario, octubre 2006, y en las XIII Jornadas de Derecho Comercial, Bahía Blanca, del mismo mes y año.
- <sup>2</sup> Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?, comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: "El derecho concursal del siglo XXI", Barranquilla, Colombia, 12 al 14 de octubre de 2005, en CD del Congreso y en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar.
- <sup>3</sup> Hacia la desjudicialización de la crisis: la conservación de la empresa, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali, Colombia, Universidad Javeriana, 18 de octubre de 2005, en la página electrónica indicada en la nota precedente.
- <sup>4</sup> En libro colectivo sobre concursos y quiebras, coordinado y dirigido por Lidia Vaiser: *Hacia la privatización de las crisis*:... cit..
- <sup>5</sup> Nuestro "Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. solución privada" en prensa (a publicar en el Nº 219, julio-agosto 2006 en *RDCO*).
- <sup>6</sup> En libro colectivo, "Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados", Jorge Adame Goddard (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, marzo 2005, en Parte V, *Procesos de unificación y armonización del derecho privado*; nuestro *Relaciones de organización. Economía del derecho y armonización del derecho privado*, págs. 621 a 634.
- <sup>7</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte General*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 41/42.
  - <sup>8</sup> Lorenzetti, ob. cit., págs. 177 a 178 a quien hemos casi transcripto.
- <sup>9</sup> En libro colectivo *Tratado de la buena fe en el derecho*, coordinador Marcos M. Córdoba, La Ley, Buenos Aires, 2 tomos, 2ª ed., 2005; nuestro *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, capítulo XLIX, t. I, pág. 811; en libro colectivo "La actuación societaria", de nuestra dirección conjunta con Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, *La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución*, juntamente con Graciela A. Haggi, pág. 229.
- <sup>10</sup> En Congreso de Academias de Derecho, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999, *Justicia y derecho*, pág. 541.
- <sup>11</sup> Sobre bien jurídico tutelado puede verse: "El bien jurídico tutelado por el derecho concursal", Córdoba, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1979-1980, pág. 261; y sobre la supuesta eliminación de sanciones por no presentarse tempestivamente en concurso: "El plan de empresa. Etica y responsabilidad del empresario" en

Estudios en honor de Pedro J. Frías, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, pág. 1.187.

- <sup>12</sup> En libro colectivo: "Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra" de nuestra dirección conjunta con Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, *La continuación de la empresa y la reorganización empresaria como un problema eminentemente societario*, juntamente con Laura Filippi, pág. 227 del segundo.
  - <sup>13</sup> Carlos Palacio Laje, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Lerner, 2002.
- <sup>14</sup> "Otra vez sobre propuesta abusiva" en libro colectivo: *Conflictos en la insolvencia,* dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 409, especialmente, pág. 431 y ss...; "7. Un tema vinculado: el voto complaciente", y "Funcionalidad de sociedad y propuesta concursal abusiva", Córdoba, Zeus, t. 7, págs. 505 a 515, 8/11/05.
- <sup>15</sup> Nuestro *Responsabilidad social de la empresa*, texto publicado de la conferencia formalizada en la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, el 16/8/05, que puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar
- <sup>16</sup> Graciela, Lovece, "La metamorfosis empresarial. De la intangibilidad del capital a la intangibilidad de la reparación" en libro colectivo: *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Derecho de las obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los contratos. Teoría general del contrato*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, pág. 327 y ss., específicamente, pág. 332.
- <sup>17</sup> Nuestro "Realidad, economía y derecho" en libro colectivo: *Política, economía y derecho. Equilibrios y desequilibrios*, 2ª ed., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005, pág. 84 y ss.. y *Reforma concursal: ¿de normas o de ideas?* en el CD del Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho concursal, Barranquilla, Colombia, octubre 2005, y ambos, en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar
- <sup>18</sup> Celia Weingarten, "La equidad económica como principio general del derecho de los negocios" en libro colectivo: *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe...* cit., pág. 629 y ss., específicamente, pág. 636.
- <sup>19</sup> Alejandra Gils Carbó, "La exclusión del voto en el concurso preventivo" en libro colectivo: *Conflictos en la...* cit., pág. 343 y ss..
  - <sup>20</sup> En Sociedades y contratos asociativos, Buenos Aires, Zavalía, 1987.
  - <sup>21</sup> En *Derecho societario* con Orlando Manuel Muño, 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 26 y ss..
- En torno a la asamblea unánime, comunicación al VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, publicación dirigida por Eduardo M. Favier Dubois (H). y Ricardo A. Nissen, Buenos Aires, Ad-Hoc, octubre 1995, t. I, pág. 143.
- <sup>23</sup> En *De la insolvencia*, 3 tomos, libros "In Memoriam" de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *La autorización de los acreedores para promover acciones revocatorias o de responsabilidad* con Héctor Guillermo Vélez, t. II, pág. 415.
- <sup>24</sup> Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJEA, 1971, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. II, págs. 346/7.
  - <sup>25</sup> Lorenzetti, ob. cit., págs. 181/182.
- <sup>26</sup> Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, pág. 237 y ss.: El voto y el acuerdo.
- <sup>27</sup> Alejandra Gils Carbó, *La exclusión del voto en el concurso preventivo* en libro colectivo: "Conflictos en la..." cit., dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 343 y ss., que sirvió de base del seminario realizado en Mar del Plata en noviembre de 2005.
- <sup>28</sup> Gils Carbó cita aquí a R. Sacchi, *Il prinicipio di maggioranza nel concordato*, Milán, Giuffrè, 1984, pág. 41 y Horacio Fargosi, "Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales" en L.L., 2002-D-1074.
  - <sup>29</sup> José Antonio Iglesias, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 96.
  - <sup>30</sup> GILS CARBÓ cita aquí a SACCHI, ob. cit., pág. 43.
- <sup>31</sup> La autora que venimos siguiendo cita aquí a La Monica, Mario, *I reati fallimentari*, Milán, IPSOA, 1999, págs. 200-1.
- <sup>32</sup> Sobre la tempestividad de actuar como deber de los administradores societarios, contradiciendo la opinión mayoritaria de que se ha eliminado toda sanción por no actuar oportunamente, pueden verse nto. "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)" en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1.532, y anteriores, y las tendencias modernas que apuntan que las soluciones deben producirse en el campo del derecho societario (cfme. K. Schmidt, "Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994" en *Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal del 2001*, Madrid, Diles, 2002, pág. 34 y ss., y nto. "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!..." cit,, y en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 203 -septiembre 2003- *Los administradores societarios y la insolvencia*, pág. 553, en coincidencia sobre la responsabilidad de administradores en forma individual frente a los acreedores, y porque no ante los socios como sostiene Schmidt. Interesante sobre su apreciación en torno de la responsabilidad de

los socios es el trabajo de Ariel A. Germán Macagno, "El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente" en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Nº 3, marzo-abril, 2000, Buenos Aires, pág. 47 y ss.. Es el tema de la planificación que debe formalizar el administrador societario como buen hombre de negocios, resolviendo la crisis en el marco del derecho societario, tempestivamente.

- <sup>33</sup> Mariano J. AQUINO, "Algunas notas sobre los acuerdos preventivos para acreedores privilegiados", Buenos Aires, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaicones*, 2005, año '38, t. 2005-B, pág. 554 y ss., específicamente, pág. 562: "2. El pasivo que integra las mayorías. La importancia de la etapa informativa", si bien tratando de acreedores privilegiados introduce las condiciones de "legitimidad".
- <sup>34</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 73, en orden a que "Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos -y el negocio colegial, agregamos- pueden ser controlados en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho".
- <sup>35</sup> Se acaba de publicitar una investigación en ocho APEs, en los cuales, los votantes afirmativos no pertenecerían al giro negocial y serían los mismos en todos los concursos, lo que implicaría una maniobra defraudatoria de acreditarse.
- <sup>36</sup> Nto. "Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿Negocio colegial colectivo?)" en L.L. del 13/3/06, y página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar
- <sup>37</sup> En esta ocasión no volveremos sobre este aspecto que lo hemos analizado en nuestro artículo citado en libro colectivo "Conflictos en la..." cit..
- <sup>38</sup> Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. II, pág. 933 y ss.: "acreedores que pueden asistir", específicamente, pág. 933.
  - <sup>39</sup> Cámara, ob. cit. en nota anterior pág. 965 y ss., específicamente, pág. 966.
- <sup>40</sup> Contra la división Cámara en ob. y pág. cits., conforme al principio de indivisibilidad del voto, que no puede fraccionarse ni por mandatario. Dentro de la estructura general de las decisiones tomadas por mayoría, el principio de indivisibilidad puede verse en Pier Giusto Jaeger, "El vito divergente nella societá per azioni", Milán, Giuffré, 5 *Quaderni di Giurisprudenza Commerciali*, 1976.
- <sup>41</sup> Emilio Betti, "Teoría general del negocio jurídico", 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 187.
  - <sup>42</sup> Betti, ob. cit., pág. 278.
- <sup>43</sup> Doménico Barbero, "Sistema del derecho privado", Buenos Aires, EJEA, 1967, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. III, *Obligaciones*, pág. 35.
- <sup>44</sup> Nto. "Sociedad por acciones; efectos de la resolución adoptada merced al voto emitido en intereés contrario al social" en DE 153-680.
- <sup>45</sup> Del dictamen fiscal de la Dra. Alejandra Gils Carbó aceptado integralmente por la CNCom., Sala A, 8/10/04, "Productos Mainumbi S.A. s/ Concurso preventivo" en libro colectivo "Conflictos en la..." cit., directores Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 352 y ss..
- <sup>46</sup> Asumir la crisis de la sociedad es en primer lugar, una cuestión de los socios, por lo que la contraprestación puede consistir en la capitalización de los pasivos, se conserva así la empresa y los socios comparten el riesgo con los acreedores. Sobre el punto puede verse nto. "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!..." cit. y, tambien, *Otra vez sobre propuesta abusiva* en libro colectivo "Conflictos en la..." cit., dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, págs. 409 a 434, y libro colectivo sobre "Concursos y quiebras" coordinado por Lidia VAISIER: *Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa*.
- <sup>47</sup> Ante una consulta que hicimos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal recibimos del jurista amigo Irael Creimer, la siguiente respuesta: Quitas y esperas en la legislación uruguaya I. 1.1) Respecto de las quitas y esperas en Uruguay tenemos diversos regímenes legales. 1.2) En materia de sociedades comerciales para aprobar un convenio concordatario se necesita la aquiescencia de acreedores que representen por lo menos el 75% del pasivo. No hay límites para el monto de la quita ni para el plazo que se otorga para el pago. 1.3) En los concordatos preventivos de sociedades no anónimas y comerciantes individuales hay dobles mayorías. El convenio debe ser aprobado: a) por la mayoría de los acreedores civiles o comerciales que representen a lo menos las <sup>3</sup>/<sub>4</sub> partes del pasivo total del deudor, y b) por la mayoría de personas que representen <sup>3</sup>/<sub>4</sub> partes de la suma de los créditos de entre los acreedores comerciantes cuyos créditos comerciales provengan originariamente de operaciones comprendidas en el giro regular de sus negocios y estén asentados en los respectivos libros llevados por ellos en forma. La quita máxima es de 50% pero debe pagarse necesariamente en 18 meses. 1.4) Para los concursos civiles las mayorías necesarias para llegar a un arreglo resolutorio con los acreedores es la mayoría de acreedores que representen más de la mitad de los créditos. No hay límites en materia de plazo y monto material de la quita. 1.5) Hay también otras mayorías para otros casos puntuales. II. Maniobras de diversa índole para conseguir las mayorías existen. A veces dan lugar a oposiciones. III. No hemos visto planteadas oposiciones a concursos preventivos en que se homologuen acuerdos abusivos en contra de los acreedores disidentes. IV. Pequeño comentario: 1) es absurdo que haya distintas mayorías y distintos sistemas en el régimen uruguayo; 2) debería existir mayor cantidad de oposiciones ante maniobras de los deudores y en caso de fórmulas abusivas. Sobre este segundo aspecto parece que los acreedores están tan desanimados por los magros ingresos que pueden recuperar de un deudor concursal y no quieren gastar dinero y energías en esa tarea.
- Javier A. LORENTE, "El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el 'prepackaged plan' ('Prepack'): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales" en *Doctrina*

Societaria y Concursal, agosto 2004, t. XVI, pág. 893, especialmente, pág. 902.

- <sup>49</sup> Barreiro y Truffat, "Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?", publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1.205.
- <sup>50</sup> Nto. "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!... cit., Buenos Aires, Errepar, *Doctrina Societaria y Concursal*, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1.532.
- Nto. "Los administradores societarios y la insolvencia", *RDCO* Doctrina, Nº 203, pág. 553 y ss., donde señalábamos en las líneas finales, pág. 585: "Sin duda nuestra posición levantará cuestionamientos, pero al mismo tiempo hará repensar a los asesores jurídicos y contables los alcances de nuestra legislación. Ello llevará a que los administradores de sociedades -y a los socios controlantes- reciban el alerta correspondiente para permitirles gozar el principio societario de la irresponsabilidad".
- <sup>52</sup> Nto. Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, págs. 17 y 441, y en libro colectivo: "Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados", coordinador Jorge Adame Goddard, México, Universidad Nacional Autónoma de México, marzo 2005, en Parte V, Procesos de unificación y armonización del derecho privado; nto. Relaciones de organización. Economía del derecho y armonización del derecho privado, págs. 621 a 634.
- <sup>53</sup> Gils Carbó, ob. cit., pág. 346/7 con cita de Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativé* (Théorie dite de l'abus des droits) 2ª ed., París, 1993, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Código Civil y leyes complementarias (Augusto C. Belluscio (dir.) t. 5, pág. 53; Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. II, pág. 165 y ss..
- <sup>54</sup> Ricardo Augusto Nissen, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad-Hoc, febrero 2006, pág. 85.
- <sup>55</sup> Verónica F. Martínez de Petrazzini en su ilustrado fallo del 24/2/05 desde su Juzgado Civil yComercial de 39 Nom. de Córdoba y Juzgado de Concursos y Sociedades Nº 7 de Córdoba en el caso "Banco Suquía S.A. s/concurso preventivo", en el mismo libro colectivo citado precedentemente, pág. 364 y ss.. En este caso rechazó la pretensión de la concursada de excluir el voto de acreedor que había rechazado diversas propuestas de acuerdo.
- <sup>56</sup> Gils Carbó, ob. cit., pág. 347, con cita de Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, t. I, pág. 428.
- <sup>57</sup> Nto. "Bien jurídico tutelado por la legislación concursal" en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, años 79/80, pág. 262 y ss..
- <sup>58</sup> Marcelo G. Barreiro y E. Daniel Truffat, "Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras" en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1.205 y ss.; nto. "Está lloviendo. ¡Se acabó la..." cit., en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, diciembre 2005.
- <sup>24</sup> Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJEA, 1971, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. II, págs. 346/7.
  - <sup>25</sup> Lorenzetti, ob. cit., págs. 181/182.
- <sup>26</sup> Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, pág. 237 y ss.: El voto y el acuerdo.
- <sup>27</sup> Alejandra Gils Carbó, "La exclusión del voto en el concurso preventivo" en libro colectivo: *Conflictos en la...*, cit., dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 343 y ss., que sirvió de base del seminario realizado en Mar del Plata en noviembre de 2005.
- <sup>28</sup> Gils Carbó cita aquí a R. Sacchi, *Il prinicipio di maggioranza nel concordato*, Milán, Giuffrè, 1984, pág. 41 y Horacio Fargosi, "Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales" en L.L., 2002-D-1074.
  - <sup>29</sup> José Antonio Iglesias, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 96.
  - <sup>30</sup> GILS CARBÓ cita aquí a SACCHI, ob. cit., pág. 43.
- <sup>31</sup> La autora que venimos siguiendo cita aquí a La Monica, Mario, *I reati fallimentari*, Milán, IPSOA, 1999, págs. 200-1.
- <sup>32</sup> Sobre la tempestividad de actuar como deber de los administradores societarios, contradiciendo la opinión mayoritaria de que se ha eliminado toda sanción por no actuar oportunamente, pueden verse nuestro "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)" en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1.532, y anteriores, y las tendencias modernas que apuntan que las soluciones deben producirse en el campo del derecho societario (cfme. K. Schmidt, "Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994" en *Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal del 2001*, Madrid, Diles, 2002, pág. 34 y ss., y nuestro "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!..." cit,, y en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 203 -septiembre 2003- *Los administradores societarios y la insolvencia*, pág. 553, en coincidencia sobre la responsabilidad de administradores en forma individual frente a los acreedores, y porque no ante los socios como sostiene Schmidt. Interesante sobre su apreciación en torno de la responsabilidad de los socios es el trabajo de Ariel A. Germán Macagno, "El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente" en *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 3, marzo-abril, 2000, Buenos Aires, pág. 47 y ss.. Es el tema de la planificación que debe formalizar el administrador societario como buen hombre de negocios, resolviendo la crisis en el marco del derecho societario, tempestivamente.

- <sup>33</sup> Mariano J. Aquino, "Algunas notas sobre los acuerdos preventivos para acreedores privilegiados", Buenos Aires, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2005, año '38, t. 2005-B, pág. 554 y ss., específicamente, pág. 562: "2. El pasivo que integra las mayorías. La importancia de la etapa informativa", si bien tratándose de acreedores privilegiados introduce las condiciones de "legitimidad".
- <sup>34</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 73, en orden a que "Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos -y el negocio colegial, agregamos- pueden ser controlados en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho".
- <sup>35</sup> Se acaba de publicitar una investigación en ocho APEs, en los cuales, los votantes afirmativos no pertenecerían al giro negocial y serían los mismos en todos los concursos, lo que implicaría de acreditarse una maniobra defraudatoria.
- <sup>36</sup> Nuestro "Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿Negocio colegial colectivo?)" en L.L. del 13/3/06, y página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar
- <sup>37</sup> En esta ocasión no volveremos sobre este aspecto que lo hemos analizado en nuestro artículo citado en libro colectivo *Conflictos en la...*, cit..
- <sup>38</sup> Héctor Camara, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. II, pág. 933 y ss.: "acreedores que pueden asistir", específicamente, pág. 933.
  - <sup>39</sup> Cámara, ob. cit. en nota anterior pág. 965 y ss., específicamente, pág. 966.
- <sup>40</sup> Contra la división, Cámara en ob. y pág. cits., conforme al principio de indivisibilidad del voto, que no puede fraccionarse ni por mandatario. Dentro de la estructura general de las decisiones tomadas por mayoría, el principio de indivisibilidad puede verse en Pier Giusto Jaeger, "El vito divergente nella societá per azioni", Milán, Giuffré, 5 *Quaderni di Giurisprudenza Commerciali*, 1976.
- <sup>41</sup> Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 187.
  - <sup>42</sup> Ветті, ob. cit., pág. 278.
- <sup>43</sup> Doménico Barbero, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJEA, 1967, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. III, *Obligaciones*, pág. 35.
- <sup>44</sup> Nuestro "Sociedad por acciones; efectos de la resolución adoptada merced al voto emitido en interés contrario al social" en E.D. 153-680.
- <sup>45</sup> Del dictamen fiscal de la Dra. Alejandra Gils Carbó aceptado integralmente por la CNCom., Sala A, 8/10/04, "Productos Mainumbi S.A. s/ Concurso preventivo" en libro colectivo *Conflictos en la...*, cit., directores Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 352 y ss..
- <sup>46</sup> Asumir la crisis de la sociedad es en primer lugar, una cuestión de los socios, por lo que la contraprestación puede consistir en la capitalización de los pasivos, se conserva así la empresa y los socios comparten el riesgo con los acreedores. Sobre el punto puede verse nuestro "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!..." cit. y, tambien, "Otra vez sobre propuesta abusiva" en libro colectivo *Conflictos en la...*, cit., dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, págs. 409 a 434, y libro colectivo sobre "Concursos y quiebras" coordinado por Lidia Vaisier: *Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa*.
- <sup>47</sup> Ante una consulta que hicimos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, recibimos del jurista amigo Irael Creimer, la siguiente respuesta: Quitas y esperas en la legislación uruguaya I. 1.1) Respecto de las quitas y esperas en Uruguay tenemos diversos regímenes legales. 1.2) En materia de sociedades comerciales para aprobar un convenio concordatario se necesita la aquiescencia de acreedores que representen por lo menos el 75% del pasivo. No hav límites para el monto de la quita ni para el plazo que se otorga para el pago. 1.3) En los concordatos preventivos de sociedades no anónimas y comerciantes individuales hay dobles mayorías. El convenio debe ser aprobado: a) por la mayoría de los acreedores civiles o comerciales que representen a lo menos las 3/4 partes del pasivo total del deudor, y b) por la mayoría de personas que representen 3/4 partes de la suma de los créditos de entre los acreedores comerciantes cuyos créditos comerciales provengan originariamente de operaciones comprendidas en el giro regular de sus negocios y estén asentados en los respectivos libros llevados por ellos en forma. La quita máxima es de 50% pero debe pagarse necesariamente en 18 meses. 1.4) Para los concursos civiles las mayorías necesarias para llegar a un arreglo resolutorio con los acreedores es la mayoría de acreedores que representen más de la mitad de los créditos. No hay límites en materia de plazo y monto material de la quita. 1.5) Hay también otras mayorías para otros casos puntuales. II. Maniobras de diversa índole para conseguir las mayorías existen. A veces dan lugar a oposiciones. III. No hemos visto planteadas oposiciones a concursos preventivos en que se homologuen acuerdos abusivos en contra de los acreedores disidentes. IV. Pequeño comentario: 1) es absurdo que haya distintas mayorías y distintos sistemas en el régimen uruguayo; 2) debería existir mayor cantidad de oposiciones ante maniobras de los deudores y en caso de fórmulas abusivas. Sobre este segundo aspecto parece que los acreedores están tan desanimados por los magros ingresos que pueden recuperar de un deudor concursal y no quieren gastar dinero y energías en esa tarea.
- Javier A. LORENTE, "El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el 'prepackaged plan' ('Prepack'): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales" en *Doctrina Societaria y Concursal*, agosto 2004, t. XVI, pág. 893, especialmente, pág. 902.
- <sup>49</sup> Barreiro y Truffat, "Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?", publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1.205.

- Nuestro "Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!... cit., Buenos Aires, Errepar, *Doctrina Societaria y Concursal*, diciembre 2005, N° 217, t. XVII, pág. 1.532.
- <sup>51</sup> Nuestro "Los administradores societarios y la insolvencia", *RDCO* Doctrina, Nº 203, pág. 553 y ss., donde señalábamos en las líneas finales, pág. 585: "Sin duda nuestra posición levantará cuestionamientos, pero al mismo tiempo hará repensar a los asesores jurídicos y contables los alcances de nuestra legislación. Ello llevará a que los administradores de sociedades -y a los socios controlantes- reciban el alerta correspondiente para permitirles gozar el principio societario de la irresponsabilidad".
- Nuestro Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, págs. 17 y 441, y en libro colectivo: Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, coordinador Jorge Adame Goddard, México, Universidad Nacional Autónoma de México, marzo 2005, en Parte V, Procesos de unificación y armonización del derecho privado; nuestro Relaciones de organización. Economía del derecho y armonización del derecho privado, págs. 621 a 634.
- <sup>53</sup> GILS CARBÓ, ob. cit., pág. 346/7 con cita de Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativé* (Théorie dite de l'abus des droits) 2ª ed., París, 1993, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Código Civil y leyes complementarias (Augusto C. Belluscio (dir.) t. 5, pág. 53; Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. II, pág. 165 y ss..
- <sup>54</sup> Ricardo Augusto Nissen, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad-Hoc, febrero 2006, pág. 85.
- <sup>55</sup> Verónica F. Martínez de Petrazzini en su ilustrado fallo del 24/2/05 desde su Juzgado Civil yComercial de 39ª Nom. de Córdoba y Juzgado de Concursos y Sociedades Nº 7 de Córdoba en el caso "Banco Suquía S.A. s/concurso preventivo", en el mismo libro colectivo citado precedentemente, pág. 364 y ss.. En este caso rechazó la pretensión de la concursada de excluir el voto de acreedor que había rechazado diversas propuestas de acuerdo.
- <sup>56</sup> GILS CARBÓ, ob. cit., pág. 347, con cita de Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias*. *Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, t. I, pág. 428.
- <sup>57</sup> Nuestro "Bien jurídico tutelado por la legislación concursal" en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, años 79/80, pág. 262 y ss..
- <sup>58</sup> Marcelo G. Barreiro y E. Daniel Truffat, "Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras" en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1.205 y ss.; nuestro "Está lloviendo. ¡Se acabó la..." cit., en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, diciembre 2005.

#### EL CONFLICTO ARGENTINO-URUGUAYO SOBRE LAS "PASTERAS" (PAPELERAS) ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA

por Ernesto J. Rey Caro

El 13 de julio pasado, la CIJ emitió una "ordenanza" en el "Asunto relativo a las fábricas de pasta de papel sobre el Río Uruguay" (Argentina c/ Uruguay).

Sobre este pronunciamiento de la Corte, se han efectuado numerosos comentarios, periodísticos, radiales, televisivos, que no siempre reflejan el contenido y alcance del dictamen del Tribunal. Asimismo, se nos ha informado y se nos sigue informando sobre las actitudes asumidas por las autoridades de ambos países y sobre las posibles vías que se podrían adoptar ante la situación originada por tal pronunciamiento.

Hemos leído frases como que "el Tribunal ha autorizado la continuación de la construcción de las fábricas", o que "el Tribunal ha invitado al gobierno argentino para que presente una nueva demanda de medidas conservatorias", etc.. Tales apreciaciones, no se compadecen con lo resuelto por la Corte. Quizá obedezcan a malas interpretaciones de sus dichos o al deseo de calmar a algunos grupos que se oponían a la construcción de las "papeleras" y en los cuales se había instalado un optimismo exagerado sobre el resultado de la "demanda".

Días antes del 13 de julio circularon versiones que preanunciaban un pronunciamiento que receptaría parcialmente las pretensiones argentinas. Se hablaba de "un empate técnico", utilizando un lenguaje extrajurídico. El resultado se alejó bastante de estas predicciones, y coincide con el que algunos, entre los que me incluyo, habíamos previsto. La "demanda" fue rechazada por catorce votos contra uno. Este último, perteneciente al juez *ad hoc* designado por el gobierno argentino, el que no obstante coincidió en gran parte con el dictamen de la mayoría (Dr. Vinuesa). En mi opinión, ello jerarquiza el papel de los jueces *ad hoc*, aunque pueda no agradar al gobierno que lo designó.

Teniendo la convicción de que la cuestión podría interesar a nuestros pares de la Academia, es que le propusimos al Sr. presidente abordar esta cuestión en una especie de mesa redonda, ya que descontamos los aportes que seguramente realizarán nuestros colegas. Entre muchos interrogantes, nos preguntamos: ¿por qué los argentinos no somos capaces de discutir y aunar posiciones frente a problemas que atañen a los intereses fundamentales del país, como lo hacen muchos Estados?; ¿por qué estas cuestiones son resueltas exclusivamente por el gobierno de turno y de acuerdo a conveniencias políticas o a situaciones coyunturales?

Deseamos aclarar que prescindiremos de los antecedentes del conflicto y de su evolución, aspectos que ya han sido analizados en este recinto. De allí que partiremos del momento en que se abrieron las instancias judiciales internacionales. La instancia ante la Corte está prevista en el Estatuto del Río Uruguay, en el capítulo reservado a la solución de las controversias. En el caso argentino, nuestro país nunca reconoció la competencia de la CIJ con carácter general y en los términos del art. 36 del Estatuto del Tribunal

Asimismo, omitiremos la derivación del conflicto instalada ante las instancias de solución de controversias previstas en el Mercosur, originadas en el cierre de rutas con el país vecino, materia ésta que ha merecido opiniones no siempre coincidentes.

El 4 de mayo del corriente año Argentina presentó una solicitud de "medidas conservatorias" y una demanda sobre el "fondo" de la cuestión.

En su solicitud de medidas conservatorias, la Argentina alegaba que la continuación de la construcción de las obras emprendidas por Uruguay agravaría significativamente el impacto perjudicial en el plano económico y social. Asimismo, sostenía que tales consecuencias serían de una naturaleza tal que no podrían ser reparadas por medio de una indemnización pecuniaria o alguna otra prestación material; que la puesta en servicio de las fábricas antes que la Corte dictara una sentencia definitiva provocaría perjuicios graves e irreversibles a la preservación del

medio ambiente del río Uruguay y de los habitantes de las zonas vecinas bajo jurisdicción del país; y que la continuación de la construcción de las fábricas implicaría una actitud unilateral de Uruguay conducente a crear un hecho consumado y a tornar irreversible el emplazamiento actual de las fábricas.

Por tales razones, en el pedido argentino, se solicitaba a la Corte que Uruguay suspendiera inmediatamente todas las autorizaciones para la construcción de las fábricas en cuestión; que tomara las medidas necesarias para asegurar la suspensión de todos los trabajos de construcción de dichas fábricas; que cooperara de buena fe con Argentina con vista a asegurar la utilización racional y óptima del río Uruguay; que este país se abstuviera de tomar toda otra medida unilateral relativa a la construcción de tales fábricas que no respetara el Estatuto de 1975; y que se abstuviera igualmente de realizar toda otra *acción* que pudiera agravar, extender o hacer más dificil el arreglo del diferendo *objeto* de la instancia.

Por su parte, Uruguay manifestó que había respetado íntegramente el Estatuto del Río Uruguay a lo largo del desarrollo del conflicto; que la demanda argentina no era fundada; que no se daban las circunstancias requeridas para la solicitud de las medidas conservacionistas, y que la adopción de tales medidas solicitadas causarían perjuicios irreparables y catastróficos a los derechos de Uruguay y al futuro de sus habitantes.

Asimismo, Uruguay destacaba que había demostrado su firme voluntad de aplicar a las dos fábricas, las normas internacionales más rigurosas y las más indicadas en materia de control de la contaminación, habiendo cumplido las obligaciones previstas en el art. 41 del Estatuto; que Uruguay había cumplido de buena fe las obligaciones que impone el art. 7º y ss. del mismo cuerpo legal; que estos dispositivos no conceden a cada parte un "derecho de veto" en cuanto a la realización por la otra parte de proyectos de desarrollo industrial, sino que tienen por finalidad imponer a ambas partes la obligación de intercambiar información de buena fe en el marco de los procedimientos allí establecidos, entre otros argumentos.

Es interesante destacar que Uruguay invoca un acuerdo suscripto el 2 de marzo de 2004 entre los ministros de Relaciones Exteriores de ambos países en el que se expresa que ambos ministros habían convenido primero, que la fábrica CMB podría ser construida según el proyecto uruguayo; segundo, que Uruguay proporcionaría a la Argentina las informaciones relativas al funcionamiento de la fábrica; y tercero, que la CARU controlaría la calidad de las aguas del río a los efectos de garantizar el respeto del Estatuto, una vez que la fábrica entrara en servicio. Agregaba que la existencia de tal acuerdo había sido reconocida por diversos medios, incluyendo declaraciones del ministro de Relaciones Exteriores y del presidente argentino, y que su contenido era igualmente aplicable al proyecto de la fábrica Orión.

Hemos omitido muchos otros argumentos esgrimidos por ambos Estados, por razones de brevedad, pero todos fueron controvertidos por Argentina y Uruguay respectivamente, en la faz procesal oportuna.

Al concluir la etapa de las segundas observaciones orales, Uruguay reiteró de manera expresa su voluntad de respetar plenamente y totalmente el Estatuto del Río Uruguay y su aplicación y como expresión concreta de esta voluntad ofreció la realización de un monitoreo conjunto y constante con la Argentina de las consecuencias para el medio ambiente de la explotación futura de las fábricas. Asimismo, manifiesta su voluntad de respetar plenamente el medio ambiente y los derechos humanos de uruguayos y argentinos y, lo que es remarcable, de respetar las normas de la Unión Europea para esta industria, que serían obligatorias a partir del año 2007. A esta última afirmación, algunos analistas le han atribuido especial relevancia.

La Corte, en la resolución comentada, analiza su competencia a la luz de las posturas de las partes en el conflicto, en particular, las observaciones efectuadas por Uruguay, y concluye que en virtud del art. 60 del Estatuto de 1975, tiene competencia *prima facie* para conocer la materia de fondo y, en consecuencia, también de examinar la demanda de medidas conservatorias. Igualmente, este Tribunal, examina el alcance que deben tener las medidas conservatorias a la luz de su jurisprudencia.

Asimismo, analizando los argumentos vertidos por ambas partes, la Corte va examinando la

procedencia de las diferentes medidas de conservación solicitadas por la República Argentina. Estima, entre otras consideraciones, que la Argentina no había convencido al Tribunal de que la construcción de las fábricas importaría un perjuicio irreparable para el medio ambiente ni que hubiera aportado elementos que hicieran pensar que la contaminación eventual engendrada por la puesta en servicio de las fábricas sería de una naturaleza tal que perjudicara de manera irreparable al río Uruguay.

La Corte reconoce expresamente la relevancia que tiene la protección continua del medio ambiente del río así como el derecho al desarrollo económico de los Estados ribereños y destaca las normas establecidas por el Estatuto de 1975 y otorga especial relevancia al compromiso asumido por Uruguay, ya señalado.

El Tribunal concluye afirmando que no existen motivos justificados para acoger la demanda de las medidas conservatorias requeridas por la Argentina.

No obstante, deja expresamente sentado que la resolución adoptada no prejuzga para nada en la cuestión de competencia de la Corte para conocer en el fondo de la demanda, y que la decisión igualmente deja intacto el derecho de la Argentina de presentar una nueva demanda de solicitud de medidas conservatorias fundada en hechos nuevos.

El juez Abraham analiza en su interesante voto individual la naturaleza de las medidas conservatorias y enumera las condiciones que en su entender, deben concurrir para que el Tribunal las ordene.

Hemos tratado de exponer, a grandes rasgos, el origen de la solicitud de las medidas conservatorias efectuada por la República Argentina, juntamente con la demanda de fondo, ante la Corte Internacional de Justicia. También sucintamente hemos intentado resumir los argumentos vertidos por las partes en las audiencias respectivas, y los argumentos en que el Tribunal ha fundado su resolución. Asumimos la responsabilidad de haber incurrido en una extrema simplificación, pero confiamos en la benevolencia de los académicos, que deberán comprender que el tiempo destinado para abordar esta cuestión ha debido ser compartido con otros colegas.

Académico de número. Versión resumida de la conferencia pronunciada en sesión privada el 25/7/06.

# LA ORDENANZA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CASO DE LAS PASTERAS URUGUAYAS. ¿CONSTITUYE UN REVÉS PARA ARGENTINA?

por Zlata Drnas de Clément

SUMARIO: Introducción.

#### Introducción

La Ordenanza del 13 de julio de 2006 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Asunto relativo a las pasteras sobre el Río Uruguay*, referida a la "Solicitud argentina de indicación de medidas conservatorias" provisionales, adoptada por 14 votos contra 1<sup>1</sup>, dispone "que las circunstancias, como se presentan en la oportunidad ante la Corte, no son de naturaleza tal como para requerir el ejercicio de su facultad (...) de indicar medidas provisionales".

Si bien, la Corte no hace lugar a las medidas solicitadas, tal situación no permite afirmar -particularmente atendiendo a la posición de las Partes y los considerandos del pronunciamiento de la Corte- que el alto tribunal "ha rechazado" el pedido argentino en su totalidad o que Argentina ha sufrido un revés en esta instancia.

Argentina, al solicitar a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 4 de mayo de 2006, la indicación de medidas provisionales, ha señalado que los derechos a salvaguardar con las medidas solicitadas son los que "derivan del Estatuto [del Río Uruguay] de 1975 y de los principios y reglas de derecho internacional necesarios para su interpretación y aplicación (...)"

<sup>2</sup>. En particular, ha señalado: el derecho a que el Uruguay respete las obligaciones previstas en el Estatuto para la realización de toda obra con envergadura suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de las aguas; el derecho a que Uruguay no autorice emprendimientos susceptibles de causar perjuicio sensible al río o a Argentina; el derecho de Argentina a que las poblaciones ribereñas bajo su jurisdicción y las que vivan en las proximidades de las obras proyectadas y sus zonas de influencia, vivan en un ambiente sano y no sufran daños a la salud, económicos o de otra naturaleza como consecuencia de la construcción de las pasteras y su puesta en funcionamiento sin respetar las obligaciones procedimentales establecidas en el Estatuto de 1975.

Las *medidas concretas solicitadas* por Argentina (mientras se esté a la espera del fallo de la Corte sobre el fondo de la cuestión) pueden dividirse en dos bloques:

- A) la Corte ordene a Uruguay la suspensión inmediata de las autorizaciones para la construcción de las dos pasteras y de las construcciones como tales; y
- B) la Corte ordene a Uruguay: cooperar de buena fe en la utilización racional y óptima del río para proteger y preservar el medio acuático e impedir la contaminación; abstenerse de toda medida unilateral relativa a la construcción de las pasteras que no respete el Estatuto y las reglas de derecho internacional necesarias para su interpretación y aplicación; abstenerse de toda otra medida que pueda agravar, ampliar o tornar más dificil la solución del diferendo.

Prácticamente, puede afirmarse que la Corte no ha rechazado ninguna de las medidas solicitadas por Argentina en el bloque B) señalado precedentemente. Ello corresponde que sea entendido así, ya que si se tiene en cuenta que la Corte, en el Considerando 82, ha señalado que "ambas partes están obligadas en virtud del derecho internacional <sup>3</sup> a poner en ejecución de buena fe los procedimientos de consulta y de cooperación previstas en el Estatuto de 1975" y ha agregado, en el mismo párrafo, que "incita a las Partes a abstenerse de todo acto que pueda tornar más difícil la solución del diferendo", se podrá dar por satisfecha la petición del segundo

bloque de medidas solicitadas. Debe tenerse en cuenta que el propio Estatuto contiene un mecanismo procedimental regulador de la cooperación mutua incompatible con las acciones unilaterales.

Cabe resaltar puntos muy destacados de la Ordenanza que importan relevantes beneficios para Argentina y a la luz de los cuales corresponde definir la posición de cada país al retomar sus obligaciones en el marco del procedimiento fijado en el Estatuto, conforme lo indicado por la Corte. Esos beneficios surgen del Considerando 56 de la Ordenanza, dada la importancia asignada por la Corte a las manifestaciones de Uruguay relativas: a su "voluntad de respetar plena y totalmente el Estatuto del Río Uruguay de 1975 y su aplicación"; a su "voluntad... de respetar plenamente el medio ambiente y todos los derechos humanos de uruguayos y argentinos, mediante una conducta caracterizada por la transparencia, la buena fe y la voluntad de una acción cooperativa y solidaria"; a la reiteración de su compromiso de que "las dos pasteras operarán respetando las normas de la Unión Europea que se tornarán obligatorias en Europa para ese tipo de industrias en 2007" 4. Este último aspecto es un enorme logro para Argentina, compromiso larga e infructuosamente buscado por nuestro país v que implica un radical cambio en la tecnología a utilizar por las pasteras; modificación del sistema ECF (libre de cloro elemental, conforme su sigla en inglés) a TCF (totalmente libre de cloro, conforme su sigla en inglés). Resaltamos muy especialmente esta situación, ya que el Considerando 56, expresamente, hace referencia a la "segunda ronda oral de observaciones" del Uruguay, momento en el que el país vecino mejorara su compromiso con relación a la "primera ronda". Ello surge claramente del Considerando 45 de la Ordenanza <sup>5</sup>.

En lo que hace al Bloque A), debe tenerse en cuenta que una indicación de medidas provisionales, de conformidad al art. 41 del Estatuto de la Corte, es una "facultad" de ella, aplicable a pedido de parte o de *motu proprio*. La Corte adopta medidas conservatorias sólo cuando estima que "las circunstancias así lo exigen" "para resguardar los derechos de cada una de las partes" mientras se sustancia el proceso, pudiendo ser esas medidas las que la Corte considere adecuadas (con total independencia de las solicitadas eventualmente por las partes).

Argentina debió aportar pruebas de la necesidad de adoptar medidas cautelares para asegurar que derechos suyos, *prima facie* evidentes e indiscutibles, se hallan en riesgo actual o inminente de ser irreversible e irreparablemente vulnerados. Lamentablemente, Argentina circunscribió sus derechos a los emanados del Estatuto de 1975: "los que derivan del Estatuto [del Río Uruguay] de 1975 y de los principios y reglas de derecho internacional necesarios para su interpretación y aplicación (...)". Generosamente, la Corte no rechazó *in limine* el pedido de medidas precautorias presentado por Argentina, ya que no cabe imaginar medidas conservatorias para resguardar derechos emergentes de un estatuto jurídico sin entrar en la interpretación de su sentido y alcance. Distinto hubiese sido si los derechos a resguardar invocados hubiesen sido los emanados de sus derechos soberanos o de soberanía, consuetudinarios y convencionales.

En trabajo anterior hemos señalado que, general y equívocamente, se visualiza el conflicto con Uruguay por las pasteras como un enfrentamiento entre ambientalistas y desarrollistas, percibiéndose la superación del diferendo en el sano equilibrio entre ambas perspectivas a la luz del desarrollo sustentable <sup>6</sup>. Sin embargo, el centro de la controversia no es ese. El conflicto es un desentendimiento en materia de soberanía territorial, cuestión propia del derecho internacional, evidentemente vulnerado por Uruguay.

Reiteradamente ha invocado Uruguay el *derecho soberano pleno* que posee para instalar en su propio territorio las industrias que estime convenientes, en el lugar que considere beneficioso. Tal afirmación contraviene normas convencionales y consuetudinarias internacionales largamente consolidadas <sup>7</sup>, ya que, si bien, todo Estado tiene y ejerce soberanía plena sobre todas sus riquezas, recursos naturales y actividades económicas, cuando se trata de recursos naturales compartidos -como lo es el río Uruguay- las capacidades soberanas de los Estados se hallan limitadas, debiendo aprovechar el bien, bajo un sistema de cooperación con el

Estado o los Estados del mismo ecosistema, de modo de asegurar que su aprovechamiento sea equitativo y razonable y no cause daño a los *legítimos intereses* de los otros Estados, lo que es mucho más que el mero deber de no causar daños transfronterizos, incluida la contaminación. En el Tratado de Límites de 1961, base del Estatuto de 1975, ambos Estados se reconocen idénticos derechos sobre el río. Cabe preguntarse qué pasaría, si Argentina decidiera instalar una o más megapasteras sobre el río Uruguay (cuestión ajena al diferendo ante la Corte), reservándose el derecho de decidir unilateralmente su localización (como lo hace Uruguay) y luego las estableciera a poca distancia al norte de los establecimientos uruguayos de Fray Bentos (lugar ideal para el funcionamiento de ese tipo de emprendimientos, según expresiones de las empresas de ENCE y Botnia), dejando a las pasteras uruguayas sin las condiciones necesarias de caudal de agua para su funcionamiento óptimo.

Resulta dudosa la conveniencia para Argentina de continuar el caso ante la Corte, especialmente, teniendo en cuenta el adelanto de posición que, sorprendente e injustificadamente, hace sobre la cuestión de fondo en los Considerandos 80 y 81.

El Considerando 80 expresa: "El presente caso pone en evidencia la necesidad de asegurar la protección ambiental de los recursos naturales compartidos permitiendo al mismo tiempo el desarrollo económico sustentable". En el mismo párrafo *in fine*, agrega: "debe tenerse en cuenta la necesidad de garantizar la protección continua del medio ambiente del río y el derecho de desarrollo económico de los Estados ribereños".

El Considerando 81 contiene otra altamente preocupante manifestación por su connotaciones potenciales: "[l]a Corte observa que las disposiciones detalladas del Estatuto de 1975 y que requieren las cooperación entre las Partes en el caso de actividades con incidencia sobre el medio ambiente del río han creado un régimen amplio y progresivo" <sup>8</sup>.

En resumen, mal podrá decirse que Argentina "perdió" con el pronunciamiento de la Corte si ha "ganado" a través de ella el compromiso de Uruguay de que las pasteras funcionarán con la misma tecnología que será obligatoria en Europa para ese tipo de industrias en 2007; puede atisbar en la posición que tendrá la Corte sobre el fondo del diferendo y es instada juntamente con Uruguay a retomar de buena fe los procedimientos de consulta y de cooperación previstos en el Estatuto de 1975 (cuestión solicitada por Argentina como medida provisional).

- \* Académica de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 25/7/06.
- ¹ Con la ausencia de los jueces Shi Jiuyong y Peter Tomka. Es de observar que el juez *ad hoc* designado por Argentina, Raúl Vinuesa -quien emitiera el voto en disidencia- en parte sustancial de su voto relativo a la procedencia del pedido argentino, ha concordado con el voto de la mayoría. Así, por ej., *i.a.* ha manifestado: "I do agree with the majority's finding that the evidence presented by Argentina at this stage is not sufficient to prove that the authorization and subsequent construction of the plants, in themselves, and just in themselves, have already caused irreparable harm to the environment". "I do agree with the finding by the majority of the Court that the Parties are required to fulfill their obligations under international law, stressing the necessity for Argentina and Uruguay to implement in good faith the consultation and co-operation procedures provided for by the 1975 Statute, and that CARU constitutes the envisaged forum for that purpose". "I do agree with the intention expressed by the majority of the Court to encourage both Parties to refrain from any actions which might render more difficult the resolution of the present dispute".
- <sup>2</sup> Los párrafos en español entre comillas, correspondientes a extractos de la Ordenanza, son traducción de la autora del presente trabajo.
- <sup>3</sup> Se trata del derecho internacional general. Esta referencia lleva implícita una crítica a la petición argentina, ya que no resulta coherente pensar que puedan constituir medidas conservatorias urgentes las que (de hacerse lugar a lo solicitado) serían meramente declaratorias del derecho internacional general. Por otra parte, si Argentina esperaba que la Corte ordenara esas medidas pero sólo sobre la base del Estatuto en su calidad de instrumento convencional, habría pretendido un adelanto de pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.
- <sup>4</sup> §56. "Whereas, in concluding its second round of oral observations, Uruguay expressly reiterated "its intention to comply in full with the 1975 Statute of the River Uruguay and its application" and repeated "as a concrete expression of that intention... its offer of conducting continuous joint monitoring with the Argentine Republic" regarding the environmental consequences of the mills' future operations; whereas Uruguay affirmed its "intention to show scrupulous respect for the environment and for the entire range of human rights of the Uruguayan and Argentine peoples through conduct characterized by transparency, good faith and the willingness to engage in cooperative, joint action" and "[made] a point of repeating that the two mills [would] operate according to European Union standards for the industry which are due to enter into force in Europe in 2007".
- <sup>5</sup> El Considerando 45 de la Ordenanza, en su versión inglesa, hace referencia a la tecnología requerida en la Unión Europea "by 2007" y en su versión francesa, a la tecnología a la que deberán ajustarse las celulósicas europeas "d'ici à 2007". Es decir, la tecnología de las Celulósicas M'Bopicuá (ENCE) y Orión (Botnia) podría haber sido la libre de cloro elemental (ECF).
  - <sup>6</sup> V. *infra* el Considerando 80 de la Ordenanza de la Corte.
- <sup>7</sup> V. nuestro trabajo: "El diferendo de las celulósicas de Fray Bentos a la luz del derecho internacional", *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 6, abril/junio 2006, págs. 9-54.
- <sup>8</sup> "[C]omprehensive and progressive regime" en la versión inglesa y "régime complet et novateur", en la versión francesa de la Ordenanza.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA ACTIVIDAD ESTATAL PARA PROMOVER EL BIENESTAR GENERAL

por Julio Isidro Altamira Gigena

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Poder de policía. 3. Servicios públicos. 4. Actividad de fomento.

#### 1. Introducción

Para promover el bienestar general, el Estado realiza numerosas actividades, algunas en ejercicio del poder de policía, otras en virtud del servicio público, y otras como actividad de fomento

Todas ellas tienen por plataforma jurídica la Constitución de la Nación como lo veremos a continuación.

Me referiré a los derechos, las obligaciones y sus límites, comenzando por un somero análisis de la Constitución Nacional de 1853.

Los convencionales constituyentes elaboraron una Constitución cuya filosofía era liberal y capitalista. Le dieron mucha importancia a la persona humana, tanto en lo que se refiere al "ser" como en lo que respecta al "tener".

Al primero, porque hicieron mucho hincapié en la libertad, a tal punto que se abolió la esclavitud<sup>2</sup>. No se admiten prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay fueros personales, ni títulos de nobleza<sup>3</sup>.

Además las normas de nuestra Constitución son tan generosas que no sólo protegen a los argentinos sino también a los extranjeros <sup>4</sup>.

Esa libertad se manifiesta mediante el ejercicio de derechos, que se encuentran señalados en el art. 14 de la Constitución Nacional. Estos son los de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar ante las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de sus propiedades; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Ella no puede confundirse con libertinaje, que es un proceder abusivo, que atenta contra el orden y la moral pública y puede perjudicar a un tercero <sup>5</sup>.

Por ello, la libertad tiene un límite, que está dado por la misma Constitución <sup>6</sup>, por ejemplo, sólo se puede trabajar y ejercer en tanto y en cuanto la industria sea lícita. Una persona puede asociarse en tanto y en cuanto sea con fines útiles.

Además, esos derechos enumerados en el art. 14 no son ilimitados sino que deben ejercerse conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, de acuerdo con lo dispuesto por los códigos Civil, de Comercio, el Penal, de Minería, de Trabajo y Seguridad Social <sup>7</sup>.

Al Estado le corresponde hacer respetar esa libertad y para ello tiene la autoridad suficiente, teniendo especial cuidado de no caer en el autoritarismo, que se manifiesta cuando se procede con arbitrariedad, o cayendo en exceso o desviación de poder. Todo lo cual puede ser controlado por el órgano judicial a pedido del afectado, o de oficio cuando ese proceder constituye un ilícito penal.

Este principio de libertad implica además que "todo aquello que no está prohibido está permitido". Por lo tanto, no se podrá realizar lo que está expresamente prohibido, y en caso de duda se estará en favor de la libertad y no de la prohibición. Esa libertad debe ser asegurada por

el Estado "... para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..." <sup>8</sup>.

La Constitución no sólo destaca que la persona humana para ser tal debe ser libre, sino que además reconoce su derecho a tener bienes, y según el art. 17, la propiedad es inviolable y sólo podrá ser privada de ella por sentencia fundada en ley, debiendo además reunirse otros requisitos como son que la pérdida de esa propiedad sea por causa de utilidad pública, que esa calificación la haga el legislador, y que previamente se abone una justa indemnización.

Pero allí no termina la protección de la propiedad, sino que expresamente se dispone que todo autor o inventor sea propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, que no se puedan confiscar los bienes por haber cometido un ilícito penal, y que tampoco se pueda perder la propiedad de los bienes con motivo de requisiciones dispuestas por un cuerpo armado.

Además de los derechos expresamente enumerados y a los que me he referido precedentemente, existen otros implícitos, que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno <sup>9</sup>.

Reitero que todos los derechos reconocidos por la Constitución de la Nación tienen sus limitaciones, y están dadas por las leyes que reglamentan su ejercicio, por lo que el constituyente otorgó competencia al legislador para elaborar normas que reglamenten esos derechos.

Pero esta competencia no es ilimitada, pues el constituyente puso al legislador dos límites; uno interno, dado por el art. 19: "Las acciones privadas de los hombres... están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...", y otro externo, el art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Por ello, el legislador no puede, so pretexto de ejercer las atribuciones acordadas en el art. 14 para reglamentar la ley y limitar los derechos, alterarlos o cercenarlos.

Como ya lo he dicho, y a los fines de reglamentar los derechos reconocidos en el art. 14, el Congreso de la Nación dictó el Código Civil, en cuyo art. 1197, expresamente se dispone que: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla, a la cual deben someterse como a la ley misma", y que la doctrina <sup>10</sup> ha reconocido como la "consagración al principio de la autonomía de la voluntad y de la fuerza vinculante del contrato".

Las partes eran libres de "negociar" las cláusulas del contrato y, por lo tanto, podían establecer de común acuerdo sus derechos y obligaciones. Todo podía ser objeto de contrato dentro del ámbito de la materia patrimonial y privada; las acciones y cosas presentes y futuras, así como las propias y las ajenas. Lo único imposible era lo físicamente irrealizable o lo que atentara contra la "seguridad", "moralidad" y "salubridad" públicas, que fueron consideradas como *las materias* que debían regular el poder de policía, siguiendo la doctrina imperante en el derecho continental europeo.

Todo podía incluirse en las cláusulas del contrato, como por ejemplo, el contenido de las acciones y prestaciones, el tiempo, el lugar, el modo y la forma en que debían cumplirse, como también las sanciones por incumplimiento o cláusulas penales por violar lo pactado. Lo importante y decisivo era que lo hubieren suscripto con discernimiento y libertad.

Lo que libremente se ha pactado debe cumplirse ineludiblemente, porque sobre este principio descansa la seguridad jurídica: *pacta sunt servanda*.

La inmutabilidad del contrato, sólo excepcionalmente se podía alterar si las condiciones que se habían tenido en cuenta al contratar habían variado sustancialmente y, por lo tanto, ya no existía equivalencia entre las prestaciones prometidas. Los principios de "equidad" y "buena fe", no podían ser marginados.

Pero esta consagración de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual o negocial que ha sido considerada como una regla propia de un sistema capitalista <sup>11</sup>, no es irrestricta, ya que por un lado se encuentra limitada por el orden público <sup>12</sup> y, por el otro, está supeditada a que el objeto del contrato sea lícito <sup>13</sup>.

Esta autonomía de la voluntad, en numerosos casos dejó de ser tal, en virtud de que en

algunos contratos las cláusulas eran redactadas por una sola de las partes, que era la más fuerte, y aceptadas por la otra, que era la más débil, surgiendo lo que en doctrina se conoció como "contrato de adhesión".

En algunos casos las cláusulas eran abusivas, por lo que el afectado tuvo que acudir al juez pidiendo su intervención para que las declarara inválidas, y se volviese al equilibrio entre las partes contratantes.

## 2. Poder de policía

Es por todos conocido que la doctrina denomina "poder de policía" <sup>14</sup> a las atribuciones que tiene el Estado para dictar normas que reglamenten el ejercicio de los derechos de los particulares.

Sin esta reglamentación es imposible la vida en sociedad, ya que cada uno debe saber cuáles son los límites de sus derechos y sus obligaciones, pues éstos no son ilimitados <sup>15</sup>.

En cumplimiento del cometido estatal: "promover el bienestar general", y aduciendo en algunos casos que se debía tener en cuenta la seguridad, la salubridad pública o la moralidad, el Estado dictó numerosas normas al respecto, algunas de ellas impugnadas ante la justicia, por ejemplo:

En 1887, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia en "Saladeristas de Barrancas c/ Provincia de Buenos Aires" <sup>16</sup> en la que receptó el criterio mediante el cual el Estado podía dictar normas en resguardo de las condiciones de salubridad pública.

Posteriormente, en 1903, en "Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán" <sup>17</sup> declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial que, gravando la producción azucarera, imponía restricciones arbitrarias a la libertad de industria.

En la década del noventa la doctrina utiliza el término "regulación económica y social" en reemplazo del poder de policía, que para Gordillo no sólo es una noción superflua e induce a confusión, sino que además evoca un Estado autoritario como es el Estado de policía <sup>18</sup>.

A partir de la década del veinte del siglo pasado, en nuestro país, el Estado comienza a intervenir en la actividad económica cercenando la autonomía de la voluntad, tomando como base lo "económico social", siguiendo la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en cuanto a las materias que comprenden al poder de policía.

Simultáneamente, se margina el principio de "autonomía de la voluntad" en materia contractual y aumenta el "intervencionismo estatal", dentro del campo del derecho privado. Puedo citar como ejemplo que se fijó por ley la duración de la jornada de trabajo, la obligación del descanso semanal, la obligación del patrón de pagar el salario en papel moneda y no en efectos o mercaderías.

También puedo citar las leyes 11.156 y 11.157. La primera prorrogó los contratos de locaciones urbanas. La segunda redujo el monto de los arrendamientos de los inmuebles que regía al 1º de enero de 1920 y por el término de dos años.

La ley 11.157 fue impugnada en los autos: "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw" <sup>19</sup> y la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 28 de abril de 1922 la convalidó.

En uno de sus considerandos se lee: "... Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. En principio, la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes y un aspecto de su libertad civil. El Estado no tiene, por lo tanto, el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas del dominio particular. Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado, en los precios en protección de intereses vitales de la comunidad... (...)

Si para justificar el ejercicio del poder de policía fuera menester que en cada caso estuviese comprometido el bienestar de todos y cada uno de los habitantes del Estado, no sería posible reglamentar jamás la actividad individual, ni el uso de la propiedad, desde que los beneficios directos de cada ley y ordenanza no alcanzan sino a una parte limitada de la población, aun cuando en conjunto tiendan a asegurar el bienestar de todos...".

Este criterio continuó en 1934 con el dictado de una sentencia en los autos: "Avico c/ De la Pesa" <sup>20</sup> mediante la que declara la constitucionalidad de una ley que disponía una moratoria hipotecaria, con rebaja durante el plazo de la moratoria, de la tasa de interés.

El 15/11/1945 la Corte Suprema de la Nación dictó sentencia en "Ghiraldo (h) c/ Pacheco S." donde reitera la constitucionalidad de la intervención estatal en las obligaciones contractuales, siempre que fuera temporal, justificada por circunstancias excepcionales y hecha efectiva con medidas razonables y justas, aduciendo que de esta forma el Estado no sólo promovía el bienestar general, sino que también afianzaba la justicia. Así se fue ratificando el criterio amplio de las materias que comprende el poder de policía.

En 1957 se reforma la Constitución y se introduce el art. 14 bis, donde enfáticamente se proclama la protección legal del trabajo asegurando al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor y disponiéndose también como obligación del Estado otorgar a las personas los beneficios de la seguridad y previsión social.

Se aduce que todos estos beneficios se acuerdan en virtud de que se adopta una nueva concepción filosófica: el Estado social de derecho, a raíz de la cual el Estado determinó los honorarios profesionales de los abogados, de los escribanos, de los ingenieros, de los arquitectos, por lo que la intervención estatal fue tan amplia que se llegó a sostener la "publicización del contrato" y es por esa razón que se habló de la "crisis del contrato de derecho privado".

También se sostuvo que como era necesario proteger el interés público, había ciertas cláusulas que regirían en los contratos aunque las partes no lo hubieran incluido porque eran de "orden público" y, por lo tanto, modificaban cualquier otra cláusula que las partes contratantes hubiesen dispuesto.

Esta tendencia socialista fue resistida por los empresarios y hubo quienes acudieron a la justicia llegando hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por considerar que sus derechos se habían conculcado. Puedo citar como ejemplo, los autos: "Callao (Cine) s/ Recurso jerárquico contra resolución dictada por Dirección Nacional de Servicio de Empleo" 22, en los que el alto tribunal, con fecha 22/6/1960 y por mayoría, confirma la sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo, que convalidó la resolución de la Dirección Nacional del Servicio de Empleo, que intimó a la Sociedad Anónima Cinematográfica para que iniciase, en el plazo de diez días, la presentación de "números vivos" en la sala del cine Callao de la Capital Federal, bajo apercibimiento de las sanciones establecidas en el decr. 21.877/44 (ley 12.921), al que se remite el art. 4º de la ley 14.226, y se le impuso una multa.

Reitero que a partir de la segunda mitad del siglo XX, la actividad estatal para promover el bienestar general fue muy intensa, tanto en el derecho como en la economía <sup>23</sup>. Se crearon el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio (IAPI), la Junta Nacional de Granos, de Carnes, etc., que fueron los únicos adquirentes de cereales y carne, por el precio que ellos fijaban, además de ser los únicos exportadores.

Para evitar los problemas de desocupación, el Estado fue adquiriendo las empresas que tenían problemas financieros, y es por esa razón que fue industrial y comerciante, compitiendo con los particulares.

La actividad estatal fue tan amplia que no sólo se sostuvo la "publicización" del contrato sino de la actividad privada.

Años más tarde se dictaron las leyes: 22.802, conocida como "Lealtad comercial", la 24.999: "Defensa del consumidor" y la 25.156: "Defensa de la competencia", que prohíben y sancionan: "todos los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de

bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado".

Se ha dicho que el mercado es un marco de transacciones e intercambio, un espacio donde convergen los oferentes, los demandantes y los intermediarios para satisfacer sus necesidades mediante la oferta y la demanda <sup>24</sup>.

O sea que se quiere proteger la competencia para hacer posible el libre juego de la oferta y la demanda, a efectos de que los usuarios y consumidores de bienes y servicios puedan adquirirlos en óptimas condiciones de precio y calidad. De este modo, el beneficio que las leyes reportan a los consumidores y usuarios es su principal finalidad.

Al concluir la década del ochenta del siglo XX, el Estado deja de ser empresario y comienza a primar otra concepción filosófica: la del Estado subsidiario. O sea que toda la actividad económica que pueda hacer el particular no la hará el Estado y éste sólo va a realizar gestión económica cuando no haya iniciativa privada o ésta sea insuficiente para la satisfacción del bienestar general. Por ello a esta teoría se la denominó "principio de subsidiariedad".

Quedan a cargo del Estado, las funciones esenciales e indelegables como son la legislativa, la justicia, la seguridad y la defensa.

Posteriormente, en 1994 se reforma la Constitución Nacional y se introducen los arts. 41, 42 y 43 ratificando ya con jerarquía constitucional, esa posibilidad del Estado de dictar normas que promuevan el "bienestar general", con lo que se lo faculta a intervenir en el caso de los mercados no perfectamente competitivos.

El art. 42 señala el rumbo regulatorio, al exigir el control de los monopolios naturales y legales indicando las herramientas jurídicas conducentes a ese fin.

Con la modificación constitucional citada, se proclama la "defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados". O sea que no sólo es obligación del Estado proteger al mercado como marco de transacciones sino también fomentar la competencia, por los beneficios que ella trae aparejados al consumidor en general.

El Estado debe actuar a fin de evitar abusos que perjudiquen al consumidor, sobre todo, en aquellos supuestos en que la actividad económica se realice en forma monopólica.

En conclusión, el Estado debe regular la actividad privada para proteger la salud, la seguridad, la moralidad de la población, así como lo relativo a lo económico social y de esa forma promoverá el bienestar general.

## 3. Servicios públicos

Los servicios públicos son actividades de prestación a cargo del Estado, en forma directa o indirecta, que tienden a satisfacer el interés público, mediante un régimen de derecho público <sup>25</sup>.

Hasta la reforma de la Constitución de 1949, los servicios públicos estaban principalmente en manos privadas. Este fue el caso de la luz, el teléfono, el transporte urbano e interurbano de pasajeros. Otros servicios eran prestados ocasionalmente por el Estado, por ejemplo: Correos y Obras Sanitarias de la Nación.

El art. 40 modificó ese criterio al establecer: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine".

Con esta reforma, se cambia sustancialmente la concepción liberal y capitalista que tenía la Constitución de 1853 y se la transforma en una Constitución estatista <sup>26</sup>.

Durante este período, el Estado creó numerosas entidades autárquicas que actuaban bajo un régimen de derecho público, ya que estaban sometidas a la ley de contabilidad y a la de obras

públicas, entre otras. Sus empleados revestían el carácter de empleados públicos o agentes estatales. Puedo citar como ejemplos, el Fondo Nacional de las Artes y el Banco Central de la República Argentina.

Otras veces, el servicio público se prestó mediante la creación de empresas del Estado, que fueron consideradas como entidades sujetas a un régimen jurídico mixto: de derecho público y de derecho privado. Fueron creadas por ley, su patrimonio era del Estado, no podían ser declaradas en quiebra. Sus planes de acción y sus presupuestos debían ser aprobados por el Poder Ejecutivo. Puedo citar como ejemplos: Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Obras Sanitarias de la Nación y Ferrocarriles Argentinos, entre otros.

Algunos servicios públicos fueron prestados por Sociedades del Estado, que eran entes estatales pero se diferenciaban de las empresas del Estado en que estaban sometidas al régimen mercantil común, y competían con la actividad privada. Se les aplicó supletoriamente, la legislación societaria del derecho comercial y estuvieron al margen de las leyes de contabilidad y de obras públicas. Puedo citar como ejemplos, a Aerolíneas Argentinas, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Agua y Energía de la Nación.

En la última década del siglo XX, se dictaron las leyes 23.696 de emergencia administrativa y reestructuración del Estado, y la 23,697 de emergencia económica, y, en consecuencia, el Estado dejó de prestar la mayoría de los servicios públicos y los transfirió a los particulares, por lo que se conoció a este período como "privatización de los servicios públicos".

Todos los servicios públicos que pudieran prestar las cooperativas o las empresas privadas no los prestaría el Estado. El vínculo jurídico fue, en algunos casos, mediante concesión y, en otros, mediante licencia. Además, en algunos casos, los bienes continuaban perteneciendo al Estado y, en otros, eran transferidos en propiedad a las empresas privadas.

El Estado dejó de ser prestador de los servicios públicos y pasó a controlarlos. Por esa razón se dictan numerosas normas que los regulan, y se crean los distintos entes de control <sup>27</sup>. En la provincia de Córdoba se creó el ERSeP por ley 8835, que controla todos los servicios públicos ya sean prestados por los particulares, por las cooperativas, e incluso, por el Estado, como es el caso de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC).

## 4. Actividad de fomento

El Estado debe orientar las actividades económicas con el objeto de que estén al servicio del hombre y satisfagan sus necesidades espirituales y materiales. Para ello, elabora planes, en los que promueve la participación de los sectores económicos y sociales interesados, destinados al desarrollo regional y a la integración de la economía nacional, provincial o municipal. Es por esa razón que dicta ciertas medidas para estimular la eficiencia, la productividad y el desarrollo de ciertas actividades que, directa o indirectamente, deben redundar en beneficio de la comunidad.

Mediante la actividad de fomento, el Estado procura alentar, incentivar o sugerir la realización de ciertas actividades de carácter económico, cultural, artístico, etc. para beneficio, no sólo del que se encuentra comprendido por esta decisión estatal, sino también indirectamente de la comunidad en general.

Actualmente, en la doctrina continental europea, se ha abandonado la voz "fomento" y se la ha sustituido por la de "ayudas públicas". Se considera que el elemento distintivo es la coincidencia de los intereses públicos y privados. De allí que sea posible que el particular actúe voluntariamente en la dirección esperada, ya que persiguiendo su propio provecho contribuirá al interés general <sup>28</sup>.

Es una actividad interventora del Estado distinta a las que he analizado precedentemente <sup>29</sup>, ya que no se trata de una delimitación de los derechos, no se utiliza la coacción para que los particulares realicen una actividad determinada, ni se está en presencia de una actividad de

prestación obligatoria.

Garrido Falla <sup>30</sup> define al fomento como "Aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen".

Lo que caracteriza a la actividad de fomento es la persuasión, es decir, el Estado debe tratar de convencer para que se haga o se omita algo.

Por ello, las medidas pueden consistir en proteger determinadas actividades o en promoverlas <sup>31</sup>.

Su fundamento constitucional se encuentra en el Preámbulo  $^{32}$  y en los arts. 75 incs. 18  $^{33}$  y 19  $^{34}$  y 125  $^{35}$  C.N..

Para realizar esta actividad de fomento administrativo, el Estado puede utilizar distintos medios que pueden consistir en el otorgamiento de beneficios, como por ejemplo, préstamos a menor interés que el habitual, o a más largos plazos, disminución de ciertos impuestos o la eximición del pago de éstos durante un tiempo determinado. Los beneficios también pueden consistir en el otorgamiento de subvenciones.

Las medidas de fomento pueden ser de carácter transitorio con el objeto de resolver ciertos problemas coyunturales que una vez solucionados traen como consecuencia el cese de dichas medidas.

El Estado puede intervenir en la actividad económica procurando que haya nuevas fuentes de trabajo y, en consecuencia, a quienes las creen, les otorga eximición impositiva durante un tiempo determinado, la que podrá ser a nivel nacional, provincial o municipal.

También puede otorgar anticipos o préstamos, subsidios, reembolsos aduaneros, extensiones o desgravaciones impositivas.

Cuando la ayuda pública se efectúa en personas físicas, recibe el nombre de "bonificación", como la que se otorga por casamiento, por nacimiento de hijo, por escolaridad, etc..

Puede también, para evitar la desocupación, disminuir los aportes jubilatorios y el de las obras sociales, a fin de que el costo fijo de las empresas sea menor, con la obligación por parte de los empleadores de no producir despidos incausados.

También puede fomentar la actividad comercial de ciertas zonas de la ciudad, a fin de evitar la concentración en una determinada, otorgar la eximición de contribuciones para todas aquellas industrias que renueven sus maquinarias, ya sea para fomentar la producción local o a los fines de disminuir la contaminación ambiental.

A veces, la medida tiene su origen en una norma de carácter general: ley u ordenanza, como en los ejemplos precedentemente citados; y, en otros casos, el origen está en un contrato, como puede ser el contrato de concesión de servicios públicos, mediante el cual, el concesionario tiene derecho a una subvención.

Se trata de una relación *ius administrativa* <sup>36</sup> que puede crear derechos subjetivos de carácter administrativo <sup>37</sup>.

El incumplimiento por parte del Estado, vulnera tales derechos, por lo que el concesionario puede solicitar su restablecimiento, primero en sede administrativa, a fin de agotar esa instancia y, luego, ante el órgano judicial mediante la acción contencioso administrativa.

En algunas oportunidades, la norma requiere, que para seguir gozando del beneficio, se debe acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, por lo que se exige que el beneficiario lo acredite periódicamente, sin perjuicio de que el Estado realice las inspecciones correspondientes.

En conclusión, si bien las medidas de fomento se dictan para beneficio de un sector determinado, sus efectos se extienden a la sociedad, ya que el Estado no sólo debe "promover el bienestar general" sino también "proveer lo conducente a la prosperidad del país" (art. 75 inc. 18) y al "desarrollo humano mediante el progreso económico con justicia social" (art. 75 inc. 19).

## 3. Servicios públicos

Los servicios públicos son actividades de prestación a cargo del Estado, en forma directa o indirecta, que tienden a satisfacer el interés público, mediante un régimen de derecho público <sup>25</sup>.

Hasta la reforma de la Constitución de 1949, los servicios públicos estaban principalmente en manos privadas. Este fue el caso de la luz, el teléfono, el transporte urbano e interurbano de pasajeros. Otros servicios eran prestados ocasionalmente por el Estado, por ejemplo: Correos y Obras Sanitarias de la Nación.

El art. 40 modificó ese criterio al establecer: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine".

Con esta reforma, se cambia sustancialmente la concepción liberal y capitalista que tenía la Constitución de 1853 y se la transforma en una Constitución estatista <sup>26</sup>.

Durante este período, el Estado creó numerosas entidades autárquicas que actuaban bajo un régimen de derecho público, ya que estaban sometidas a la ley de contabilidad y a la de obras públicas, entre otras. Sus empleados revestían el carácter de empleados públicos o agentes estatales. Puedo citar como ejemplos, el Fondo Nacional de las Artes y el Banco Central de la República Argentina.

Otras veces, el servicio público se prestó mediante la creación de empresas del Estado, que fueron consideradas como entidades sujetas a un régimen jurídico mixto: de derecho público y de derecho privado. Fueron creadas por ley, su patrimonio era del Estado, no podían ser declaradas en quiebra. Sus planes de acción y sus presupuestos debían ser aprobados por el Poder Ejecutivo. Puedo citar como ejemplos: Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Obras Sanitarias de la Nación y Ferrocarriles Argentinos, entre otros.

Algunos servicios públicos fueron prestados por Sociedades del Estado, que eran entes estatales pero se diferenciaban de las empresas del Estado en que estaban sometidas al régimen mercantil común, y competían con la actividad privada. Se les aplicó supletoriamente, la legislación societaria del derecho comercial y estuvieron al margen de las leyes de contabilidad y de obras públicas. Puedo citar como ejemplos, a Aerolíneas Argentinas, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Agua y Energía de la Nación.

En la última década del siglo XX, se dictaron las leyes 23.696 de emergencia administrativa y reestructuración del Estado, y la 23.697 de emergencia económica, y, en consecuencia, el Estado dejó de prestar la mayoría de los servicios públicos y los transfirió a los particulares, por lo que se conoció a este período como "privatización de los servicios públicos".

Todos los servicios públicos que pudieran prestar las cooperativas o las empresas privadas no los prestaría el Estado. El vínculo jurídico fue, en algunos casos, mediante concesión y, en otros, mediante licencia. Además, en algunos casos, los bienes continuaban perteneciendo al Estado y, en otros, eran transferidos en propiedad a las empresas privadas.

El Estado dejó de ser prestador de los servicios públicos y pasó a controlarlos. Por esa razón se dictan numerosas normas que los regulan, y se crean los distintos entes de control <sup>27</sup>. En la provincia de Córdoba se creó el ERSeP por ley 8835, que controla todos los servicios públicos ya sean prestados por los particulares, por las cooperativas, e incluso, por el Estado, como es el caso de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC).

## 4. Actividad de fomento

El Estado debe orientar las actividades económicas con el objeto de que estén al servicio del hombre y satisfagan sus necesidades espirituales y materiales. Para ello, elabora planes, en los que promueve la participación de los sectores económicos y sociales interesados, destinados

al desarrollo regional y a la integración de la economía nacional, provincial o municipal. Es por esa razón que dicta ciertas medidas para estimular la eficiencia, la productividad y el desarrollo de ciertas actividades que, directa o indirectamente, deben redundar en beneficio de la comunidad.

Mediante la actividad de fomento, el Estado procura alentar, incentivar o sugerir la realización de ciertas actividades de carácter económico, cultural, artístico, etc. para beneficio, no sólo del que se encuentra comprendido por esta decisión estatal, sino también indirectamente de la comunidad en general.

Actualmente, en la doctrina continental europea, se ha abandonado la voz "fomento" y se la ha sustituido por la de "ayudas públicas". Se considera que el elemento distintivo es la coincidencia de los intereses públicos y privados. De allí que sea posible que el particular actúe voluntariamente en la dirección esperada, ya que persiguiendo su propio provecho contribuirá al interés general <sup>28</sup>.

Es una actividad interventora del Estado distinta a las que he analizado precedentemente <sup>29</sup>, ya que no se trata de una delimitación de los derechos, no se utiliza la coacción para que los particulares realicen una actividad determinada, ni se está en presencia de una actividad de prestación obligatoria.

Garrido Falla <sup>30</sup> define al fomento como "Aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen".

Lo que caracteriza a la actividad de fomento es la persuasión, es decir, el Estado debe tratar de convencer para que se haga o se omita algo.

Por ello, las medidas pueden consistir en proteger determinadas actividades o en promoverlas  $^{31}$ .

Su fundamento constitucional se encuentra en el Preámbulo  $^{32}$  y en los arts. 75 incs. 18  $^{33}$  y 19  $^{34}$  y 125  $^{35}$  C.N..

Para realizar esta actividad de fomento administrativo, el Estado puede utilizar distintos medios que pueden consistir en el otorgamiento de beneficios, como por ejemplo, préstamos a menor interés que el habitual, o a más largos plazos, disminución de ciertos impuestos o la eximición del pago de éstos durante un tiempo determinado. Los beneficios también pueden consistir en el otorgamiento de subvenciones.

Las medidas de fomento pueden ser de carácter transitorio con el objeto de resolver ciertos problemas coyunturales que una vez solucionados traen como consecuencia el cese de dichas medidas.

El Estado puede intervenir en la actividad económica procurando que haya nuevas fuentes de trabajo y, en consecuencia, a quienes las creen, les otorga eximición impositiva durante un tiempo determinado, la que podrá ser a nivel nacional, provincial o municipal.

También puede otorgar anticipos o préstamos, subsidios, reembolsos aduaneros, extensiones o desgravaciones impositivas.

Cuando la ayuda pública se efectúa en personas físicas, recibe el nombre de "bonificación", como la que se otorga por casamiento, por nacimiento de hijo, por escolaridad, etc..

Puede también, para evitar la desocupación, disminuir los aportes jubilatorios y el de las obras sociales, a fin de que el costo fijo de las empresas sea menor, con la obligación por parte de los empleadores de no producir despidos incausados.

También puede fomentar la actividad comercial de ciertas zonas de la ciudad, a fin de evitar la concentración en una determinada, otorgar la eximición de contribuciones para todas aquellas industrias que renueven sus maquinarias, ya sea para fomentar la producción local o a los fines de disminuir la contaminación ambiental.

A veces, la medida tiene su origen en una norma de carácter general: ley u ordenanza, como en los ejemplos precedentemente citados; y, en otros casos, el origen está en un contrato, como

puede ser el contrato de concesión de servicios públicos, mediante el cual, el concesionario tiene derecho a una subvención.

Se trata de una relación *ius administrativa* <sup>36</sup> que puede crear derechos subjetivos de carácter administrativo <sup>37</sup>.

El incumplimiento por parte del Estado, vulnera tales derechos, por lo que el concesionario puede solicitar su restablecimiento, primero en sede administrativa, a fin de agotar esa instancia y, luego, ante el órgano judicial mediante la acción contencioso administrativa.

En algunas oportunidades, la norma requiere, que para seguir gozando del beneficio, se debe acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, por lo que se exige que el beneficiario lo acredite periódicamente, sin perjuicio de que el Estado realice las inspecciones correspondientes.

En conclusión, si bien las medidas de fomento se dictan para beneficio de un sector determinado, sus efectos se extienden a la sociedad, ya que el Estado no sólo debe "promover el bienestar general" sino también "proveer lo conducente a la prosperidad del país" (art. 75 inc. 18) y al "desarrollo humano mediante el progreso económico con justicia social" (art. 75 inc. 19).

## Notas

- \* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 8/8/06.
- <sup>1</sup> Juan Carlos Cassagne, La intervención administrativa, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 19 y ss..
- <sup>2</sup> Art. 15 C.N..
- <sup>3</sup> Art. 16 C.N..
- <sup>4</sup> Art. 20 C.N..
- <sup>5</sup> Art. 19 C.N..
- <sup>6</sup> Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Angel Estrada y Cía., 1897, pág. 99 y ss..
  - <sup>7</sup> Art. 75 inc. 12 C.N..
  - <sup>8</sup> Así lo proclama el Preámbulo de la Constitución Nacional.
  - <sup>9</sup> Art. 33 C.N.
- <sup>10</sup> Alfredo Orgaz, "Los límites de la autonomía de la voluntad", L.L., t. 64, pág. 222; C. Etchebarne Bullrich, "La fuerza del contrato" L.L., 1983-C-989, entre otros.
- <sup>11</sup> Rodolfo Carlos Barra, "Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público" en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 50.
- <sup>12</sup> Art. 21 C.C.: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto a las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".
- <sup>13</sup> Conforme lo dispone el art. 953 C.C.: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".
  - <sup>14</sup> Pedro Guillermo Altamira, *Policía y poder de policía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 57 y ss..
  - <sup>15</sup> Julio I. Altamira Gigena, Lecciones de derecho administrativo, Córdoba, Advocatus, 2005, pág. 439 y ss..
  - <sup>16</sup> Fallos t. 31, pág. 274.
  - <sup>17</sup> Fallos t. 98, pág. 20.
- <sup>18</sup> Agustn Gordillo, "Policía y poder de policía" en *Servicio público, policía y fomento*", obra colectiva, Buenos Aires, 2003, pág. 239.
  - <sup>19</sup> Fallos t. 136, pág. 161.
  - <sup>20</sup> Fallos t. 172, pág. 21.
  - <sup>21</sup> Fallos t. 202, pág. 456.
  - <sup>22</sup> Fallos t.. 247, pág. 121 y ss..
  - <sup>23</sup> Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 627 y ss..
  - <sup>24</sup> Oscar R. Aguilar Valdés, "Competencia y regulación económica, lineamientos para una introducción

jurídica a su estudio" en Servicio público, policía y fomento, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 61.

- <sup>25</sup> Julio I. Altamira Gigena, ob. cit., pág. 253.
- <sup>26</sup> Gordillo sostiene que de un Estado liberal se pasa a un Estado de bienestar, y la diferencia consiste en que "mientras en aquella se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando fijarle también obligaciones positivas, aquí sin dejar de mantener las vallas, se le agregan finalidades y tareas a las que antes no se sentía obligado..." (Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, t. I, 1998-III-44.
  - <sup>27</sup> De electricidad por ley 24.065, de gas por ley 24.976.
- <sup>28</sup> Ignacio M. De la Riva, "La figura del fomento. Necesidad de encarar una revisión conceptual" en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 417.
  - <sup>29</sup> Manuel M. Diez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1969, t. IV, pág. 141 y ss..
- <sup>30</sup> Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, vol. II, pág. 255.
  - <sup>31</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 477.
  - <sup>32</sup> Preámbulo C.N.: "... promover el bienestar general...".
- <sup>33</sup> Art. 75 inc. 18 C.N.: "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".
- <sup>34</sup> Art. 75 inc. 19 C.N.: "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de la universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

<sup>35</sup> Art. 125 C.N.: "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leves protectoras de estos fines y con sus recursos propios.

Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura".

- <sup>36</sup> María José Rodriguez, "El fomento como forma de la intervención administrativa". "La promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación" en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 683.
- <sup>37</sup> Guillermo E. Fanelli Evans, "Las subvenciones en las concesiones de obras y servicios públicos" en *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 915 y ss..

## LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

por Manuel Cornet

SUMARIO: Los profesores y los alumnos. Tendencias mundiales en materia de educación legal y formación de abogados. Materia y métodos de enseñanza. Radiografía del egresado. Radiografía del egresado promedio. Profesores. Necesidad de definir objetivos. Contenidos. Modificación del plan de estudios de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la U.N.C. Materias semestrales. Programa de enseñanza para la práctica jurídica. Destrezas. ¿Qué y cuánto enseñar?

Respecto de la importancia de tratar este tema en la Academia Nacional de Derecho de Córdoba hago mías las palabras del académico de Valladolid, José María Martínez Santiago quien expresaba en su comunicación la enseñanza del derecho y la formación práctica de los jóvenes juristas, como fin inmediato de las academias.

La idea de enseñanza es innata al concepto académico más aún cuando de academias de Derecho se trata, como demuestra su origen y desenvolvimiento.

Continúa este autor en su comunicación que "la necesidad de una enseñanza de derecho apartada de los moldes tradicionales excesivamente teóricos, y que se adaptase a un ejercicio práctico del derecho suficiente para resolver los problemas cotidianos de la naciente burguesía ilustrada, hizo que proliferasen en España las academias jurídicas".

En nuestra Academia, el Instituto de Educación a cargo del querido profesor Fernando Martínez Paz inició un programa de perfeccionamiento de investigadores en la enseñanza del derecho, como proyección de sus actividades en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Los objetivos de dicho programa eran:

- 1) Ofrecer un espacio para la reflexión y análisis de los problemas actuales vinculados a la enseñanza, para lograr la transformación del derecho y su práctica. Para ello, se identificarán los temas estratégicos que permitan satisfacer las necesidades de perfeccionamiento docente y la formación de recursos humanos para la docencia y la investigación.
- 2) Lograr que las innovaciones pedagógicas que surjan a partir de este análisis desciendan al aula en provecho de la formación de los alumnos.

Siguiendo a Atilio Alterini <sup>3</sup> para ocuparse de la educación superior es preciso tomar en cuenta la totalidad del panorama, asumir un fuerte compromiso con la realidad, tener política, estrategia y táctica, valorando críticamente qué merece ser conservado y qué debe ser modificado, procediendo sin misoneísmo (sin miedo al cambio), porque -con palabras de Bertrand Russell- cada uno de los avances de la civilización ha sido considerado como antinatural mientras era reciente.

Asimismo expresa más adelante que en materia educativa casi todo está en revisión: el rol de los padres, la función del Estado, el papel del profesor, el quehacer de los alumnos <sup>4</sup>.

Debemos tener presente, aunque nos pese, que el ciclo medio, no orienta vocaciones, no enseña a pensar, ni a estudiar ni a enjuiciar <sup>5</sup>.

Tomás de Villafañe Lastra, ex rector de la U.N.C., aseguraba en 1957 que "la Universidad está dispuesta a enseñarlo todo, menos cuatro cosas: leer y escribir, sumar y restar.

Parafraseando a Guillermo Jaim Etcheverry, ex rector de la U.B.A., la Universidad incorpora estudiantes que en su mayoría están desprovistos de las herramientas intelectuales básicas: no comprenden lo que leen, no son capaces de expresar un pensamiento en forma oral o escrita, carecen de capacidad de abstracción. En estas condiciones, lo único que puede darles es un título, no una experiencia de formación intelectual".

El país requiere buenos profesionales, tanto o más que buenos técnicos; requiere vitalmente mejorar la calidad de sus jueces y legisladores; requiere una reforma seria y avanzada de sus

leyes fundamentales, que todavía apañan instituciones bárbaras, troglodíticas, en materia de derecho de familia, derecho comercial, organización tributaria, y así de seguido. La colaboración de la Facultad es indispensable en esa tarea.

Tres funciones tiene la Facultad de Derecho:

1) Enseñar derecho, es decir, proporcionar bases teóricas para que el abogado se diferencie del practicón. Pese a su método crudamente exegético, a su devoción exagerada por la ley como fuente del derecho en detrimento de las otras fuentes, a su docencia unilateral, creemos que esta misión se cumple aproximadamente bien.

Aunque no se aprende demasiado, es cierto que se adquiere conciencia y criterio jurídico.

- 2) Investigar, o sea, buscar la verdad, pero una verdad útil. Se debe estimular la investigación sociológica jurídica.
  - 3) Preparar profesionales, adiestrados en la práctica procesal, en todos sus fueros.

Genaro Carrió expresa con mucho énfasis que "en nuestras facultades no se enseña... en realidad ni siquiera se comienza a enseñar el oficio o profesión de abogado" <sup>6</sup>.

Siguiendo a Horacio M. Lynch <sup>7</sup>: "tenemos que nuestras facultades están formando medios abogados: la teoría se enseña, pero omiten e ignoran la praxis... Lanzar a la calle abogados sin experiencia no es tan letal como a médicos, pero se le parece. Y para los egresados es angustioso".

Expresa Mario Masciotra <sup>8</sup> que "el futuro de los universitarios, una vez alcanzada la colación de grado, resulta desesperanzador, cuando no traumático. En nuestra disciplina, de no contar con antecedentes parentales vinculados con la actividad profesional o jurisdiccional, los destinos son: ingresar en calidad de meritorio en la administración judicial -la efectivización como empleado de planta puede demandar como mínimo un par de años v mientras tanto su prestación laboral es gratuita- la designación en carácter de auxiliar en alguna cátedra universitaria, también ad honorem, la contratación en un estudio jurídico para tareas de recepcionista o secretario, percibiendo sueldos magros e indecorosos. Muchos son los casos, en que luego de deambular varios meses por múltiples oficinas, consultorías y estudios y de haber enviado y entregado más de un centenar de currículo vital se concluye aceptando una oferta laboral que nada tiene que ver con la disciplina que años antes abrazaran con plena vocación y entusiasmo. El panorama es realmente desalentador".

Sostiene este autor que "existe una sostenida reticencia de las facultades de Derecho a enseñar a sus alumnos el cómo ejercer la profesión y la insistencia en la formación teórica, generando la orfandad de los egresados de llevar a la práctica sus conocimientos legales".

Siguiendo varios trabajos publicados en el texto de la Facultad de Derecho de la UBA "Saber Abierto" 9, las preguntas son: ¿Qué se enseña? ¿Cómo se enseña? ¿Para qué se enseña?

El modelo que prevalecía hasta hace poco se basaba en un proceso de aprendizaje con una racionalidad tecnicista que privilegiaba la transmisión de información, asimismo existía la tendencia nociva a privilegiar el tribunal como escenario casi exclusivo de práctica profesional

Se trataba de una visión reduccionista y empobrecida de la diversidad de escenarios en el que hoy se ejerce la abogacía.

El modelo no era tan exitoso, de allí que Mario Antonio Zinny recordaba las penurias del buen estudiante de derecho que cuanto más sabía más sufría antes de los exámenes, esforzándose hasta último momento por recordar todo lo que luego, al poco tiempo de aprobar la materia, olvidaba. Y así sucesivamente, hasta que el final de la carrera lo sorprendía, en el mejor de los casos, con un modestísimo caudal de conocimientos, en modo alguno compatible con el esfuerzo realizado 11.

¿Por qué los egresados de nuestras facultades de Derecho se quejan continuamente al constatar, una vez que enfrentan al mundo real de la práctica, que existe un trecho significativo entre lo dicho por sus profesores y la realidad cotidiana de su vida profesional?

¿Por qué entienden que su verdadera educación profesional comienza a partir de su iniciación al mundo real de la práctica?

El estudio del derecho se hacía en forma repetitiva y memorística; no hay análisis de casos y problemas, ni se divulga la doctrina; no se estudia la jurisprudencia nacional y menos la extranjera <sup>12</sup>.

Debe ser preocupación principal de las facultades de Derecho formar al profesional abogado que la sociedad requiere, que no sea el recitador de artículos e incisos de los códigos y leyes o el especialista en teorías jurídicas sin la debida comprensión. El egresado de derecho que la sociedad requiere hoy es el abogado disponible al diálogo no sólo jurídico sino interdisciplinario, alguien que colabore a pensar, y que piense con eficacia y rapidez los problemas en la administración pública, la judicatura, los cuerpos colegiados y la empresa, que dé solución rápida a los conflictos, que antes de tener el calificativo de litigante, se prestigie en las técnicas de transacción amigable, conciliación y arbitraje" <sup>13</sup>.

Afirma Felipe Fucito <sup>14</sup> que los antecedentes históricos muestran de qué modo se llega a la educación jurídica basada en la repetición de textos legales y doctrina, más que en la experiencia del derecho... La tradición racionalista justificaba desde el Código de Napoleón la idea de "todo el derecho contenido en la ley". Esta pretensión de construir un cuerpo de "casos típicos" entendidos como antecedentes de las soluciones allí codificadas, sigue vigente, y de allí que no fuera extraño encontrar hasta hace algún tiempo profesores de derecho civil que hacían un mérito propio de su conocimiento "de memoria" del Código Civil argentino y evaluaran a sus alumnos por la distancia con tal destreza.

La enseñanza del derecho se restringía al análisis de los textos legales y al desarrollo de la dogmática y ello al decir de Werner Goldschmidt "el positivismo jurídico malgasta su tiempo ocupándose exclusivamente de material perecedero. En el desenvolvimiento de la vida cambian hechos, normas y valoraciones. Desde luego el material más inflamable lo constituyen las normas que son alteradas día a día. A este hecho se refiere la célebre conferencia de Kirchman, con su lapidaria afirmación: 'Un plumazo del legislador, y bibliotecas enteras resultan papel viejo'" <sup>15</sup>.

El modelo educativo debe responder a otro modelo, en nuestro caso corresponde al modelo multidimensional siguiendo a Fernando Martínez Paz <sup>16</sup>.

Se preguntaba el distinguido profesor de Grenoble, André Tunc en su trabajo: ¿Estamos formando a nuestros estudiantes en el mundo de hoy y mañana? <sup>17</sup>.

¿Se debe tender a la formación del dirigente de una empresa comercial, a su consejero jurídico o también a la del magistrado, del notario o del abogado? ¿Es preferible dedicar tras cuatro semestres de estudios históricos generales, otros tres semestres al estudio del derecho romano y del derecho privado de la antigua Francia, o consagrar ese tiempo al territorio de ultramar, al derecho y a la sociedad americana, Islam, Indica, Rusia, China o Japón? ¿Quién resultara más útil como profesional y ciudadano?

Debemos salvar a nuestros estudiantes del provincialismo que los amenaza; habrán ellos aprendido a conocer otras concepciones, comprender a otros pueblos.

Obligarlos a practicar un idioma extranjero: preferentemente inglés o portugués aunque también es útil el francés, alemán o italiano.

El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

El profesor mismo debe realizar un esfuerzo permanente para conocer y exponer la realidad social.

El esfuerzo cumplido para conocer la realidad social debe tener como corolario un esfuerzo de investigación acerca de los medios para mejorarla y modificarla.

El derecho no es un conjunto de reglas sino el arte de lo bueno y de lo justo. Les daríamos una actitud positiva y creadora frente al derecho y a las realidades sociales, que los ayudaría a

ser los artesanos de un mundo mejor.

Un profesor debería hallarse especialmente afectado al estudio comparativo del derecho; la producción científica en este campo sería suficiente, al cabo de algunos años, para permitir instructivas comparaciones sistemáticas.

El estudio de la familia disociada, la infancia delincuente, etc., debería ser tema de los trabajos prácticos.

Se deberían realizar encuestas, pocas por año, sin perjudicar la enseñanza magistral. Las encuestas asegurarían a los estudiantes una mejor formación humana y política.

Los estudios sociales son pocos en nuestras facultades.

Profesores, no quedemos prisioneros del pasado, ni siquiera del presente; hay que tener espíritu crítico acerca de las instituciones que se ensañan y mostrar a los estudiantes cómo pueden ser mejoradas; orientarlos hacia investigaciones que presenten un interés practico y social.

Holmes decía que el derecho debe incesantemente extraer de la vida los nuevos principios. ¿Cómo podríamos progresar, entonces, si ignoramos la realidad social?

¿Responde a las necesidades de la vida contemporánea la actual enseñanza de las disciplinas jurídicas y económicas?

## Los profesores y los alumnos

El profesor debe despertar en cada momento, y en todos y cada uno de sus alumnos, un auténtico interés en los puntos fundamentales de su materia y no hay disciplina que no tenga fascinantes aspectos que no puedan atraer la atención del más indiferente de los jóvenes que cursan el estudio universitario <sup>18</sup>.

Ya sea que el profesor monologue o establezca un diálogo verbal con sus alumnos, igual será profesor *stricto sensu*, si sabe hacer vibrar, aun en los aspectos más áridos de su materia, la inteligencia, el interés y la inquietud intelectual del alumno.

Los estudios que llevan a la licenciatura están cargados de intención profesional. Los estudios de posgraduados son plenamente científicos.

De allí que el título de doctor debe ser una condición *sine qua non*, para ser profesor titular o adjunto.

En Estados Unidos, las facultades tienen perfectamente definidos que quieren formar abogados, esto es, operadores prácticos del derecho, en nuestro caso parecería que se quiere formar científicos del derecho <sup>19</sup>.

La Facultad de Medicina está principalmente destinada a formar médicos y sólo secundariamente a promover la investigación científica.

Además, y como muy importante, no se analizan las tres dimensiones que integran el mundo jurídico; se enseñan sólo las normas, olvidando la importancia que revisten tanto el aspecto fáctico como el valorativo, con la consecuencia de que el alumno llega a recibirse de abogado sin haber analizado casos, sin conocer la razón de ser de cada institución, ni los más elementales principios éticos en que se fundan

Se han formado conocedores del derecho, pero no operadores prácticos <sup>20</sup>.

En cuanto a los aspectos valorativos, los extensos contenidos que se pretenden enseñar excluyen prácticamente e imposibilitan todo comentario, discusión, indagación y deducción de los principios morales y éticos de las normas.

Los alumnos, normalmente en nuestras facultades de Derecho, no saben en qué consiste la abogacía aunque estudien materias legales.

Respecto de los exámenes: si el resultado de la educación legal debe ser un abogado, o un

conocedor práctico de derecho, la evaluación del conocimiento adquirido en el período de estudio debe apuntar más a indagar sobre la maduración de sus conceptos y razonamientos legales que a la retención memorística de normas de nuestro derecho positivo.

Un buen abogado debe estar preparado para resolver cualquier problema en cualquier parte del mundo si ha sido bien formado y cuenta con la información adecuada de cada país.

El profesor debe tratar de inducir a los alumnos a la reflexión, discusión e investigación.

En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil <sup>21</sup> en el seminario sobre "Enseñanza del derecho" se expresó que la "función del docente no es tanto dar soluciones, cuanto realizar los planteos y cuestionamientos que ayuden al alumno a ir a su encuentro, y acompañarlo en este camino. Es necesario que el oyente ponga en funcionamiento su mente, haga propio el interrogante, y con los datos de que dispone, busque la solución".

El alumno debe realizar una verdadera "vida universitaria", o sea, investigar, usar la biblioteca

Los profesores tienden a la teorización, al dogmatismo y a la erudición, poco propicios para la educación legal, e inadecuados para aplicar métodos activos.

Asimismo y debido a costumbres, bajos sueldos, escasa dedicación, etc., los profesores desempeñan su actividad en forma marginal y no como su actividad principal <sup>22</sup>.

¡Los argentinos queremos tener una enseñanza universitaria de alto nivel sin pagar a los profesores!

Se quiere innovar en el desarrollo de las clases, que sean activas, que participen los alumnos, que no sea un monólogo pero hay que tener muy claro que la clase activa únicamente es posible con 30 alumnos, con 50 como máximo y no en aulas o anfiteatros con más de 100 alumnos.

Formar abogados o sólo conocedores del derecho, resulta sorprendente que en la Facultad de Abogacía hasta hace pocos años no se enseñaba qué es la abogacía.

No se enseñaban principios éticos que estén vinculados al ejercicio de la profesión, los egresados no sabían cómo desenvolverse en situaciones que se les pudiera plantear, cualquiera sea el grado de complejidad que presenten.

Los egresados, no sólo no tienen trabajo sino que no se sienten capaces, en la hipótesis de que se produzca el hecho inusitado de recibir un caso o una consulta, de poder encararlo bien.

## Tendencias mundiales en materia de educación legal y formación de abogados

En Estados Unidos difiere por el ingreso y la permanencia: se aprecia y meritúa el mérito académico.

En la Argentina se ingresa casi automáticamente aunque han ido mejorando los cursos de nivelación.

En Estados Unidos, las privadas juegan un rol fundamental ejerciendo una posición de liderazgo (mínima supervisión gubernamental: amplia libertad para experimentar, innovar y progresar).

En nuestro país, en cambio, no existe el concepto de una universidad dinámica que progresa y experimenta constantemente, o de una competencia entre universidades para obtener los mejores alumnos y la mejor facultad.

Aquí, en general, se sigue enseñando igual; en Estados Unidos hay una constante preocupación acerca de los objetivos y métodos: qué es lo que se enseña, cómo se lo hace y cómo podría mejorárselo.

En Estados Unidos, el primer objetivo es brindar una educación profesional. Se busca que el estudiante aprenda a "pensar como abogado" más que a informarse sobre el derecho positivo vigente, para que las habilidades adquiridas puedan ser utilizadas en cualquier lugar, aun en otros países del mundo.

Los profesores trabajan en la facultad, tienen allí su despacho, atienden a los alumnos, investigan y están disponibles.

En Estados Unidos, la cátedra tiene un esquema horizontal: se considera a los profesores en igualdad de jerarquía, quienes junto a los alumnos tratan de hacer la clase en conjunto. Aquí es vertical.

Al principio no hay materias optativas, pero a medida que se avanza en la carrera aumenta el número de ellas; así en Harvard, en el 3<sup>er</sup> año hay una sola materia que no es optativa <sup>23</sup>.

Expresa Julio Cueto Rúa <sup>24</sup> que el objetivo de la enseñanza universitaria del derecho de las escuelas de Derecho norteamericanas ha sido preparar abogados *practicioners*.

Su preocupación constante ha sido dotar a sus estudiantes del mínimo de conocimientos y habilidad técnica necesarios para desenvolverse en el ejercicio de la actividad profesional.

Las preocupaciones "puramente" teóricas cedieron el paso a las exigencias de un concepto práctico y utilitario del derecho. La misión de la escuela era preparar técnicos.

Se buscaba organizar programas de estudios y seleccionar las técnicas pedagógicas para dotar a los estudiantes con las habilidades (*skills*) requeridas para el ejercicio de la profesión.

El *case method* fue creado por Christopher C. Langdell, decano de Harvard en 1870 y fue una creación enteramente original de la mentalidad norteamericana en el ámbito del derecho.

Expresa Cueto Rúa que el fundamento pedagógico del *case method* es el de que los estudiantes aprenden mejor cuando participan en el proceso de enseñanza, resolviendo problemas, que cuando se limitan a ser meros pasivos receptores de las soluciones del profesor.

En otros términos -afirma Cueto Rúa- el método se funda en la aserción pedagógica de que el estudiante aprende más fácilmente "haciendo", pensando por cuenta propia, poniendo en juego todas las posibilidades de su cuerpo y de su mente, esforzándose por llegar a una conclusión, en vez de limitarse a escuchar la respuesta lograda por el profesor o por el autor de un texto.

## Materia y métodos de enseñanza

En Estados Unidos hay pocas materias obligatorias y un gran número de optativas

Para nosotros, el derecho es una ciencia y se trata de enseñar al alumno acerca de los elementos de esa ciencia y de ahí que se tienda a ser dogmático: la verdad es conocida por el profesor y transmitida a los alumnos.

En Estados Unidos no se le da tanta importancia a las materias sino a cómo se enseña: habilidad en el análisis legal, habilidad para distinguir lo relevante de lo que no lo es, habilidad para encontrar argumentos persuasivos frente a cada uno de la cuestión.

Aquí se transmite información al alumno. En Estados Unidos, la docencia se caracteriza por ser más *formativa que informativa*: interesa no tanto comunicar unos conocimientos estáticos y dogmáticos sobre las normas e instituciones jurídicas como enseñar a los alumnos unas capacidades y técnicas y comunicarles una serie de actitudes y valores frente a ellas <sup>25</sup>.

En Estados Unidos también el estudiante es full time.

En Estados Unidos hay una constante preocupación por mejorar los métodos de enseñanza.

En Inglaterra, en las universidades se enseña derecho, pero la formación profesional de los abogados se realiza fuera de ellas.

Francia con problemas similares a los nuestros con facultad masiva y exceso de abogados, ha organizado un cambio radical en sus sistemas, organizando y estableciendo un instituto de formación de abogados de carácter obligatorio, llegando así a la total desvinculación del título académico y la habilitación profesional.

Son cursos de práctica profesional en estudios jurídicos, tribunales, empresas, sindicatos,

luego cursos de especialización: trabajo de talleres, computadoras, enseñanza de idiomas, etc..

Similar es en Alemania e Italia.

La tendencia en todos los países es de búsqueda de métodos que lleven al estudiante a reflexionar más que a recibir conocimientos eruditos.

## Radiografía del egresado

**Formación jurídica:** Se evidencia una adecuada información sobre el derecho pero medianamente asimilada. Se pierden frente a la gran cantidad de información. Repiten el derecho pero no lo razonan. Tienen poco espíritu crítico y menos criterio jurídico.

**Conocimiento de la realidad:** No conocen la realidad de los negocios, ni siquiera los más normales que tendrán que asesorar.

No han trabajado con hechos de la vida diaria.

## Radiografía del egresado promedio

- a) Formación jurídica: posee gran cantidad de información jurídica. Pero poca creación.
- b) Conocimiento de la realidad: No conocen la realidad de los negocios, nada acerca de lo que asesorarán.
- c) Redacción de documentos legales: no conocen, no saben redactar una carta ni un recibo.
  - d) Investigación jurídica: no saben ubicar ni una cita jurisprudencial.
- e) La abogacía: no saben bien qué es la profesión. No tienen ni la más remota idea de lo que significa la organización de un estudio profesional.

En la semblanza sobre el egresado promedio, decía el Dr. Horacio M. Lynch <sup>26</sup>, "Se evidencia una adecuada información sobre el derecho pero medianamente asimilada. Repiten en general el derecho, pero no lo razonan; conocen los conceptos jurídicos aunque no los saben utilizar... No conocen la realidad de los negocios, ni siquiera los más normales que tendrán que asesorar. Conocen aceptablemente la teoría del procedimiento judicial, pero no saben cómo funciona en realidad. No se les enseña la táctica de los procesos ni las técnicas de conducción de un pleito. No saben redactar los principales instrumentos del proceso. No saben redactar cartas simples, ni consultas, telegramas o intimaciones. Incluso muchos no redactan correctamente ni un contrato ni un recibo. No saben bien qué es la profesión. Ignoran las reglas más elementales de la ética profesional. Tampoco conocen el tema de los honorarios, no conocen la ley de arancel, ni los usos y costumbres de la profesión".

Héctor Pedro Iribarne <sup>27</sup> expresa en su trabajo que sorprende comprobar la subsistencia incólume de vicios, denunciados hace ya muchos años por trabajos de manera históricos.

Asombra así releer expresiones de larga data, y emitidas por juristas de señalada autoridad en su tiempo, que contienen diagnósticos de llamativa exactitud respecto de nuestros interrogantes. Tales enunciados -repetidos hoy en voz alta- causan escándalo por su vigencia, sólo explicable en la medida que han sido absolutamente desatendidos, más allá de su validez y del prestigio de quienes los formularon.

Expresa que poco han cambiado las cosas desde el diagnóstico que Alfredo Colmo enunciara en 1915 al publicar *La cultura jurídica y la Facultad de Derecho*.

Colmo denunciaba la insuficiencia de una enseñanza meramente descriptiva del sistema legal.

El descontento de Iribarne resulta de comprobar la distancia entre nuestros objetivos y nuestro discurso, la distancia entre nuestras actividades y nuestros resultados.

#### **Profesores**

Poca vocación por la enseñanza. Legalismo, lo cual implica un excesivo apego de los profesores por la enseñanza de la ley. En general se enseña lo que la ley dice y no lo que la ley debe decir, y normalmente se exige del alumno, antes que una crítica concienzuda de la ley, el mero conocimiento de los principios legales.

Imparten una enseñanza excesivamente teórica (pocos trabajos legales, no se trabaja con los hechos reales).

Los profesores se extienden demasiado en las teorías y no toman en cuenta a la realidad.

El enseñar a pensar a través del dictado de cualquier materia (por árida que sea) es un desafío para el profesor, pero no es imposible.

Despertar interés por la materia. Temor al diálogo.

Como expresa Ribas <sup>28</sup>, "el humor facilita nuestras habilidades para aprender. El arte de condimentar la enseñanza con un toque justo de humorismo facilita la comunicación del mensaje por medio de tres aspectos:

- a) Captura la atención del estudiante.
- b) Facilita la retención de los conceptos.
- c) Disminuye los niveles de tensión que interfieren en el aprendizaje".

Expresa Videla Escalada ("Saber Abierto", Nº 2, pág. 67) que no deben enseñarse igual todas las disciplinas sino que el profesor debe adecuar su método a las características de su materia, sin perjuicio de principios y reglas de aplicación general.

## Necesidad de definir objetivos

Es evidente la necesidad de definir los objetivos, intentando que éstos sean menos ambiciosos pero posibles (en cuanto a la cantidad de alumnos a preparar, y a lo que se quiere lograr con ellos).

No sugerimos que los objetivos sean uniformes para todas las facultades. Por el contrario, sería deseable que existieran casas de estudio con distinta orientación: algunas especializadas en la preparación de abogados y otras más abocadas a la formación de juristas e investigadores.

Para establecer los objetivos de la enseñanza, siguiendo a Fernando Martínez Paz hay que tener presente las principales tareas sociales del derecho, entre ellas, la organización de la sociedad, la orientación del comportamiento y la resolución de conflictos. A las que se agregan, las de organizar y legitimar el poder social (tarea constitucional), configurar las condiciones vitales de la sociedad (tarea planificadora) y contribuir a la formación y socialización de la conciencia jurídica (tarea educativa) <sup>29</sup>.

La mayoría coincide en que el objetivo de la enseñanza del derecho en la Argentina es la formación de experto en leyes. Tan arraigado está este concepto, que el común de la gente sintetiza nuestra profesión como *"la carrera de leyes"*.

Las facultades de Derecho en general, preparan futuros profesionales conocedores de reglas de conducta obligatoria, es decir, se estudia el *qué* del derecho, pero no el *cómo*.

Abogar es interceder, hablar en favor de alguien, auxiliar, proteger, representar, asesorar, persuadir.

Para poder conjugar este verbo, no solamente se debe conocer la ley, sino que, por el contrario, se debe dominar otra técnica que es tan imprescindible al abogado como lo es para el arquitecto el arte del dibujo, o para el cirujano la precisión de sus manos.

Esto que es el *cómo* no se enseña en las facultades, no estaba en los planes de estudios de la carrera de abogacía.

El arte de persuadir, de hablar en favor y representación de alguien, de interceder, no se prevé en los planes obligatorios de estudios de las universidades de Derecho de nuestro país.

Se lo debe entrenar en técnicas que les permitan abogar con eficacia, en técnicas de negociación.

¿Que es lo que hace un abogado en su día a día? El concepto de contrato del art. 1137 del C.C. sintetiza la tarea del abogado: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". Es la mejor definición de cómo el abogado ejerce su profesión.

Las leyes, la doctrina, la jurisprudencia, en definitiva, el derecho se aprende investigando, estudiando, instruyéndose, pero la abogacía se ejerce abogando.

El abogado es por excelencia quien representa intereses, intercede y debe persuadir a terceros. Esto es negociar.

Se debe preparar a los alumnos en técnicas de negociación: ¿cómo van a hacer las cosas?

#### Contenidos

Se relacionan con los objetivos de la Facultad de Derecho. Serán diferentes según se resuelva a seguir con el sistema actual de formación científica y profesional.

Siguiendo a la triple dimensión del derecho (Goldschmidt) la ciencia del derecho no se reduce solamente al ámbito normológico, sino que abarca también la realidad social y el mundo de los valores.

Recordemos que "el derecho vivo", o derecho en acción, tiene vigencia y eficacia al estar constituido por las normas que pueden imponerse realmente, en la práctica jurídica <sup>31</sup>.

Se propone un modelo de enseñanza del derecho que abarque las distintas áreas: la de los hechos, la de las normas y la de la justicia.

La enseñanza del derecho debe necesariamente abarcar esta triple dimensión, transmitiendo al alumno no sólo la realidad de las normas jurídicas, sino también la que nos proporcionan los hechos, así como la visión de la justicia en la aplicación de las normas a los hechos de la vida diaria.

Las facultades privadas podrían definir más rápidamente el "perfil" que quieren dar a su enseñanza, definir su objetivo final y comenzar con la experimentación.

## Modificación del plan de estudios de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la UNC

Estábamos terminando la centuria y pese a los intentos de cambio que se frustraron por diversas causas, seguía vigente un plan de estudios pensado para la mitad del siglo XX y había coincidencia general en que la formación que se impartía no era la adecuada para el papel que el abogado debía desempeñar.

El Honorable Consejo Directivo fijó las pautas generales de la reforma curricular, a través del documento "Lineamientos generales para la modificación del plan de estudios de la carrera de abogacía", Resolución N° 264/98.

La pertinencia de las innovaciones queda garantizada en la medida en que la comunidad académica pudo reflexionar y consensuar una "filosofía institucional" que otorgue un sello particular a la carrera en el desarrollo de las competencias profesionales y humanas que se desea lograr en los estudiantes.

Luego de numerosas reuniones y consultas, el siglo XXI se inició con un nuevo plan de estudios en donde claramente se pasaba de una Facultad de Leyes a una de Derecho en donde se pretende formar abogados con conocimientos teóricos pero fundamentalmente con destrezas

para abogar.

Coincidimos con Gladys Stella Alvarez en que una de las claves del éxito de la reforma del cualquier plan de estudios es la capacitación docente <sup>32</sup>.

No es cuestión de cambio en las técnicas, ni existen fórmulas milagrosas, el "método correcto en la persona incorrecta opera incorrectamente". La docencia como la vida no tiene fórmulas.

El cambio debía comenzar por el docente.

Hay una gran resistencia y una verdadera dificultad para que los adultos modifiquemos actitudes.

Expresa Mariscal que "con historias de vida sujetadoras, ya estructuradas, con rutinas de vida que nos complacen, somos agentes del status quo, no de la innovación...".

¿Por dónde comenzar? Por darse cuenta en qué consiste el proceso educativo, cuál es la tarea: agudizando la percepción, comprometiendo la personalidad total en el proceso.

Existe un desafío que debíamos asumir con compromiso vital, no se quería dar a nuestros estudiantes "más de lo mismo", no queríamos que esta propuesta haga humo y no tenga fuego. Se aspiraba recrear al alumno para que deje de ser un mero consumidor o repetidor de información que no digiere y se transforme en un adulto activo, constructor de experiencias de desarrollo.

El 74,8% de la planta es de dedicación simple (DS); el 19,6% es de dedicación SE y el 5.6% es de dedicación exclusiva (DE).

Los docentes se inclinaban por un régimen de enseñanza más exigente que el actual, sin que éste sea rígido.

Algunos grupos estudiantiles se mostraban partidarios de diferenciar el cursado (anual o cuatrimestral) de acuerdo con el tipo de materia, solicitaban grupos más reducidos, de asistencia obligatoria y mayores exigencias de rendimiento académico.

Hay que advertir que a los jóvenes les estábamos, algunas veces, exigiendo mucho y mal y no poco como creen algunos.

Hay profesores que pretenden que los alumnos resuelvan de entrada casos rebuscados y atípicos y no los sencillos, que son los que le permiten ir asentando los conocimientos a la par que lo alientan a profundizarlos.

Una conclusión muy obvia es que en nuestras facultades no forman abogados: forman sólo conocedores del derecho.

Prácticamente no se enseñaba *Etica*, tema fundamental, descuidado en las facultades, y que también fue señalado por numerosas encuestas como la carencia de la enseñanza de los principios éticos que están vinculados al ejercicio de la profesión. Resulta inconcebible que los alumnos egresen sin haber sido ni siquiera mínimamente informados sobre ellos y que, como es lógico esperar, no sepan cómo desenvolverse en situaciones que se les pudiera plantear, cualquiera sea el grado de complejidad que presenten.

## Materias semestrales

Conforme con la legislación vigente la carrera de abogacía, para acreditar, debe contener 2.600 horas y en el plan de estudios que estaba vigente en la Facultad de Derecho de la U.N.C., en la década del '90 no llegaba a las 1.700 horas por lo que era de suma urgencia modificar dicho plan y adaptarlo a las exigencias legales, que no sólo eran de más horas sino también de enseñanza práctica.

El gran desafío era ampliar las horas, fijar los objetivos, modernizar y adaptar los contenidos y que la enseñanza práctica ocupara un importante espacio, todo ello sin que la duración de la carrera excediera los seis años <sup>33</sup>.

También había que establecer materias opcionales, siguiendo la tendencia universal de disminuir las obligatorias.

Por ello es que se cambió y todas las asignaturas en el nuevo plan son cuatrimestrales, lo cual aún hoy es resistido por muchos docentes.

Ya Luis Jiménez de Asúa expresaba a mediados de la centuria pasada que se debía adoptar el sistema cuatrimestral, atento a que en el sistema anual los alumnos después de julio no van más a clase <sup>34</sup>.

Coincidiendo con el distinguido jurista español, en el antiguo plan de estudios, con todas las materias anuales, la facultad se vaciaba después de julio y los profesores enfrentaban aulas vacías puesto que después del segundo parcial los alumnos no iban más a clase.

Los profesores que critican el nuevo plan porque su materia se ha visto reducida a un período semestral o cuatrimestral es una persona que no entiende que lo principal no es la cantidad de información que debe recibir el alumno, sino la calidad y forma cómo la adquiere, la manera cómo va recogiendo de los profesores y los libros las herramientas que le permitirán luego, en el ejercicio profesional, completar las materias o campos que la enseñanza de la facultad no pudo abarcar.

Hoy en día, la cuestión no reside en la cantidad de información que recibe el estudiante, sino en la manera cómo se va adiestrando su cerebro para responder a las exigencias teóricas y prácticas que le requerirá el ejercicio profesional.

Sean anuales o semestrales las asignaturas, las clases no cubren más que una parte del programa.

Atilio Alterini coincidiendo con el maestro Luis María Boffi Boggero expresaba al asumir el decanato de la Facultad de Derecho de la UBA: "así como la luz implica a la sombra, a las fuerzas del progreso se les oponen las fuerzas del regreso, y éstas están siempre activas o al acecho" <sup>35</sup>.

Tengamos en cuenta que pese al cambio de plan de estudios nuestra enseñanza continúa siendo fundamentalmente enciclopedista, tendiente a la mera acumulación de conocimientos, sin profundizar lo suficiente en los mecanismos del razonamiento <sup>36</sup>.

Se debe combinar en esta etapa (la del grado) con énfasis, en ella adiestramiento profesional en la enseñanza del arte de la abogacía y no sólo de la ciencia del derecho.

Pese a que los estudiantes viven en campaña electoral porque las elecciones de ellos son anuales y buscan, muchas veces, el facilismo, algunas agrupaciones estudiantiles, han abandonado la demagogia y el populismo y han levantado la bandera de la sensatez en la educación terciaria, o mejor aún, han vuelto populares las banderas de la sensatez.

En la Facultad de Derecho se enseñaban todas las materias imaginables, todas las ramas y subramas de la ciencia jurídica, pero no se enseñaba a asesorar, a diagnosticar, a redactar instrumentos legales, a llevar bien los juicios, a negociar, a argumentar, etc.. Se enseñaban los principios científicos pero no a utilizarlos; se enseñaba una ciencia pero no un arte.

Es notable lo poco que sabía el egresado sobre la profesión, se desconocía totalmente lo que hace un abogado antes de iniciar una acción judicial.

En nuestra Facultad, pese a que se otorgaba un título profesional, no se enseñaba lo necesario para el correcto ejercicio de la profesión.

Expresa Berizonce <sup>37</sup> que "Modernización y adecuación de planes de estudios, y de sistemas curriculares, por un lado, y sustitución de los actuales y vetustos métodos de enseñanza y su reemplazo por otros más acordes con las exigencias formativas, son aspectos recíprocamente implicados. De hecho en nuestras facultades en general y salvo excepcionales supuestos, el cuadro común muestra planes de estudios obsoletos, más emparentados con la realidad decimonónica que apropiados para la formación de juristas, abogados, jueces en el siglo que vivimos y, en paralelo, la aplicación de métodos de enseñanza defectuosos, pensados preferentemente para consagrar la pasividad de los educandos antes que para forjar abogados

y jueces razonantes" 38.

Con contenidos de estudios desactualizados e insuficientes y métodos de aprendizaje inadecuados, mal podrían pretenderse productos distintos y perfectos; ensanchamiento, a su vez, del objeto de la ciencia jurídica, que no se agota en la legislación sino que debe comprender el análisis sistemático de la *jurisprudencia* de los tribunales, como "derecho vivo" y palpitante e instrumento esencial en el progreso del derecho.

Se imponía, la modernización y actualización de los *programas de estudios*, descargándolos de toda acumulación excesiva de información, para poner el acento en los principios formativos de las diversas disciplinas. Importa más el manejo de una buena teoría que el de una vasta y casuística cantidad de información, que en todo caso no hace sino complementarla <sup>39</sup>.

La tarea del *profesor* debe estar encaminada esencialmente a *estimular y alentar* desde el comienzo mismo, la intervención, cada vez más activa, del estudiante, induciéndolo a través de diversos mecanismos, despertando el interés aun en los temas más áridos de la teoría. La simple transmisión de conocimientos será insuficiente para impulsar la participación sin que medie una motivación adicional, en la que el profesor deberá poner especial énfasis y volcar toda su pasión y experiencia.

Actualmente se ha confundido el aprendizaje que se asemeja a un proceso de nutrición a un mero registro de información. Se ha enseñado a "retener" conocimientos en lugar de a "repensarlos".

Como expresa el jurista español Luis Diez Picazo <sup>40</sup>: "el derecho no es algo que nos venga dado, sino algo que hay que buscarlo incesantemente. Los textos legales, las costumbres y los principios manifestados a través de las creencias, las convicciones o las estimativas generales del grupo humano proporcionan pautas o guías para encontrar, en cada caso, precisamente en cada caso, lo que es el derecho".

## Programa de enseñanza para la práctica jurídica

Esto es lo más importante de la reforma del plan de estudios de la UNC, y se entiende por ella, el desarrollo de habilidades en los estudiantes para su futuro desempeño profesional.

Consiste en "saber hacer" y no sólo en la transmisión de contenidos teóricos específicos.

Mediante este tipo de enseñanza se aspira a preparar al estudiante para el ejercicio de su rol profesional, a través de un entrenamiento previo, en una actitud de perfeccionamiento constante e independiente.

Expresa Claudio Rama <sup>41</sup> que "durante las últimas décadas, la enorme expansión de los saberes está tornando ineficaces las tradicionales modalidades pedagógicas de aprendizaje, abandonando toda concepción enciclopédica y expandiendo la necesidad de adquisición de competencias básicas, la capacidad de seleccionar información, de aprender a aprender y de especializarse".

Y más adelante continúa <sup>42</sup>: "ante el aluvional proceso de renovación de saberes, cualquier aprendizaje memorístico se torna hoy obsoleto".

#### **Destrezas**

Hablar de destrezas es hablar del aspecto práctico. No basta con proveer al estudiante de un conocimiento teórico, pues éste resulta de poco provecho si no está acompañado del desarrollo de las habilidades necesarias para aplicar sus conocimientos teóricos.

Por destrezas nos referimos a las habilidades que capacitan al estudiante para aplicar en la práctica de la profesión los conceptos teóricos adquiridos.

## ¿Qué y cuánto enseñar?

No se pretende que la carrera capacite para el cumplimiento de "todos" los roles posibles, a través del desarrollo de "todas" las habilidades y destrezas. Gran parte de este aprendizaje es posterior a la graduación y a cargo del propio graduado y de las instituciones receptoras.

El egresado debe saber leer reflexivamente, utilizar de manera apropiada el lenguaje técnico legal, redactar con un nivel aceptable; ser capaz de trabajar autónomamente de manera individual y en equipo; buscar y manejar legislación, jurisprudencia, doctrina y textos legales; argumentar eficazmente con criterio lógico y jurídico, tanto oralmente como por escrito; integrar conocimientos para poder enmarcar las controversias que se presenten; proveer soluciones alternativas a ellas, ser capaz de negociar, etc..

Nos dice Julio César Cueto Rúa que "el abogado debe hablar bien, oír y comprender con precisión y escribir con claridad y fuerza persuasiva. Su léxico debe ser rico y variado. Le debe permitir exponer temas de las más variadas características y transmitir su pensamiento sin generar equívocos o vaguedades. Su capacidad sintáctica le debe permitir la formulación de juicios, el desarrollo de argumentos y la exposición polémica, de una manera articulada y consistente.

El abogado debe cuidar su idioma así como el cirujano cuida sus manos. El lenguaje es el instrumento del abogado para desarrollar el arte de la argumentación. Debe saberlas pronunciar con claridad" <sup>43</sup>.

Por último, coincidiendo con Eduardo L. Gregorini Clusellas, los abogados deben ser personas educadas y capaces de actuar como verdaderos arquitectos sociales, respetados y de positivo influir sobre su comunidad. Quienes hemos pisado como docentes las mismas aulas universitarias que nos vieron como estudiantes, y sentimos amor por esa gratificante proyección de nuestro ser, sabemos de las falencias y limitaciones de nuestra universidad, y nos brotan a borbotones inquietudes sobre cómo mejorar la enseñanza. Tal vez discrepemos en algunos procedimientos, pero no creo que lo hagamos sobre que hay falencias y sobre la urgencia de mejorar. Para hacerlo, los caminos del facilismo y del apartamiento del esfuerzo que algunos recomiendan, no son acertados. Seguramente nos conducirán a más de lo mismo, con resultados aún peores

<sup>\*</sup> Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 29/8/06.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Córdoba, 1998, pág. 37 y ss...

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> El art. 3º de los Estatutos de nuestra Academia establece: "La Academia tiene las siguientes finalidades: 1) Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales. 2) Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales. 3) Propender al perfeccionamiento de la legislación del país".

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Atilio Alterini, La universidad pública en un proyecto de Nación, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Atilio Alterini, ob. cit., pág. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Conforme Alberto Siria y Horacio Sanguinetti, *Universidad y estudiantes*.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Genaro Carrió, "Cómo argumentar un caso frente a un tribunal", revista Jus, Nº 25, La Plata, pág 43 y ss..

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Horacio M. Lynch, "Abogados U.B.A., abstenerse", La Nación, 3/5/06.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Mario Masciotra, "La enseñanza del derecho y la formación de los operadores jurídicos", L.L. Actualidad, del 18 de mayo de 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> "Saber Abierto", Buenos Aires, N° 1, 1988.

<sup>&</sup>quot;Hacia la formación de un profesional pensante y crítico" de Carlos M. Rivera Lugo, decano de la Facultad de Derecho; Eugenio María de Hostos en Mayagüez, Puerto Rico, taller desarrollado en marzo de 2001 en el que participaron los profesores Manuel Cornet, Ana María Cortés de Arabia, Cristina Plovanich de Hermida y Liliana Iannaccone.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Mario Antonio Zinny, "Congresos de Academias Iberoamericanas de Derecho, Córdoba, 1998, pág. 167.

- <sup>12</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, "Congreso de las Academias..." cit., pág. 110, refiriéndose al caso de Colombia.
- <sup>13</sup> José Luis Saucedo Justiniano, "La enseñanza e investigación en el derecho: tecnologías modernas", Revista Docente, Bolivia, Facultad de Derecho, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, N° 3, marzo 2003.
- <sup>14</sup> Felipe Fucito, *El profesor de derecho de las universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata. Un estudio comparativo*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2000.
  - <sup>15</sup> Werner Goldschmidt, "La enseñanza en las facultades de Derecho", E.D., 36-857.
- <sup>16</sup> Fernando Martínez Paz, "La enseñanza del derecho", modelos jurídicos-didácticos, Córdoba, Academia Nacional de Derecho, 1995.
  - <sup>17</sup> André Tunc, "Saber Abierto", N° 1.
  - <sup>18</sup> Conforme Ignacio Winizky, "Saber Abierto", N° 1, pág. 33 y ss..
  - <sup>19</sup> Ver Fores, La educación legal y la formación de los abogados en la Argentina, Buenos Aires, La Ley.
- <sup>20</sup> Hasta hace pocos años era más apropiado referirse a la Facultad como Facultad de Leyes y no Facultad de Derecho
- <sup>21</sup> XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, seminario sobre "Enseñanza del derecho", Tucumán, septiembre de 1993.
- <sup>22</sup> Sin docentes con dedicación exclusiva o al menos semidedicados, las reuniones de profesores suelen ser erráticas, poco concurridas o de frecuencia harto esporádicas. El profesor de dedicación simple generalmente se desinteresa de todo lo que no sea el restringido dictado de su clase.
- <sup>23</sup> Ver David F. Carvers, "La enseñanza del derecho en Estados Unidos", trabajo publicado en "Saber Abierto", N° 1, pág. 49 y ss..
- <sup>24</sup> Julio Cueto Rúa, "El *case method* (observaciones sobre la enseñanza del derecho en los Estados Unidos", L.L., 71- 847 (publicado en 1958).
  - <sup>25</sup> Ribas, ob. cit., pág. 69.
- <sup>26</sup> Horacio M. Lynch, su presentación a las Primeras Jornadas Argentinas de Enseñanza del Derecho, organizadas en 1982 por la Universidad de Belgrano.
- <sup>27</sup> Héctor Pedro Iribarne, "Acerca de la enseñanza del derecho. Limitaciones que impone la dogmática. Cauces para su superación", ob. cit. en nota anterior pág. 261 y ss..
  - <sup>28</sup> Ribas, ob. cit., pág. 49.
- <sup>29</sup> Fernando Martínez Paz, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho, 2003, pág. 82.
  - <sup>30</sup> Conforme lo expresa Manuel Alvarez Trongé en su trabajo "Aprender a 'abogar", L.L., 1998-C-1319.
  - <sup>31</sup> Fernando Martínez Paz, ob. cit., pág. 81. Notas.
  - <sup>32</sup> Gladys Stella Alvarez, "La reforma pedagógica en la Facultad de Derecho de la UBA", L.L., 1985-B-734.
- <sup>33</sup> Teniendo en cuenta que la duración de seis años ya era criticada por excesiva y, es así que en todas las facultades privadas, la duración es de cinco años.
  - <sup>34</sup> Luis Jiménez de Asúa, *El criminalista*, Buenos Aires, Zavalía, 1960, t. III.
  - 35 Suplemento L. L., del 22 de marzo de 2002.
  - <sup>36</sup> Conforme Mario Masciotra, trabajo citado.
  - <sup>37</sup> Berizonce, ver su trabajo, *Justicia entre dos épocas*
  - <sup>38</sup> Berizonce, trabajo citado.
- <sup>39</sup> Lo cual, reiteramos, no es fácil ya que hay una gran resistencia al cambio tanto de los profesores como de los alumnos.
  - <sup>40</sup> Luis Diez Picazo, su obra, pág. 224.
- <sup>41</sup> Claudio Rama, *La tercera reforma de la educación superior en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, pág. 211.
  - <sup>42</sup> Claudio Rama, trabajo citado, pág 212.
- <sup>43</sup> Julio César Cueto Rúa, *Una visión realista del derecho. Los jueces y abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 177 y ss..
  - <sup>44</sup> Eduardo L. Gregorini Clusellas, "El día del abogado y el siglo XXI", L.L., 1996-E-194.

## LA ENSEÑANZA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

por Ramón Pedro Yanzi Ferreira

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Reinserción de la materia economía política en los planes de estudios de la carrera de abogacía. 3. Breve análisis de los contenidos de los programas de la asignatura. 4. Bibliografía utilizada con mayor frecuencia para el estudio de la materia economía política. 5. Vida y obra de los profesores titulares o encargados de la Cátedra de Economía Política en el período 1856-2006. 6. Conclusiones. 7. Apéndice documental.

## 1. Introducción

Esta investigación, que es parte de un trabajo mayor sobre la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se inicia en 1791, al crearse la Facultad de Jurisprudencia en la *Universitas Cordubensis Tucumanae* <sup>1</sup> y concluye en 1999, en oportunidad de la entrada en vigencia del plan de estudios 2000, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad, mediante Resolución Nº 207/99 de fecha 2 de agosto de 1999.

El proceso reconoce una larga tradición histórica. El 28 de febrero de 1834, por decreto del gobernador de la provincia de Córdoba, José Antonio Reynafé, se creó la Cátedra de Derecho Público <sup>2</sup>. La nueva distribución de materias que planteaba el gobernador Reynafé, disminuía el estudio de los derechos civil y canónico, incorporando en el cuarto año el derecho público, que contó entre sus primeros catedráticos, a los doctores Santiago Derqui, Agustín Pastor de la Vega, Enrique Rodríguez y Ramón Ferreira.

El primer catedrático, fue entonces el doctor Santiago Derqui, quien se desempeñó como convencional constituyente en 1853, alcanzando, luego, la presidencia de la Confederación Argentina entre los años 1860 a 1862.

En 1836, el doctor Derqui se alejó de la cátedra, siendo reemplazado por el doctor Agustín Pastor de la Vega.

En el trabajo se analizan el origen y el desarrollo de los estudios de las distintas planificaciones académicas que registró la asignatura economía política en la Facultad de Derecho. La investigación se realizó compulsando los fondos documentales existentes en los Archivos de la Universidad Nacional de Córdoba y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, también es fruto de búsquedas y entrevistas personales a descendientes de aquellos primeros catedráticos, que en muchos casos nos permitieron acceder a sus papeles y archivos particulares para reconstruir aspectos ignorados o poco conocidos. El trabajo se completa con el análisis de los contenidos de los sucesivos programas de la materia, la ubicación de la asignatura mencionada en los distintos planes de estudios, los elencos bibliográficos más utilizados y la proyección de la labor de la cátedra en el horizonte provincial y nacional como así también las corrientes doctrinarias que orientaron los contenidos de la enseñanza. Finalmente, se le agrega un apéndice documental con transcripción del primer programa elaborado por el primer catedrático doctor Luis Cáceres, cuando la materia economía política adquiere autonomía al entrar en vigencia las modificaciones introducidas al plan de estudios de la carrera de abogacía en 1856.

## 2. Reinserción de la materia economía política en los planes de estudios de la carrera de

## abogacía

Cuando la Cátedra de Derecho Público creada por decreto del gobernador de la provincia de Córdoba José Antonio Reynafé, el 28 de febrero de 1834, la distribución de la materia se hacía de la siguiente manera: Primer año, "Elementos de derecho público, político y de gentes" con el texto *Espíritu del derecho* de Alberto Fritot; segundo año, "Derecho constitucional u orgánico" con el texto *Curso de Política Constitucional* de Benjamín Constant y, en el tercer año, "Economía política", donde se utilizaría el texto que oportunamente fijara el catedrático. La cátedra perduró hasta el 3 de marzo de 1841, donde a pedido del claustro universitario fue suprimida por decreto del gobernador delegado, Claudio Antonio Arredondo.

En 1856, se volvió a dictar economía política suprimida en 1841. En 1857, se ordenó una nueva distribución del plan de estudios incorporando como disciplina autónoma, la economía política en tercer año. El 6 de enero de 1870, durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento y siendo ministro de Justicia, Culto e Instrucción Publica, Nicolás Avellaneda, se dicta el decreto mediante el cual se aprueba la nueva organización proyectada por el consejo de catedráticos de la Universidad de Córdoba para la Facultad de Derecho de esa casa de altos estudios, con lo que quedó reformado el plan de estudios y se señalaron los textos que han de emplearse para la enseñanza de las distintas materias, en lo que hace al estudio de la economía política se dictaba en el cuarto año, adoptando como texto para la enseñanza de la misma, "el tratado de Courcell Seneuil o el de Garnier en la última edición".

El Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en la sesión del 4 de abril de 1883, reformó el plan de estudios de la carrera de abogacía. Con esta nueva reorganización del plan determinó que economía política se estudiase en el quinto año.

Cuatro años después, volvía nuevamente a modificarse el plan de estudios de la Facultad de Derecho, la asignatura economía política se la incluía en cuarto año.

El 14 de marzo de 1889, bajo el decanato del doctor Dámaso E. Palacio fue aprobada una nueva modificación al plan de estudios, ubicando la asignatura economía política en el segundo año.

En 1894, se ordenó una nueva distribución del plan de estudios para la carrera de abogacía; en lo atinente a la asignatura economía política no ofreció variante alguna.

En la sesión del 15 de noviembre de 1895, el Honorable Consejo Superior, aprobó el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para la carrera de abogacía, ubicando la asignatura economía política en tercer año. Este plan apenas alcanzó a vivir un año. En la sesión académica del 29 de abril de 1896 se reestructuró el plan de estudios, manteniendo la enseñanza de la economía política en el tercer año.

El 9 de abril de 1906, el Consejo Superior aprobó la propuesta de modificación del plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ubicando la asignatura economía política en el segundo año.

Dos años después, el 19 de abril de 1909, el plan de estudios de la carrera de derecho se modificó nuevamente, manteniendo la materia economía política en el segundo año.

En 1918, en pleno estallido de la Reforma Universitaria, el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, enviaba a la Universidad Nacional de Córdoba un nuevo plan de estudios. Este plan comenzó a regir en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a partir del año siguiente. La materia economía política se incluyó en el primer año.

El primero de marzo de 1919 fue designado, el Dr. Lucas A. de Olmos, como profesor titular de la Cátedra de Economía Política.

El plan de 1918 organizó los estudios de abogacía durante un largo período de 24 años, recién el 3 de septiembre de 1942, se resolvió modificarlo, y en lo que hace al estudio de economía política, la mantuvo en el primer año

En 1944, el plan de estudios de la carrera de abogacía sufrió una nueva reforma manteniendo la asignatura economía política en el primer año.

Dos años después, el plan fue nuevamente modificado, pero en lo que hace al estudio de la

economía política se mantuvo en el primer año.

Tres años después, mediante Ordenanza Nº 149 dictada por el Honorable Consejo Directivo regulaba el plan de estudios, pero con respecto a la materia economía política la mantuvo en el primer año.

El plan de 1949 no alcanzó a perdurar largo tiempo, siguiendo muy de cerca las conclusiones adoptadas en la segunda reunión de decanos realizadas en la ciudad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 1953; el Honorable Consejo Directivo resolvió en su sesión académica del 6 de abril de ese mismo año, modificar el plan vigente conforme a un nuevo orden, disponiendo que la materia economía política se dictara en el segundo año.

El 13 de diciembre de 1955, el entonces delegado interventor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, dispuso: "con el fin de cumplir los postulados revolucionarios en materia educacional... y responder a un alto criterio formativo y progresista de superación cultural de tipo eminentemente universitario.. habiendo requerido la opinión autorizada de profesores de la casa que por sus títulos, antecedentes, y experiencia universitaria constituyen una garantía de suma experiencia para el logro de los resultados apetecidos... con el objeto que la finalidad profesional no disminuya el propósito altamente cultural que se hace necesario perseguir en la ansiosa búsqueda del hombre que al decir orteguiano, sea capaz de vivir e influir vitalmente según la altura de los tiempos...". Reestructuraba los planes de estudios de la carrera de abogacía, manteniendo la Cátedra de Economía Política en el segundo año.

En 1968, la inclusión por Ordenanza Nº 104 del Honorable Consejo Directivo, de tres cursos de derecho comercial, obligó a distribuir las materias del plan de estudios, a economía política se la mantuvo en el segundo año.

Dos planes reformaron con 10 años de distancia la organización de los estudios de derecho, fueron los planes de 1975 y 1985, respectivamente. En lo que hace a la asignatura de economía política, en ambos planes, se la mantuvo en el tercer año <sup>3</sup>.

Por último, el 2 de agosto de 1999 se aprobó el proyecto del nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, por resolución del Honorable Consejo Directivo Nº 207/99, el cual entró en vigencia el 1º de abril del 2000, ubicando los estudios de economía en el octavo semestre, es decir, en cuarto año del nuevo plan. Cabe aclarar que en todos los planes de estudios, la materia se denominó economía política, pero a partir de este nuevo plan año 2000, pasó a denominarse economía.

## 3. Breve análisis de los contenidos de los programas de la asignatura

El primer programa de la asignatura economía política fue presentado por su titular doctor Luis Cáceres, cuando la materia adquirió autonomía y contaba de 26 unidades. Su contenido privilegiaba el estudio de los temas sobre: análisis de la producción, el trabajo, el principio de población, la división del trabajo, la libertad del trabajo, la seguridad, asociación y organización, el capital, efecto de las máquinas y de las invenciones sobre la producción, el capital en monedas, créditos, bancos e instalaciones de créditos, la tierra, circulación de la riqueza, la libertad del comercio, el rédito del capital, beneficios del empresario, réditos de la tierra, análisis del consumo, los empréstitos y el crédito público.

En 1868 el programa se modificó parcialmente, suprimiéndose el estudio de libertad del trabajo, la seguridad, la asociación y la organización, el crédito, bancos e instalaciones de crédito, la circulación de la riqueza, el análisis del consumo, la contribución, el empréstito y el crédito publico; e incorporándose temas sobre la teoría de las salidas.

En el período comprendido entre 1869 a 1883, año este último en que se modificó nuevamente el plan de estudios de la carrera de abogacía, se mantuvo sin variaciones el contenido de todos los programas de la materia. A partir de ese momento se profundizó el estudio del capital y la moneda.

En 1884 el catedrático doctor José Echenique, presentó un nuevo programa para la enseñanza de la economía política. Comprendía el análisis de temas sobre: las necesidades, la utilidad, clasificación de las industrias, industrias y profesiones, industria extractiva, industria de transporte, industria fabril, industria agrícola, industria comercial, clasificación de las profesiones, la fuerza productiva del hombre, análisis del trabajo industrial, el trabajo corporal, el trabajo de ahorro, el arte en la combinación del trabajo industrial, el movimiento de la población, la fórmula de la población, consecuencia de la ley de población, ley de renta, ley de la salida de los productos, el consumo, análisis del cambio de valor, el cambio de los servicios futuros y de los servicios no incorporados, formación del costo de producción, elementos del precio de fábrica, del interés y de la tasa industrial y los salarios y su tasa habitual, etc..

En 1890 con el programa elaborado por el catedrático doctor Ponciano Vivanco, el estudio de la disciplina se completó con el análisis de la economía política como ciencia, objeciones de Bonamy y Price, la relación de la economía política con la moral, derecho, la política y las ciencias auxiliares, los métodos de la economía política, la producción: necesidad, producto, servicio, utilidad, valor, precio, riqueza, análisis de la producción, la tierra y los agentes naturales, trabajo y capital, teoría de los productos inmateriales, libertad y división del trabajo, el capital y sus efectos en sus diversas formas, el empresario de las industrias, la propiedad, la parte de la tierra en la repartición, interés, el salario y sus respectivas políticas, la circulación, el valor y la moneda, el crédito y títulos del crédito, los bancos, *clearing-house*, crédito real, bolsas de comercio, consumo, el ahorro, el lujo, el pauperismo, la población, emigración, inmigración, colonización, etc..

Al año siguiente se modificó nuevamente el programa incorporándose el estudio de las crisis económicas, el comercio internacional, la asociación, el consumo de la riqueza y su respectiva repartición: teorías, las industrias de profesión, la renta, los sistemas monetarios, la moneda: moneda de papel y papel moneda, las máquinas.

En los programas de la materia presentados por el catedrático doctor Juan Mamerto Garro, durante los años 1892, 1893 y 1894, sus contenidos privilegiaban temas atinentes a máquinas, la producción en gran escala, la consecuente insuficiencia y exceso en la producción, el monopolio y libertad en materia de bancos, el libre cambio y la protección.

En 1895 el programa de estudio fue sustancialmente modificado por el entonces catedrático doctor Julio Deheza, lo que trae aparejado una importante innovación al incorporar temas sobre productores de riqueza, la herencia, el alquiler o el interés del capital, la distribución, la renta, la libre concurrencia, el presupuesto y la deuda pública. Este programa se mantuvo prácticamente sin variaciones hasta 1926, excepto la inclusión de algunos temas relacionados con el proteccionismo, sistema del libre cambio, las escuelas económicas e instituciones del ahorro.

Entre 1927 y 1931 el programa para la enseñanza de la materia economía política fue presentado por el catedrático doctor Lucas A. de Olmos, intensificando el análisis sobre el derecho de propiedad, la organización de la producción y la política comercial.

En el período comprendido entre 1932 y 1947, el contenido de todos los programas de la materia se mantuvieron sin cambios, pero, a partir de ese momento, fue motivo de interés el tratamiento más profundo de temas, como: el socialismo, los fenómenos sociales del capital y del trabajo, la crisis de la riqueza, los fenómenos económicos, el Estado, la prevención y asistencia, la evolución del pensamiento económico, los sistemas monetarios (monometalismo-bimetalismo)

En 1948 el programa de la disciplina fue diseñado por la entonces, catedrática doctora Elisa Ferreyra Videla. Su programa comprendía el estudio de temas vinculados a la influencia del dinero en el funcionamiento de la economía, patrón oro, bancos comerciales, teoría del comercio nacional, etc..

Ha sido, asimismo, motivo de interés durante el período 1956 y 1999 para los programas de la materia, el tratamiento de la formación de los precios (oferta, demanda), la competencia perfecta, bolsas y mercados, formación del monopolio, la competencia monopolística, precios políticos, los ingresos, el interés, el factor capital, relaciones económicas internacionales, el mecanismo de los pagos internacionales, el ingreso o la renta nacional, el desarrollo y la

dinámica económica, el objeto de la economía política, la necesidad y los bienes, la economía política y sus problemas, la organización económica de la sociedad, los ingresos personales como precios de los factores productivos.

A partir de 1999, fecha en que entraron en vigencia los actuales programas, al aprobarse el nuevo plan de estudio de la carrera de abogacía por resolución del Honorable Consejo Directivo Nº 207/99 del 2 de agosto de ese año, se genera una peculiar transformación; de ese modo, el programa de la Cátedra "A" se divide en 17 capítulos destinados al análisis de temas dedicados al estudio de la materia economía, tales como: qué es la economía, el objeto, sus métodos, la actividad productiva, los factores de producción, la microeconomía y la macroeconomía, los problemas económicos fundamentales de toda sociedad, los objetivos económicos destacables, las cuestiones interdisciplinarias introductorias, el cómo resuelven los mercados los problemas económicos fundamentales, la demanda y el comportamiento racional de los consumidores, la producción y la organización de las empresas, patrones de competencia imperfecta y perfecta, la demanda de factores de producción, los mercados y la eficiencia económica, los objetivos e instrumentos macro-económicos, el consumo y el ahorro, la determinación de la renta nacional, el Estado y la economía, el dinero, el sistema financiero de la República Argentina, el crecimiento económico, la inflación y el comercio internacional.

Los elencos bibliográficos incluyen las obras de Samuelson Nordhaus, McGraw-Hill, Iturrioz, Polinsky, Cornejo, Torres López, etc..

En cuanto al contenido del programa de la Cátedra "B", se divide en 16 capítulos y comprende una parte introductoria, destinada al estudio de la materia, y los siguientes capítulos están dedicados al análisis de temas como: la economía y la necesidad de elegir, los problemas económicos básicos, los sistemas económicos y los mercados, mercados y precios, el comportamiento racional del consumidor, marco jurídico regular, la producción y los costos, el proceso productivo, la distribución del ingreso, funcionamiento de la economía del mercado, la evolución del pensamiento económico, el sector público, el producto e ingreso nacional -componentes el consumo y la inversión- el modelo del multiplicador, el financiamiento de la economía: sistemas monetarios y la creación del dinero, crecimiento-globalización y desarrollo, inflación-desempleo, el sector externo. La bibliografía utilizada mantiene los textos de Samuelson, Nordhaus, McGraw- Hill, Iturrioz, Torres López, sumados los de Mochon, Becker, Cooter, Ulen, Ferrer, Roll y Gattás

Con el nuevo plan de estudios 207/99, la asignatura cambia de denominación y pasa a denominarse economía, circunstancia que trajo aparejada las modificaciones de los programas ya señalados y se estableció como contenido mínimo de la materia economía, el siguiente: "Concepto. Objeto. Métodos. Análisis positivo y normativo. Microeconomía y macroeconomía. Mercados. Demanda. Organización y producción de las empresas. Competencia. Factores de producción. Equilibrio. Eficiencia. Indicadores básicos macroeconómicos. Consumo y ahorro. Renta nacional. El Estado y la economía. Dinero. Sistema financiero en la República Argentina. Crecimiento económico. Inflación. Comercio internacional".

# 4. Bibliografía utilizada con mayor frecuencia para el estudio de la materia economía política

AISENSTEIN, Salvador, El Banco Central de la República Argentina y su función reguladora de la moneda y del crédito.

Alemann, Roberto, *Breve historia de la política económica argentina*.

Arias, Gino, Manual de economía política.

Baudin, Louis, La moneda.

Barre, Raymond, Economía política (2 tomos).

CARTA ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (ley 24.144 y sus modificatorias) y

Ley de entidades financieras (ley 21.526 y sus modificatorias).

Bela Belassa, J. D., Teoría de la integración económica.

Brants, Víctor, Las grandes líneas de la economía política.

Benham F., Curso superior de economía.

Campos, José A., Curso de economía política y argentina.

Caro Carretero, Raquel, Introducción a la economía. Cien preguntas claves y sus respuestas.

Carranza Pérez R., El sistema monetario argentino en sistemas monetarios latinoamericanos.

Cassel, G., Economía social teórica.

Código Social de Malinas.

Conesa, Eduardo R., *Conceptos fundamentales de la integración económica*, en Integración Latinoamericana Nº 71, Los fundamentos económicos de la integración, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL).

COOTER, Robert - ULEN, Thomas, Derecho y economía.

Coulborn, W.A.L., Introducción al dinero.

Cornejo, Benjamín; Iturrioz, Eulogio, Manual de economía política.

- La competencia imperfecta y la teoría tradicional.
- Moral y economía y otros ensayos (además, textos de geografía económica argentina).

Corrales, Carlos Floriano, Derecho y economía. Una aproximación al análisis económico del derecho.

Cossio Díaz, José Ramón, Derecho y análisis económico.

Courcelle Seneuil , J.G., Traité théorique et politique d'economie politique.

Cuadernos de la cátedra.

Chandler L. V., Introducción a la teoría monetaria.

Di Fenicio, F., Economía política.

Duran y Lalaguna, Paloma, Una aproximación al análisis económico del derecho.

Eizing, Paul, Control de cambios.

Estadísticas del Banco Interamericano de Desarrollo u otros organismos internacionales.

Estey, J., Tratado sobre los ciclos económicos.

Fallon Valerio, Economía social.

Ferrer, Aldo, La economía argentina.

Ferreyra Videla, Elisa, Causas del valor.

Ferrucci, Ricardo J., Instrumental para el estudio de la economía argentina.

FISCHER, Stanley; DORNBUSCH, Rudiger; SHMALENSEE, Richard.

Galbraith, John Kenneth, Historia de la economía.

- El nuevo Estado industrial.

Gattás, Alfredo, Historia de la economía.

Gide, Carlos, Curso de economía política.

GIDE Y RIST, Historia de las doctrinas económicas.

Haberler, G., Prosperidad y depresión.

Halm, George, Sistemas económicos.

Henderson, H. D., Las leyes de la oferta y la demanda.

HICKS, J.R. y HART, A.G., Estructura de la economía.

Hofmannsthal, E., Inflación monetaria y medios de contrarrestarla.

Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Derecho de la integración latinoamericana. Ensayo de sistematización.

Iturrioz, Eulogio, Economía política.

- Manual de economía política.

Lacoste, Yves, Los países subdesarrollados.

Lestard, G., Los cambios internacionales

LE ROY MILLER, Roger - PULSINELLI, Robert W., Moneda y banca.

LIPSEY, Richard G. - CHRYSTAL, K. Alec, Introducción a la economía positiva

Mc Graw-Hill, Economía.

Marshall, A., Principios de economía política.

Martín y Herrera, Economía política

Mochon, Francisco y Becker, Víctor, Economía. Principios y aplicaciones.

NACIONES UNIDAS, CEPAL, Problemas teóricos y prácticos del crecimiento económico.

NACIONES UNIDAS, CEPAL: El desarrollo económico de la Argentina.

OLIVERA, Julio H.G., Derecho económico. Conceptos y problemas fundamentales.

Ollara Jiménez, Rafael, Evolución monetaria argentina.

Paranagua, O., Política comercial internacional.

Pastor, Santos, Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho.

Perreau, Camilo, Cours l'economie politique.

Perroux F. Cours d'economie politique.

Pessagno, Atilio. Política comercial y legislación aduanera y fiscal.

Polinsky, A. Michell, Introducción al análisis económico del derecho.

Posner, Richard A., El análisis económico del derecho.

Recio , José N. - Viller, Julio A., El Banco Central y la intermediación financiera. Límites de su competencia.

Reynolds, Lloyd G., Principios de macroeconomía.

- Principios de microeconomía.

RICARDO, David, Principios de economía política e imposición fiscal

Robinson, E.A.G., Monopolio.

Robinson, Joan, La economía de la competencia imperfecta.

Roemer, Andrés, Introducción al análisis económico del derecho.

Roll, Eric, Historia de las doctrinas económicas.

Rougles, R., Ingreso nacional.

Samuelson, Paul A. - Nordhaus, William D., Economía.

- Curso de economía política.

Smelser, Neil J., Sociología de la vida económica.

Soule, G., Introducción a la economía contemporánea.

Strigl R., V. Curso medio de economía.

Taussig F.W., Principios de la economía.

Torres López, Juan, Análisis económico del derecho. Panorama. Doctrina.

Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991.

VISINTINI, Alfredo Aldo, Un ensayo sobre historia de la política económica argentina.

Von Bohm Bawerk, Capital e intereses.

Von Kleinwachter, Federico, Economía política.

Wonnacott, Paul; Wonnacott, Ronald, Economía, McGraw-Hill.

Zamora, F., Tratado de economía teórica.

- Dinámica económica.

# 5. Vida y obra de los profesores titulares encargados de la Cátedra de Economía Política (1856-2006)

Se reseña a continuación una noticia biográfica de los profesores titulares y encargados de la asignatura economía política, cuando ésta adquiere autonomía, al modificarse el plan de estudios de la carrera de abogacía en 1856, sintetizándose, los rasgos más destacados de su obra científica y académica.

## Luis Cáceres

Nació en Córdoba el 9 de octubre de 1822, fue bautizado como Luis José Dionisio, hijo de don Bernardino Cáceres y de doña Josefa Martínez Sársfield. Casó el 27 de abril de 1858 con Dolores Argüello, nacida en 1841 y fallecida el 12 de febrero de 1917, hija de don Cipriano Argüello y Moynos y de doña Isabel Torres de la Quintana. El 10 de marzo de 1834 ingresó al primer curso de filosofía. Obtuvo el título de maestro en filosofía, bachiller y licenciado. Alcanzó el grado de doctor en Teología en 1845. Durante los años 1857, 1858 y 1859 se desempeñó como titular de las cátedras de Derecho Constitucional, Economía Política y Derecho Natural de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, convirtiéndose en su primer catedrático de la citada en primer término. El doctor Cáceres ejerció el periodismo redactando *El Imperial*. Asumió, asimismo, la gobernación interina de la provincia de Córdoba, el 6 de noviembre de 1866. Fue legislador en 1847, 1851 y 1854.

Falleció en Córdoba, el 26 de marzo de 1874.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia en estudio.

## Jerónimo del Barco

Nació en la ciudad de Santa Fe en 1831. Hijo de don Feliciano del Barco y de doña Mariana Lencinas. Contrajo matrimonio con Enriqueta de Zavalía en la ciudad de Córdoba, el 26 de julio de 1860. El 6 de marzo de 1850 ingresó al primer curso de filosofía. Obtuvo los grados de maestro en filosofía en la Facultad Menor de Artes y bachiller en Derecho Civil, el 4 de agosto de 1857, y licenciado y doctor en Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Córdoba, el 2 de junio de 1858. Fue profesor de economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

## José de Echenique y Lagos

Nació en Salta el 9 de diciembre de 1840, contrajo matrimonio con doña Amelia Alpont Paz, el 19 de marzo de 1873. Fue vicegobernador y gobernador de Córdoba, diputado nacional y decano de la Facultad de Derecho en la Universidad Mayor de San Carlos. Académico de la Universidad. Profesor titular de procedimientos, economía política y literatura en esa casa de altos estudios. Fue senador y diputado de la provincia de Córdoba, de cuyo cuerpo fue presidente durante el período 1898 a 1901. Presidente del Directorio del Banco de la Provincia. Presidente del Banco Hipotecario. Miembro del Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente del Concejo Deliberante de la Municipalidad. Presidente del Consejo de Educación. Profesor del Colegio Nacional de Monserrat. Convencional constituyente para la reforma de la Constitución de Córdoba en 1883 y 1900. Representante de la Nación en varios asuntos durante la Presidencia del General Roca. Encargado del gobierno de la Nación para estudiar la cuestión monetaria de la provincia de Córdoba. Comisionado del

gobierno de la Nación para formular el reglamento de la Academia Nacional de Ciencias. Encargado de proyectar los estatutos que de conformidad a la ley del 3 de julio de 1885 debía darse a la Universidad Nacional de Córdoba. Representante y abogado de la provincia de Córdoba, en la cuestión de límites con Santa Fe.

No dejó producción bibliográfica atinente a la disciplina.

#### Juan Mamerto Garro

Nació en la localidad de Pantallino, provincia de San Luis, el 11 de mayo de 1847. Fueron sus padres don Juan Francisco Garro y doña Isidora Ortiz. En 1868, ingresó a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Obtuvo el grado de doctor en derecho en la Universidad Nacional de Córdoba en 1872. En 1871, Garro había conocido y tratado en Córdoba al doctor Nicolás Avellaneda. Ministro de Justicia e Instrucción Pública de la Nación durante el gobierno de Roque Saénz Peña. En 1874, fue elegido diputado nacional por San Luis. Fue profesor de economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vicedecano de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y miembro del Honorable Consejo Directivo de esa unidad académica. Su obra mas representativa fue sin duda, en el ámbito de la enseñanza del derecho *Bosquejo histórico de la Universidad Nacional de Córdoba*, publicada en 1882; dirigió las *Obras Completas de Estrada* en 1899 y las *Noticias biográficas de Juan Manuel Estrada y las de Nicolás Avellaneda*; publicó asimismo en 1916, *Páginas dispersas*. Años más tarde, dirigió y prologó la recopilación de los *Escritos y discursos* de Nicolás Avellaneda.

Desde 1880 alternaba el ejercicio de su profesión con una intensa labor periodística, escribiendo en el viejo "Eco de Córdoba", diario de los Vélez, y en 1886 fundó con el ilustre sacerdote Ríos "El Porvenir". Desde el año 1884 estuvo afiliado a la Unión Católica, que presidía José Manuel Estrada. Con este partido ingresó en 1889 en la Unión Cívica, y, al dividirse ésta, quedó en la fracción radical, siendo el jefe del partido en la provincia de Córdoba. En 1891 fue candidato a la vicepresidencia de la República con el Dr. Bernardo de Irigoyen.

En 1917, se desempeñó como interventor en la provincia de Tucumán.

Falleció en la localidad de Cosquín, provincia de Córdoba, el 12 de diciembre de 1927.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

#### Julio Deheza

Jurisconsulto y catedrático de la Universidad Nacional de Córdoba, en la que se desempeñó como profesor titular de economía política, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y más tarde, rector de esa casa de altos estudios. Presidió el Senado de la provincia de Córdoba, del que formó parte durante dos períodos.

No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

## Ponciano Vivanco

Nació el 9 de agosto de 1865 en la ciudad de Bell Ville, provincia de Córdoba; sus primeros estudios los realizó en la ciudad de Córdoba, egresando con el título de bachiller del Colegio Nacional de Monserrat, luego ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, donde se graduó con el título de abogado a los veintiún años de edad. Fue diputado provincial, ministro de Hacienda y de Gobierno, en cuyos cargos realizó una labor proficua, organizó las finanzas e introdujo una serie de reformas en la enseñanza de las escuelas,

implantando el trabajo manual. Fue diputado nacional durante varios períodos a partir de 1896; ocupó durante varios años la presidencia de la Comisión de Presupuestos. En 1901 fue llevado al Consejo Nacional de Educación como vocal, luego ocupó la presidencia del cuerpo por fallecimiento del Dr. José María Gutiérrez. Fue profesor titular de Revista de la Historia y economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue fundador de las primeras escuelas nacionales de las provincias. Entre sus obras se destacan la creación de 1.586 escuelas nacionales en los períodos de los años 1904 a 1906, la fundación de numerosas bibliotecas populares, la construcción de estadios y centros de educación física, la implantación en la provincia de las escuelas Láinez, ley del 30 septiembre de 1905, etc..

Siendo presidente del Consejo Nacional de Educación, dispuso que fuera izada diariamente y durante todo el período escolar en el frente de los edificios donde funcionaba una escuela, la bandera de la Patria "para advertir al pueblo que allí se realizaba la trascendental tarea de la educación".

El Dr. Vivanco impuso el sistema de los concursos universitarios como un medio de estimular la labor de los profesores hacia el más elevado perfeccionamiento.

Participó activamente en la fundación de la Escuela Archivística y Biblioteca, etc..

El Dr. Vivanco formó parte del círculo de los hombres más ilustres y calificados que rodearon al general Roca, distinguiéndose por su capacidad y acción de hombre público y llegó hasta ser considerado como un ministro sin cartera en los gobiernos presidenciales del general Roca, del doctor José Evaristo Uriburu y del doctor Manuel Quintana. Fue profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en las cátedras de: Derecho civil, economía política y Revista de la Historia, siendo el primer profesor universitario de Revista de la Historia en 1895 <sup>4</sup>, presentando su renuncia el 18 de mayo de 1897.

Falleció el 11 de enero de 1929.

No dejó producción bibliográfica atinente a la disciplina en estudio.

## Ezequiel Morcillo

Nació en 1854, hijo de don Samuel Morcillo y doña Petrona Carranza González, contrajo matrimonio el 23 de abril de 1881 con Eleuteria Argañaráz Espinosa. En 1881 fue director de la Asociación Juventud Católica. Se desempeñó como profesor titular de Finanzas Públicas y Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Falleció el 8 de junio de 1913.

No registra publicaciones en la materia específica.

## Lucas A. de Olmos

Nació el 21 de abril de 1885. Obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1910. En 1918 fue designado profesor de economía política en esa unidad académica. Miembro del Honorable Consejo Directivo y delegado ante el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba. Senador provincial por la UCR durante el período 1916 y 1919 y presidente del Banco de Córdoba entre 1929 y 1930.

Falleció en la ciudad de Córdoba el 11 de julio de 1946, sin dejar producción bibliográfica sobre la materia.

Nació el 13 de abril de 1895, en Villa Dolores. Hija de don Vidal Ferreyra Gómez e Isabel Micaela Videla Alvarez.

Sus estudios primarios los efectuó en el Colegio Inmaculado Corazón de María (Adoratrices). Obtuvo el título de bachiller del Colegio Nacional Monserrat luego de aprobar el curso de nivelación respectivo. Obtuvo el título de abogada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1929. Alcanzó el grado de doctora en Derecho y Ciencias Sociales en 1938, en esa casa de altos estudios, con una tesis titulada "Hacia una organización corporativa". Se le otorgó el título de doctora en Derecho y Ciencias Sociales en un acto académico en el salón de grados de la Universidad Nacional de Córdoba, presidido por el entonces, rector doctor Sofanor Novillo Corvalán. En dicho acto, hizo uso de la palabra por la Facultad de Derecho el doctor Raúl A. Orgaz, quien disertó sobre: Las fuentes filosóficas del 'Facundo'". La doctora Ferreyra Videla expuso sobre: Necesidad de una economía dirigida.

En 1941 se desempeñó como profesora suplente (adjunta) en la cátedra de economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.

En 1947 fue nombrada profesora titular en la cátedra de economía política en esa casa de altos estudios.

Fue delegado interventor en la Facultad de Ciencias Economicas de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1947.

Fue miembro sustituto del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, en 1951.

Fue miembro titular por estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, en 1953.

Fue profesora de la cátedra de historia de las doctrinas económicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesora titular en la cátedra de economía política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, en 1957, siendo decano el doctor Lucas A. de Olmos

Fue profesora de Historia de la Civilización de la Escuela Normal Nacional de Profesores "Alejandro Carbó".

Entre su producción bibliográfica sobresalen: *De la necesidad de una economía dirigida*, Córdoba, 1938; *Reflexiones acerca de la autarquía*, Revista de Economía Política, Instituto de Investigaciones Económicas, Sociales y Financieras. Universidad Nacional de Tucumán, 1940; *Causas del valor*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1950; *Principios que informan a la Constitución Nacional reformada en 1949, en lo económico y social*, Ministerio de Educación de la Nación, Dirección General de Publicidad de la Universidad Nacional de Córdoba, 1952.

Fue profesora del Liceo de la Hermanas Adoratrices.

Integró varias instituciones entre las que se destacan: el Consorcio de Abogados Católicos en 1939; la Federación de Maestros y Profesores Católicos en 1941; la Cooperativa Salesiana Don Bosco en 1947; y fue presidenta de las Conferencias Vicentinas.

Falleció en la ciudad de Córdoba, el 21 de noviembre de 1979.

## Jacinto Roque Tarantino

Nació en la ciudad de Buenos Aires el 21 de octubre de 1907. Egresó con el título de

contador público nacional en 1931, de notario en 1937 y, posteriormente, se gradúo en 1951 de abogado, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral. En 1959, en esta última casa de altos estudios, obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con un meduloso trabajo de investigación sobre: *La quiebra y tributos: concomitancia de ambos problemas jurídicos. Sus aspectos y temas específicos.* 

Su larga actuación académica lo llevó a ocupar diversos cargos:

Profesor titular por concurso de finanzas y derecho tributario, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en el período 1960 a 1965.

Profesor por concurso de la Cátedra de Nociones de Economía Política y Finanzas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el período comprendido entre 1957 y 1965.

Profesor titular de economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1966 y 1967.

Profesor adjunto de técnica profesional del contador en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1956 y 1957.

Director del Instituto de Finanzas y Derecho Financiero en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1973 y 1975.

Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1958 y 1962.

Miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1970 y 1972.

Miembro argentino de la I.F.A (International Fiscal Asocciation), en 1967.

Miembro fundador del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, en 1964.

Miembro honorario del Instituto Uruguayo de Derecho Tributario, en 1957.

Miembro activo del Comité Permanente de la Federación Interamericana de Abogados (Inter-American Bar Asocciation), en 1970.

Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Económicas, Jurídicas y Sociales, en 1963.

Miembro argentino en las VIII Jornadas Franco-latinoamericanas de Derecho Comparado, en 1971.

En su vida pública se desempeñó como: ministro de Hacienda, Economía y Previsión Social de la provincia de Córdoba, entre 1963 y 1965.

Presidente de la Asociación de Bancos Oficiales Mixtos de la República Argentina, durante 1965 y 1966.

Presidente del Banco de la Provincia de Córdoba, en el período 1965-1966.

Participó, asimismo, en un sinnúmero de congresos nacionales e internacionales de su especialidad. Colaboró en numerosos trabajos en materia económica, economía, contabilidad y derecho, entre los que sobresalen:

- Impuesto a los beneficios extraordinarios y réditos, Córdoba, Litvack, 1944.
- Impuesto a las ganancias eventuales, Córdoba, Assandri, 1947.
- *Efectos de la quiebra en el derecho tributario argentino*, Córdoba, Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, 1958.
  - Finanzas públicas y desarrollo económico, Buenos Aires, Ediar, 1961.
  - Concursos y sindicaturas, Buenos Aires, Zavalía, 1973.
  - Reforma tributaria, Buenos Aires, Zavalía, 1974.
- Contabilidad, funciones e importancia económica: órgano del Centro de Estudiantes de Comercio, Revista Hermes, 1931.
- La declaración jurada en el impuesto a los réditos, Buenos Aires, Revista de la Cámara Comercial e Industrial Israelita, 1941.
- Los propietarios de tiendas y el impuesto a los réditos, Buenos Aires, Revista Confidencias de París, 1943.

- Proposiciones relativas a la modificación del Sistema Tributario Argentino, Córdoba, Revista del Centro Comercial, número extraordinario, 1941.
  - La evasión legal de impuesto, Córdoba, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1959.
- El Código Tributario para la Provincia de Córdoba. Sus antecedentes y críticas al anteproyecto en Derecho Fiscal, Buenos Aires, 1960, t. X.
- La actuación del síndico y el conflicto de la quiebra en el derecho laboral en Gaceta del Trabajo, t. 98.
- La demanda del crédito fiscal ante el síndico del contribuyente concursada en La información, Buenos Aires, Cangallo, 1973, t. XXVIII.
  - Indexación por deudas tributarias, en Derecho Fiscal, Buenos Aires, 1975, t. XXV.
  - La nueva ordenanza impositiva municipal de Córdoba, en Derecho Fiscal, t. XXV.
- Economía internacional y reforma tributaria en Latinoamérica y en la República Argentina, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba. Separata, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVI, N<sup>ros</sup> 2-3, 1962.
- Prescripción de las acciones fiscales en caso de herencia frente a una transmisión onerosa anterior, en Revista de la Asociación Gremial de Empleados de la Comisión Judicial, A.G.E.P.J., Nº 2.
- La modificación del procedimiento tributario inaudita parte y sus proyecciones ante la prueba y la defensa en el derecho tributario, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVIII, N<sup>ros</sup> 3-5.
  - Las penalidades tributarias, Buenos Aires, Astrea, 1983.
- Consideraciones sobre el proyecto de Código Tributario para la Provincia de Córdoba, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, N<sup>ros</sup> 2-3, 1960.

Falleció en la ciudad de Córdoba, el 12 de setiembre de 1991, a los 85 años de edad.

# Benjamín Cornejo

Nació en San Miguel de Tucumán el 1 de junio de 1906. Obtuvo el título de abogado, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; en 1928 y alcanzó el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, a los 29 años de edad. Se desempeñó como profesor titular de economía política desde 1930. En febrero de 1935 fue designado director de la Escuela de Ciencias Económicas (ECE) de la Universidad Nacional de Córdoba, que como su similar de la UBA, expedía diplomas de doctor en Ciencias Económicas y de contador público, escuela que luego se convertiría en la actual Facultad de Ciencias Económicas. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Economía Política (1957) y en 1963 sucedió al Dr. A. Hueyo en la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Miembro del Instituto de Economía y Finanzas y presidente de la Asociación de Economía Política. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Entre su prolífica producción en el área de su especialidad se destacan: La competencia imperfecta y la teoría tradicional y la competencia monopólica, Chamberlin, Moneda y sistema monetario, Moral y economía, León Walras y Antoine Auguste Cournot, y una serie de publicaciones de artículos científicos en la Revista de Economía y Estadística (R.E.E.) de la Universidad Nacional de Córdoba que también fuera dirigida por el Dr. Benjamín Cornejo.

#### Eulogio Nicolás Iturrioz

Nació en Pozo de Molle, provincia de Córdoba, el 12 de mayo de 1929. En 1957, obtuvo el título de contador público en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de

Córdoba. En 1961, alcanzó el título de licenciado en Ciencias Económicas en la Facultad de Ciencias Económicas y en 1960 egresó con el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Obtuvo, en 1962 el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa casa de altos estudios con una tesis calificada de sobresaliente.

Fue profesor adjunto interino de Finanzas Públicas y Derecho Tributario, durante el período 1662 y 1963 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue profesor adjunto de Economía Política, entre 1963 a 1965 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Fue profesor titular interino de Economía Política, en el período de 1965 a 1972, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Profesor titular por concurso de la Cátedra de Economía Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, durante el período de 1972 a 1990.

Se desempeñó como docente en el Curso de Integración Latinoamericana durante el período entre agosto a noviembre de 1973.

Fue profesor adjunto interino de la asignatura Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1967 a 1970.

Se desempeñó como profesor adjunto por concurso en la Cátedra de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba durante 1970.

Fue nombrado profesor titular interino de la Cátedra de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, entre 1971 y 1985.

Fue designado profesor titular por concurso: área monetaria fiscal, orientación, teoría e instituciones fiscales, asignación principal finanzas públicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, desde 1985.

Se desempeñó como profesor expositor en la Escuela de Graduados en la carrera de especialización en tributación, en junio 1995.

Fue profesor titular contratado de Finanzas II, entre 1963 a 1971, en la Universidad Provincial de La Rioja.

Durante 1970 a 1970, se desempeñó como asesor en el área presupuesto de la Secretaría de Asuntos Económicos Financieros de la Universidad Nacional de Córdoba.

Miembro titular del Honorable Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

Director del Departamento de Economía y Finanzas de la Facultad de Ciencia Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

En 1977, fue secretario de Asuntos Económicos Financieros del Rectorado de la Universidad Nacional de Córdoba.

En 1960, fue nombrado jefe de la sección de Estudios Económicos de la Dirección General de Industria y Comercio (decr. 3879, Serie B).

Entre 1966 a 1967, se desempeñó como interventor de la Caja Provincial de Jubilaciones y Pensiones (decr. 273 Serie B/66).

Durante 1969 a 1970, fue director de Administración del Ministerio de Gobierno (decrs. 9381/69 y 3000/70).

Vocal del Tribunal Fiscal de Apelación (decr. 5886), en 1980.

Ha dictado numerosas conferencias, cursos y seminarios de la especialidad.

Entre sus publicaciones y antecedentes científicos en el cultivo de la disciplina se destacan:

- Renta gravable declarada para el impuesto a los réditos, publicado en Revista de Economía y Estadísticas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, año X, N<sup>ros</sup> 1 y 2, 1966.
- Factores que afectan la recaudación del Impuesto a los réditos, publicado en Revista de Economía y Estadística de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de

Córdoba, vol. XII, N<sup>ros</sup> 3 y 4, 1968.

- *El impacto impositivo en la provincia de Córdoba*, publicado en Economía de Córdoba, Instituto de Economía y Finanzas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1, Nº 3, septiembre 1963.
- Estructura financiero-económica de la Universidad Nacional de Córdoba, 1966-1970, en colaboración con el contador Ignacio Ludueña, publicado por la Universidad Nacional de Córdoba. 1971.
- La planificación y los derechos individuales en los sistemas neocolectivistas, publicado en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1964, N<sup>ros</sup> 3-5.
- *La planificación económica y la Constitución Nacional*, publicado en Boletín Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1965, en colaboración con el Dr. Benjamín Cornejo.
- La pena más benigna en el Código Tributario de la Provincia de Córdoba, publicado en Revista Doctrina Tributaria, año VI, Actualización Nº 70 (Buenos Aires, Errepar, 1/9/87).
- La interdependencia de hechos imponibles en los impuestos de sellos argentinos. El caso específico de la Provincia de Córdoba, publicado en Revista Doctrina Tributaria, año VIII, Actualización Nº 116 (Buenos Aires, Errepar, 1989).
  - Manual de economía política, Cornejo / Iturrioz, Buenos Aires, Zavalía, 1980.
  - Economía para no economistas, Iturrioz, Córdoba, edición del autor, 1980.
  - Manual de economía política, Iturrioz, Buenos Aires, Macchi, 1982.
  - Economía política, Iturrioz, Córdoba, Lerner, 1986, ts. I y II.
  - Curso de finanzas públicas, 2ª ed., Iturrioz, Macchi, Buenos Aires, 1981.
  - Curso de finanzas públicas, Iturrioz, 2ª ed. del autor, 1997.

# Alfredo Hugo Gattás

Nació en la localidad de Clodomira, provincia de Santiago del Estero, el 5 de mayo de 1935. Se casó con doña Denise Marie Rose Barras. Egresó con el título de abogado de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 30 de diciembre de 1957. Alcanzó el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa casa de altos estudios, el 6 de mayo de 1969.

Cursó estudios de economía en la Universidad de Munich (Alemania) y en la Universidad Católica de Fribourg (Suiza) durante 1960 a 1964

Entre 1964 a 1971 se desempeñó como profesor adjunto interino en la Cátedra de Economía Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba hasta el 2006.

En 1972 fue designado profesor adjunto por concurso en la asignatura economía política en esa unidad académica, y luego profesor titular, cargo que mantuvo con algunas alternancias hasta su retiro para gozar los beneficios de la jubilación, en el 2003.

Fue profesor titular de la Cátedra de Economía Política en la Universidad Nacional de la Rioja.

Abogado-procurador de la Municipalidad de La Falda, provincia de Córdoba.

Ejerce la profesión de abogado hasta la fecha.

Ha publicado libros y trabajos en su especialidad, entre los que se destacan: El principio

maltusiano de la población; Breve historia del pensamiento económico; Los pensadores de la economía (tres ediciones); Historia de la economía (en prensa) -t. I-.

Ha dictado cursos y conferencias sobre temas de economía.

Ha publicado, además, varios artículos periodísticos sobre diversos temas.

Ex miembro titular del Instituto de Historia de la Cultura Raúl A. Orgaz de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue subsecretario del Ministerio de Gobierno de la provincia de Córdoba.

Fue vocal en la Comisión Directiva del Colegio de Abogados de Córdoba,

Decano en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja entre 1999 a 2001.

# Sergio Gustavo Guestrin

Nació el 7 de agosto de 1945. Egresó como abogado y luego obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, con una tesis titulada: La ley de entidades financieras. Enfoque crítico de las pautas de delimitación legal del campo de actuación de los sujetos de actividad financiera en la Republica Argentina. Propuesta para su reforma, calificada de sobresaliente

Profesor titular por concurso de economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Director del Departamento de Estudios Básicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales la Universidad Nacional de Córdoba, hasta agosto del 2006

Profesor titular de Introducción a la Ciencias Económicas la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales la Universidad Católica de Córdoba

Fue asesor letrado de diversas reparticiones e instituciones entre las que merecen destacarse la Municipalidad de Córdoba, Banco Israelita de Córdoba S.A., Banco Faro Cooperativo Limitada, y Caja de Crédito Cooperativa de Farmacéuticos Limitada.

Fue miembro titular por el estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Participó en numerosos cursos, conferencias, seminarios, jornadas y congresos de la especialidad.

Entre sus publicaciones y trabajos de investigación sobresalen: Ley de emergencia económica. La reforma de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina no es suficiente; La excesiva concentración de funciones en el Banco Central de la República Argentina. Propuesta de un esquema más estricto al respecto; Ciertos aspectos de la actuación del Banco Central de la Republica Argentina. Entidad autárquica de la Nación; Análisis crítico de la metodología seguida por el autor del trabajo "El concepto de integración"; El rol del Banco Central de la República Argentina dentro de la normatividad jurídica de la ley de entidades financieras; La actividad financiera - Consideraciones acerca del papel de las entidades financieras en la actividad económica general; Empresas multinacionales; América Latina, su integración, tecnología, empresas multinacionales; Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. De las fallas del mercado del sistema jurídico.

Director de la Sala de Derecho Económico del Departamento de Complementación, Actualización e Investigación del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba.

Nació en la ciudad de Córdoba, el 25 de mayo de 1959. Casado en primera nupcias con doña Lidia Irene Funes.

Obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1983.

Se desempeñó como jefe de Trabajos Prácticos por concurso en la Cátedra de Economía Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesor adjunto por concurso, en la Cátedra de Economía Política de esa casa de altos estudios. Actualmente se desempeña como profesor titular interino en la cátedra mencionada.

Ha asistido a varios cursos, congresos, jornadas, simposios de su especialidad.

Se desempeña actualmente como director de Asuntos Legales en la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba.

Ejerce la profesión de abogado.

#### 6. Conclusiones

- 1. Recordemos que en 1834, se inauguró la Cátedra de Derecho Público, la economía política formó parte de esta materia que sucesivamente enseñaron Santiago Derqui, Agustín Pastor de la Vega, Enrique Rodríguez y Ramón Ferreira. La cátedra perduró hasta el 3 de marzo de 1841, donde a pedido del claustro universitario fue suprimida por el entonces gobernador delegado, Claudio Antonio Arredondo, es decir, se dictó por siete años. Las consideraciones previas al decreto de creación de la cátedra, del 28 de febrero de 1834, fueron: "Considerando este gobierno que los conocimientos en la gran ciencia de legislar son la huella donde el país debe marchar a su organización, y que son los únicos que pueden hacer a ésta producir los efectos que aseguren la felicidad del Estado, y viendo por otra parte, que tal paso se ha cuidado de instruir a la juventud en códigos e ideas que están en perfecta conformidad con las bases y formas de gobierno adoptadas en el mundo civilizado, se ha descuidado enseñar lo que puede ponernos en la aptitud de acomodar a ellas nuestra legislación, ha creído uno de sus más sagrados deberes poner a la parte que las circunstancias le permiten un remedio a este mal adoptando medidas que perfeccionará en mejor oportunidad".
- 2. Al modificarse en 1856, el plan de estudio de 1815, fecha en que entra a regir el plan definitivo del Deán Funes, con las reformas introducidas por Manuel Antonio de Castro en 1818, a la sazón, visitador del Colegio de Monserrat y de la Universidad de Córdoba y las posteriores modificaciones de 1822, efectuadas por el Dr. José G. Baigorrí, que había sido designado por el entonces, gobernador Juan Bautista Bustos, visitador de la Universidad, diagrama a los que se suman los cambios curriculares efectuados en 1834 y 1841, se produce una importante innovación curricular al incorporarse, como disciplina autónoma, economía política en el plan de estudios de 1856.
- 3. Los profesores que tuvieron a su cargo la enseñanza de la disciplina, cuando ésta adquiere autonomía, o sea, a partir de 1856 y hasta la fecha fueron, entre otros, Luis Cáceres, Jerónimo del Barco, José de Echenique y Lagos, Juan Mamerto Garro, Julio Deheza, Ponciano Vivanco, Ezequiel Morcillo, Lucas A. de Olmos, Elisa Ferreyra Videla, Jacinto P. Tarantino, Benjamín Cornejo, Eulogio Nicolás Iturrioz, Sergio Guestrin, Alfredo Gattás y Alejandro Gómez del Río.
- 4. En 1929, la Universidad Nacional de Córdoba, confirió el título de abogado a la primera mujer graduada en sus aulas en 1929 y obtuvo el grado de doctora en Derecho y Ciencias

Sociales en 1937. Fue Elisa Ferreyra Videla, quien posteriormente se incorporó en la Cátedra de Economía Política, alcanzando a desempeñarse como profesora titular y miembro por el estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, siendo decano el Dr. Lucas A. de Olmos. Es decir, no sólo Ferreyra Videla, fue la primera egresada mujer de la Facultad de Derecho, sino que también fue la primera doctora en Derecho y Ciencias Sociales y la primera profesora y miembro titular mujer por el estamento de profesores titulares del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

- 5. Desde el primer programa de la disciplina, diseñado por Luis Cáceres, primer catedrático de la materia cuando adquiere autonomía, estuvieron vigentes 29 programas de Economía Política.
- 6. La Cátedra de Economía Política se encuentra por su parte aglutinada desde el 13 de marzo de 1985, por Ordenanza dictada por el Honorable Consejo Directivo Nº 2/85 y hasta la fecha en el Departamento de Estudios Básicos.
- 7. A partir de la aprobación del proyecto del nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía por Resolución Nº 207/99 del Honorable Consejo Directivo del 2 de agosto de 1999, la materia economía política, debe ser cursada en el octavo semestre de la carrera, cambiando su denominación por economía.
- 8. A partir de 1856 la disciplina se mantuvo en todos los planes de estudios de la carrera de abogacía, como materia obligatoria entre segundo y cuarto año.
- 9. Los textos más utilizados para el estudio de la asignatura economía política, durante los primeros tiempos, fueron los *Tratados de Courcell Seneuil* <sup>7</sup> o el de *Garnier* en la última edición, incluso al aprobarse el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía, el 6 de enero de 1870, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, y siendo ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Nicolás Avellaneda, se dicta el decreto mediante el cual se aprueba la nueva organización proyectada por el Consejo de catedráticos de la Universidad Nacional de Córdoba, señalando los textos que han de emplearse en lo atinente a economía política, fueron los mencionados precedentemente.
- 10. Durante el período investigado, la bibliografía básica para el estudios de la materia a lo largo de 157 años, comprendió la utilización de alrededor de 102 textos clásicos en la asignatura que se ha reseñado.
- 11. La enseñanza de la economía política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, constituye un antecedente correlativo de finanzas y derecho tributario, cuyos estudios comienzan ha impartirse en las aulas cordobesas a partir de 1889. Su primer catedrático fue el Dr. Félix Tomás Garzón <sup>8</sup>.

Finalmente, resulta significativo que un ilustre hijo de esta casa, como lo fue el gran jurisconsulto cordobés Dalmacio Vélez Sársfield, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba <sup>9</sup>, con el grado de bachiller en ambos derechos, civil y canónico, en 1820, y habiendo obtenido del gobierno provincial el título de abogado en 1822, luego de realizar la pasantía en el estudio jurídico del Dr. José Dámaso Gigena, se hubiera desempeñado en 1826, como profesor de economía política en la Universidad de Buenos Aires, hasta 1829, donde alcanzó finalmente el grado de doctor, conforme con lo establecido en el decreto del entonces presidente, Bernardino Rivadavia, de junio de 1827, que reconoció tal título a los profesores de la Universidad "sin estar graduados".

También, conviene señalar que antes de la supresión de la Cátedra de Economía Política en la Universidad de Córdoba -que se dicta por siete años (1834-1841)- mientras que en Buenos Aires sólo por cuatro años, pero, en esa casa de altos estudios se reinicia el dictado de la materia en 1854, luego de 24 años de supresión; en Córdoba se restablecieron los estudios de economía política como disciplina autónoma en 1856, luego de 15 años <sup>10</sup>. Es decir, en Buenos Aires se vuelve a introducir en la carrera de abogacía la enseñanza de economía política. En esa época se desempeñaba como catedrático de la materia el Dr. Clemente Pínoli. El 8 de mayo de 1860, por propuesta del rectorado de la Universidad de Buenos Aires, se designó al Dr. Nicolás Avellaneda catedrático de la asignatura economía política. En el acto académico de asunción, Avellaneda, afirmaba: "No llevaré a esta cátedra una ciencia profunda que, tan joven como soy, no he podido adquirir, sino mi amor a ella y al estudio que tal vez consiga transmitir a mis alumnos" <sup>11</sup>. Es decir, que dos ilustres graduados de la Universidad de Córdoba, fueron catedráticos de la asignatura economía política de la Universidad de Buenos Aires. Además Nicolás Avellaneda fue rector de esa Casa de Estudios en 1881.

# Apéndice documental

# Programa de Economía Política de 1857 12

Parte Primera

# Nociones preliminares

Definición de la economía política y de la riqueza. Nociones elementales sobre la utilidad y el valor. Nociones elementales sobre los cambios y la moneda.

Del valor

Propiedades del valor. De la medida del valor. Del valor de las cosas en moneda y del precio corriente. Cómo se regula el precio por la oferta y el pedido. Cómo se regula por los gastos de producción. Del precio original.

# Análisis de la producción

De lo que debemos entender por la producción de las riquezas. De qué se componen los trabajos de la industria. De los instrumentos generales de la industria: la tierra, el trabajo y el capital. Oficios respectivos de los instrumentos para producir. Cómo se aprecian los gastos de producción y los progresos en la industria. Si hay un trabajo improductivo. Analogía de los productos inmateriales con los demás. Clasificación de las industrias

Del trabajo. Del principio de población. De la noción del trabajo. De la doctrina de Malthus. Del principio de población.

# De la división del trabajo

Lo que es la división del trabajo y su poder. Utilidad de la división del trabajo en las diferentes profesiones. De la división del trabajo entre las naciones. Origen de la división del trabajo y de los límites que encuentra. De los inconvenientes que se achacan a la división del trabajo.

#### De la libertad de trabajo

Estado de la cuestión. Ejemplos de los gremios, inconvenientes de este sistema. De las ventajas del sistema de libertad. De la competencia considerada como estímulo de la industria reguladora de precio de los productos y principios generados del orden económico. Objeciones hechas a este principio y medios propuestos para impartir su acción.

# De la seguridad

La seguridad es una condición de la vida económica de las sociedades. No depende de la naturaleza de los gobiernos.

# Asociación y organización

Espíritu de asociación: su naturaleza, objetos y límites. Asociación, competencia y monopolio. Organización natural y organización artificial. Organización del trabajo.

# Del capital

Naturaleza del capital. Diferentes espacios de capitales. Cómo se forman los capitales. Posibilidad de evaluar el capital nacional.

# Efecto de las máquinas y de las invenciones sobre la producción

Oficio ventajas de las máquinas. Las máquinas no tienen más que un inconveniente. La introducción de las máquinas es siempre inevitable. De las circunstancias que contrapesan el inconveniente de las máquinas. Máquinas de la industria traginera. Caminos de tierra.

# Del capital en monedas (continuación)

Oficio y cualidad de la moneda. Cualidades de los metales preciosos. Consideraciones sobre el valor de la moneda. La moneda no es ni un signo de los valores ni la medida exacta de éstos. El valor de las monedas no puede ser fijado arbitrariamente. Comparación de los metales, monedas de cobre. Relación legal entre las monedas de oro y plata, desmonetización del oro. Consideraciones sobre la forma y los nombres de las monedas. Del numerario.

# Del capital en monedas (continuación)

De los signos representativos de las monedas. Del cambio, del crédito, de los bancos, del papel moneda.

# Crédito. Bancos e instalaciones de crédito

Definición y naturaleza del crédito. Crédito privado, comercial, manufacturero y agrícola. Operaciones e instituciones de crédito. De los bancos propiamente dicho. Giro, sobre las partidas. Títulos de mercaderías (warrants). Bancos comanditarios. Crédito territorial y establecimientos fundados sobre él.

#### Sistema llamado mercantil o de la balanza de comercio

Falsedad de la base de este sistema, deducidos de la naturaleza del cambio exterior. La oposición con las verdaderas nociones de la moneda. El sistema mercantil desconoce el verdadero mecanismo de las operaciones comerciales. Prueba de *ad absurdum* la falsedad de este sistema. Casos en que la balanza es desfavorable. Origen del sistema mercantil y su teoría.

#### De la tierra

Nociones de la tierra, del mejor empleo de la tierra. Grandes, medianas y pequeñas propiedades. Grandes y pequeños cultivos. Teoría de la renta. Teoría de Ricardo.

# Circulación de la riqueza

Teorías de las salidas. Teorema T.B. Pay. Consecuencias. De las objeciones opuestas a esta doctrina. De los límites de la producción. Aplicación de la libertad del comercio a los países sometidos al régimen prohibitivo.

#### De la libertad del comercio

El comercio debe ser libre. De las ventajas de la libertad de comercio. Clasificación de los réditos del trabajo. Retribución del empresario. Retribución de los obreros. Retribución del salario. Retribución de los trabajadores organizados en monopolios. De la cuota del salario o precio corriente del trabajo. Causa general de la variación de los salarios según las profesiones, tiempos y lugares. El salario y las asociaciones y si el salario puede ser reemplazado por ésta.

# Del rédito del capital

De los provechos en general. Del provecho llamado interés del dinero. De las circunstancias naturales que hacen variar la cuota de dinero. Tasa legal del rédito. Historia de las doctrinas sobre la usura.

# Beneficio del empresario

Parte del empresario, la producción, o su salario, provecho o beneficio. De la participación de los capitalistas y los jornaleros en los provechos de la empresa.

# Réditos, provechos y jornales

Casos en que se confunde salario, con el provecho o el rédito y recíprocamente éste con aquellos. Influencia de la alza o baja de los jornales, sobre la situación de los jornaleros y sobre la industria y el comercio. Influencia de la alza o baja del rédito del dinero. Acción recíproca del rédito del capital y del rendimiento o jornal del trabajo. Causas artificiales que influyen sobre rédito del dinero, el provecho de los capitales y el jornal del trabajo.

#### Del rédito de la tierra

Del rendimiento de las tierras. Del arriendo. De la cuota del capital empleado en la compra de las tierras. Del rendimiento general, producto en bruto y producto líquido.

# Del rendimiento general, producto en bruto y producto líquido

Qué cosa sea el producto en bruto y el producto líquido. El producto líquido no es idéntico, ni a la renta, ni a las subsistencias que no sirven a los trabajadores agrícolas ni al arriendo. Una producción inteligente debe aspirar a obtener un producto líquido. Error de los filántropos en este punto.

#### Análisis del consumo

Nociones generales del consumo. De los consumos privados. De la prodigalidad y de la disposición de los capitales. De lujo de los consumos públicos.

#### De la contribución

Definición de la ciencia económica. De los efectos y de la naturaleza de la contribución. Contribución proporcional y contribución progresiva. De la base de la contribución directa e indirecta. Administración y contratos, contribución única.

# De los empréstitos y del crédito público

De la naturaleza del sistema actual de los empréstitos públicos. Del crédito público. Cotejo entre la contribución y el empréstito. Sobre la necesidad de los empréstitos públicos. Sobre algunas opiniones sobre el empréstito. Resumen.

#### **NOTAS**

- \* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 21/11/06.
- <sup>1</sup> El tema ha sido tratado por Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en *Breve historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*, Córdoba, Advocatus, 1993.
- <sup>2</sup> El tema ha sido abordado por Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en "La enseñanza del derecho público en la Universidad de Córdoba 1834-1999", *Cuadernos de Historia* Nº 12, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2002, págs. 33-105.
- <sup>3</sup> El desdoblamiento de la Cátedra de Economía Política se produjo por resolución de la entonces decana normalizadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Dra. Berta Kaller de Orchansky del 1º de junio de 1984, la que en su considerando, establecía: "Visto el incremento que cursa la asignatura economía política y la necesidad de adecuar el desarrollo académico y proporcionar mayor número de docentes en condiciones de satisfacer tales requerimientos". A su vez, la parte resolutiva de ésta, disponía:
  - "Art. 1º: Desdoblar la asignatura economía política en dos cátedras, las que se nominarán: "A" y "B".
  - Art. 2º: El Sr. Profesor Dr. Eulogio Iturrioz estará a cargo de la cátedra "A".
- Art. 3º: Encargar interinamente la cátedra "B" al Sr. Profesor adjunto por concurso doctor Alfredo Hugo Gattás".
- <sup>4</sup> Un estudio de la enseñanza de la "Historia del derecho" en la Universidad de Córdoba, se encuentra en: Ramón Pedro Yanzi Ferreira, "La enseñanza de la historia del derecho en Córdoba (1894-1895)", *Cuadernos de Historia* N° 3, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Ediciones del Copista, 1993, págs. 125-140.
- <sup>5</sup> Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba (en adelante, A.H.U.C.) Libro de Actas de Sesiones 1828-1836. Sesión del claustro del 3/3/1834.
- <sup>6</sup> Con el plan de estudios de la carrera de abogacía que entró en vigencia en 1857, se reorganizaron los estudios de derecho del siguiente modo: en el primer año se estudiaba el derecho romano, el derecho canónico y el derecho natural, mientras que el segundo año comprendía los estudios del derecho romano, derecho canónico y derecho internacional. El derecho patrio, el derecho canónico y economía política abarcaban el tercer año y los estudios de procedimiento y de derecho constitucional argentino integraban el cuarto año.
- <sup>7</sup> A.H.U.C. Libro 17 (1872-1873), Folio 23. Consta que el bedel mayor, en representación de los estudiantes de tercer año de derecho solicita sea adoptado el texto Courcell Seneuil como texto para el estudio de la economía política, 15/3/1872.
- <sup>8</sup> Aportes para el estudio de la enseñanza de las finanzas y derecho tributario, en Ramón Pedro Yanzi Ferreira, "Los estudios de las Finanzas y Derecho Tributario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1889-1998", *Cuadernos de Historia* Nº 9, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2000, págs. 63-105.
- <sup>9</sup> El tema ha sido tratado por Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en "Dos graduados ilustres de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad Nacional de Córdoba. Los doctores Dalmacio Vélez Sársfield y Juan Bautista Alberdi y la enseñanza del derecho en la Universidad Mayor de San Carlos", *Anuario IX*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, 2006.
- <sup>10</sup> El tema de la enseñanza de la economía en la Argentina ha sido estudiado por Rinaldo Antonio Соьомé, en *Bosquejo histórico desde una perspectiva centrada en la Universidad de Córdoba*, Revista Actualidad Económica, año XV, N° 57, julio-diciembre 2005, Instituto de Economía y Finanzas, Córdoba, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, 2005, págs. 15-18.
- <sup>11</sup> De Nicolás Avellaneda al secretario de la Universidad de Buenos Aires, 11/5/1860, en E.D. IX, pág. 361, citado por Carlos Páez de la Torre (H). en *Nicolás Avellaneda*, Buenos Aires, Grafinor, 2001, pág. 53.
- <sup>12</sup> A.H.U.C., Libro 11 (1857-1858), folio 297. Primer programa presentado por el primer catedrático Dr. Luis Cáceres cuando la materia economía política adquiere mayor autonomía al entrar en vigencia las modificaciones introducidas al plan de estudios de la carrera de abogacía en 1857.

# INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS DE NÚMERO

# INCORPORACIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO PROF. DR. DOMINGO JUAN SESIN

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número Dr. Armando S. Andruet, en acto público llevado a cabo el 26 de septiembre de 2006.

Palabras del académico de número Dr. Armando S. Andruet

Señor presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi, señores presidentes honorarios de la Academia, Dres. Pedro Frías y Luis Moisset de Espanés, señores académicos presentes, señores miembros del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y de otras cortes provinciales, autoridades civiles y universitarias, señores profesores, familiares del Dr. Domingo Sesin, señoras y señores:

I. Con una gran honra personal, la Academia Nacional de Derecho que integro, me ha encargado que sea quien pronuncie las palabras de bienvenida al Prof. Dr. Domingo Juan Sesin, en esta ocasión de su recepción a nuestra corporación académica.

El mencionado acometido no es nunca tarea sencilla, puesto que se trata por definición de personas las incorporadas, que ya han transitado el mundo académico con una inocultable traza y por lo cual, para auditorios calificados como el presente, los créditos, reconocimientos, honores, producciones, investigaciones y demás enseres que el mundo y oficio universitario van dejando, son por regla, conocidos. A ello se suma, que nuestro presentado ha sabido mixturar en pesajes precisos, una brillante realización académica y profesoral con una incuestionable función de conducción pública colegiada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

De cualquier manera, el rito académico impone que el presentante, si bien no tiene que reeditar las condiciones académicas que en su integridad han sido valoradas ya en el seno de la Academia al tiempo de la votación de admisión del nuevo miembro de número; al menos debe hacer conocer *urbi et orbis*, la hoja de vida académica del incorporado.

Domingo Sesin se graduó en abogacía en la bicentenaria Facultad de Derecho en 1975, de notario al año siguiente y se doctoró también por la Universidad Nacional de Córdoba en 1992, con su tesis "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica", que fuera calificada de modo sobresaliente. Su actividad profesoral se ha visto coronada con el cargo de profesor titular en la Cátedra de Derecho Procesal Administrativo, y antes de ello, profesor adjunto en las Cátedras de Derecho Administrativo I y II, todas ellas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. También en la Facultad de Ciencias Económicas ha ocupado las Cátedras de Derecho Administrativo y Constitucional, primero como adjunto y luego como encargado. En la Universidad Católica de Córdoba, ha sido profesor titular de la Cátedra de Derecho Administrativo. Es profesor invitado por diversas universidades de la República y del extranjero, en particular ha desarrollado lazos académicos continuos con la Universidad de Bolonia.

El Dr. Sesin es también un publicista de nota, que acusa en su haber dos libros propios, veinte capítulos de libros colectivos y un medio centenar de trabajos de su especialidad y publicados en revistas locales y nacionales. Su currículum denuncia 135 conferencias, exposiciones y presentaciones en su disciplina; además de una incuestionable actuación en congresos, seminarios, foros profesionales, universitarios, académicos y judiciales. De este último campo, sobresale su reciente designación como presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina. A ello se agregan, becas, distinciones, premiaciones y honores académicos.

El Dr. Sesin ejerció la abogacía en la Fiscalía de Estado de la Provincia desde 1978 hasta 1987. En 1988 es designado vocal de la Cámara Contencioso Administrativa de la Provincia y desde 1995, es vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba y presidente de dicho cuerpo, durante los años 1999 y 2000.

Y si bien la totalidad del historial académico que he sucintamente señalado, resulta por demás suficiente para compartir nuestra Académia; no se puede dejar de señalar que también se atienden ponderadamente otras cualidades que no son ya, títulos y honores, sino la misma coherencia de vida y afabilidad de trato que sensiblemente son merituadas en los candidatos a la hora de pronunciarse sobre nuevas incorporaciones. Huelga destacar, que a las sobradas condiciones científicas disciplinarias de la ciencia jurídica, el Dr. Sesin suma también estas otras igualmente tangibles de una personalidad noble, generosa y sin dobleces que hacen del incorporado, un honorable jurista.

II. Obvio es, y ninguno de los presentes puede desconocer, que quien habla, carece de todo mérito para poder referir palabra a la misma producción científica del Dr. Sesin. Sin embargo ello no convierte en inefable el tópico, sino que me autoriza entonces poder considerar sus estudios jurídicos desde la praxis política institucional del juzgamiento.

Desde esta óptica no se puede disimular marcar, que el gigantesco y a veces visualizado con pesadez de movimiento derecho administrativo, en las obras y reflexiones de Sesin, se tornan casi sin definición en posibilidades protoplásticas de realizaciones inacabadas. Ha impuesto a la disciplina que cultiva, de una incuestionable dinamicidad y ligereza, sin hacerle perder por ello, un ápice de la seguridad y previsibilidad que debe poseer; lo cual le ha valido al Dr. Sesin, convertirse en un hombre de frecuente consulta tanto por quienes utilizan del derecho administrativo para la gestión judicial, como por aquellos otros, que integran las usinas de generación de la actual dogmática del derecho administrativo argentino.

En realidad, el Prof. Sesin, tiene su mirada puesta en el aseguramiento de las relaciones de legitimidad, efectividad y justicia no ya, en el cuadro decimonónico del Estado administrador enfrentado a los habitantes administrados; sino que pondera, que los tiempos presentes imponen que las relaciones descriptas, se establezcan entre ciudadanos que consolidan derechos en estados republicanos y, por ello, es que imponen y establecen relaciones de decencia y no de humillación con la administración. El Estado: fuerte y poderoso por ser tal, es quien se encuentra en mejores condiciones para discernir que las relaciones con los ciudadanos, sin dejar de ser asimétricas no se deben convertir en degradantes.

III. Finalmente, por mi parte, porque en rigor el honor del evento es suyo Dr. Sesin, quiero hacer dos referencias personales que no por ello, pierden sentido en un ámbito profesoral como éste. La primera de ellas se ubica en el pasado presente de la labor profesional que compartimos a diario, en el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba junto a otros también, destacadísimos juristas; lo cual me impone hacer un acto de fe ante mis colegas académicos, de que sepan, con total tranquilidad de espíritu, que el jurista incuestionado que dice su proficuo currículum que es Usted, pues que lo porta, un verdadero hombre de bien en la totalidad ontológica que tal concepto encierra.

La segunda de las consideraciones está fincada en la misma alegría que la corporación refleja en este acto de incorporación, porque casi veinte años atrás, esta Academia Nacional de Derecho con algunos de los señores académicos aquí presentes, creyeron en Ud. y también en mí, premiándonos como "Jóvenes Juristas" y alentándonos con ello, a nuestra carrera universitaria y académica que estaba como quien diría, amaneciendo. Hoy que bien podríamos decir con Dante, que nos encontramos "en el medio del camino de la vida", los papeles del oficio universitario nos vuelven a reunir. Ello es una alegría, porque cuando de lo profesoral se ha conseguido transitar a lo amical, es bastante.

A la vista de lo dicho y no teniendo otro objeto nuestra presencia, que emular a Beatriz cuando hace de guía al poeta para mostrar el sendero, también nosotros lo haremos en este escarpado camino que ahora, junto al resto de pares académicos habrá de tener que transitar. Así

las cosas, le cedo al Dr. Domingo Sesin el respectivo espacio de la tribuna académica para hacernos oír su discurso de incorporación.

De cualquier manera y antes de ello, frente a este auditorio por testigo, le hago saber apreciado Dr. Domingo Sesin, mi sincera y viva felicidad por el acontecimiento que nos convoca. Liminarmente porque desde ya lo merece y entrañablemente, porque cuando a un amigo le ocurren buenas cosas, hay dos motivos para estar contento y yo así contabilizo esta ocasión.

Reciba mi cordial afecto. Muchas gracias.

\*

Palabras del Dr. Domingo Juan Sesin

Anidan en mi espíritu, en primer lugar, expresiones de gratitud, sorpresa y compromiso.

Profunda gratitud a los miembros de esta prestigiosa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por su extrema generosidad al haberme incorporado como académico de número.

Conmovida gratitud al brillante jurista y académico profesor doctor Armando Andruet por sus elogiosas apreciaciones, fruto -con mayor intensidad que mis méritos- de la amistad y la afinidad que nos une.

Sincera gratitud a mi querida esposa y pequeña hija Agustina, por el cariño, el estímulo y el permanente apoyo. Gratitud a mi familia y especialmente a mi madre, quien con su sobresaliente inteligencia, supo inculcarme los principios éticos de mi padre, la constancia por el estudio, la prudencia, la modestia, la responsabilidad, el coraje para vencer los obstáculos, el amor al prójimo; y la vida misma, concebida como un acto de servicio en pro del interés general y la solidaridad con los más necesitados.

Mi eterna gratitud también a quienes fueron y son mis ilustres maestros, muchos aquí presentes, que me guiaron en el camino de los principios y del conocimiento.

Agradecimiento a mis colegas del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba por compartir responsabilidades y valiosas experiencias que coadyuvan cotidianamente a enriquecer mi formación técnica y ética.

Agradezco igualmente a mis colegas de la Cátedra de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal Administrativo y a los funcionarios y empleados judiciales que colaboran conmigo a diario en la honrosa misión de hacer justicia.

A este sentimiento de gratitud, agrego una actitud de compromiso, porque como dice el maestro español Marañón: el bien conquistado o la distinción lograda es un préstamo que se hace a quien ha logrado el triunfo, préstamo que hay que cancelar a fuerza de estudio y de trabajo. Por eso digo, que este gran honor que generosamente me ha conferido esta Academia, respetada y jerarquizada por su señera investigación a nivel nacional e internacional, comporta un estímulo formidable para redoblar el esfuerzo, buscando aportar aunque sea un grano de arena para afianzar aún más en nuestro país la independencia, idoneidad, eficacia y eficiencia de la justicia, el progreso del derecho para garantizar una armónica convivencia, la seguridad jurídica, el respeto por las reglas pacíficas de resolución de conflictos, el fortalecimiento de las instituciones en un Estado social de derecho y la real operatividad de las garantías y derechos de los ciudadanos.

La Academia también me ha conferido el honor de ocupar el sillón de uno de los juristas más brillantes de nuestra historia, el profesor y doctor Sebastián Soler, a quien me corresponde homenajear intelectualmente en este acto. Lo hago con verdadera satisfacción al referirme a su acción y obra.

Sebastián Soler nació el 30 de junio de 1899. Se formó en Córdoba cursando sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Monserrat y de derecho en nuestra querida Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, donde se recibió de

abogado y doctor. Fue un eminente profesor titular de Derecho Penal.

Sus publicaciones más importantes las comienza a elaborar en esta época: *La teoria del Estado peligroso* y los dos primeros tomos de su obra cumbre el *Tratado de Derecho Penal*, que se referían a la parte general. Los tres tomos siguientes vinculados con la parte especial se publicaron en 1945 y 1946 y se reeditaron en cinco tomos en 1951, 1953 y 1964.

Soler y Vélez Mariconde redactaron el ponderado Código Procesal Penal de Córdoba de 1939 que por primera vez introdujo el juicio oral en América Latina.

Su paso por la justicia fue primero en el carácter de vocal de la Cámara Penal de Apelaciones de Rosario y más tarde como procurador general de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia, cargo que desempeñó desde 1955 hasta 1958. Sus fallos y dictámenes aún hoy son materia de elogiosos conceptos por la literatura jurídica especializada.

Después de ocupar tan relevante cargo ejerció la profesión de abogado en la Capital Federal. Algunas defensas fueron compartidas con el prestigioso académico de Córdoba y destacado penalista argentino profesor doctor Jorge de la Rúa.

Fue además profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires y Doctor *Honoris Causa* en numerosas universidades extranjeras.

En 1942 se incorporó a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y fue también académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Una de sus máximas expresiones fue el Proyecto de Código Penal Argentino de 1960 -convertido en normativa vigente - y el de 1979/1980.

Soler fue un jurista integral con profundos conocimientos filosóficos. De allí surgieron sus otras señeras publicaciones, como lo son: *Ley, historia y libertad, Fe en el derecho, La interpretación de la ley, Las palabras de la ley*, entre otras.

El "menosprecio de la ley ha venido a transformarse en una de las más profundas manifestaciones de los males que afligen al hombre moderno", decía Soler en el libro La interpretación de la ley. También ha señalado que "La juridicidad no es puesta por el órgano decisorio, éste la capta y la recibe de la ley. Los jueces no son creadores sino servidores de las normas, cuya existencia independiente es incuestionable" <sup>1</sup>.

Sebastián Soler constituye un testimonio de fervorosa pasión por el derecho y la justicia. Fue un fiel representante de un derecho que cristaliza en esencia un sistema de garantías donde la libertad tiene un valor esencial en el marco de la protección de los derechos del individuo sometido a la potestad represiva del Estado.

Enfrentó valientemente las posturas extremas del positivismo sociológico que anidaban en esa época, criticando fundadamente la tesis del delincuente como hombre anormal, la calificación de los delincuentes y no de las penas, el determinismo negador de la libertad humana que se sustentaba en la peligrosidad en desmedro de la legalidad.

Soler evitó que la criminología desplazara al derecho penal. Determinó con claridad la confusión intrínseca del positivismo con relación a los principios penales esenciales.

Aunque hoy el positivismo criminológico se encuentra superado, fue contundente el giro que emprendió la cuestión a partir de las fundadas críticas de Soler que tuvieron reflejo tanto en nuestro país como en el extranjero.

Fue defensor de la legalidad y de sus principios inmanentes en el marco de valores objetivos dentro de un sistema republicano.

Decía Soler que: "La importancia de los grandes jurisconsultos consiste precisamente en su capacidad de mostrar objetivamente las instituciones. Lo que ellos realmente hacen es algo así como proyectar haces de luces sobre un paisaje nocturno, cuya estructura, antes oculta, nos van presentando". También afirma con gran autoridad que para crear derecho de una manera efectiva y válida, hay que saber <sup>2</sup>.

Con razón Jorge de la Rúa expresaba en el homenaje al centenario de su nacimiento que "No hay exageración alguna al decir que el derecho penal argentino, a partir de Soler, no fue

más lo que era, y pasó a ser un ámbito de conocimientos científicos de alto prestigio internacional, y el de mayor nivel de Latinoamérica".

Las vicisitudes del mundo contemporáneo, en lugar de oscurecer ponderan la estatura intelectual de Soler, de allí el permanente recuerdo y la consulta cotidiana de su obra, con mayor razón en nuestros días en los que se debaten nuevas reformas al Código Penal Argentino.

Me corresponde el honor, también, de recordar en este solemne acto los elevados méritos de quien fuera otro ilustrísimo cultor del derecho penal argentino. Me refiero a Ernesto Gavier quien también ocupó el sillón de Sebastián Soler y fue vicepresidente de esta Academia.

Este destacado jurista nació en Córdoba el 16 de agosto de 1912. Estudió derecho en la Universidad Nacional de Córdoba donde también obtuvo el título de doctor.

Su pasión por el progreso de la Universidad, su contracción al estudio, sus profundos conocimientos y su erudición en la Cátedra de Grado y Posgrado, lo llevaron a ocupar la casi totalidad de los cargos de mayor responsabilidad en el ámbito universitario. En efecto, en la benemérita Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba fue profesor titular y emérito de Derecho Penal, secretario, miembro del Consejo Directivo y brillante decano.

Más tarde, fue rector de la Universidad Nacional de Córdoba.

Su paso por la docencia y las numerosas conferencias pronunciadas, pusieron en evidencia la claridad de sus ideas, su vasta y siempre actualizada información, su dicción perfecta. Fue un verdadero maestro.

En los tiempos agitados de la década del '60 que le tocó conducir el Decanato y el Rectorado de la Universidad Nacional, sobresalen los rasgos de su propia personalidad: firmeza y coraje para defender los principios, promover el progreso y la excelencia académica. La imposición de sus ideas no fue por la fuerza sino por la persuasión y la solidez de su discurso. Fue innovador, creativo y logró con eficacia el perfeccionamiento del organismo universitario.

Esta figura excepcional fue también un brillante magistrado en el carácter de vocal del Tribunal Superior de Justicia y conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Durante más de cuarenta años ejerció la profesión de abogado con ejemplaridad, responsabilidad, seriedad, idoneidad y profundos principios éticos. Defendió la verdad y la justicia. Como expresó Osorio y Gallardo en el *Alma de la Toga*: "... en el abogado la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos, pues primero es ser bueno, luego ser firme, después ser prudente, la ilustración viene en cuarto lugar y la pericia en el último".

Gavier cumplió sobradamente todos los estándares y exigencias mencionadas *supra*, con vocación de servicio, con fina cordialidad y con elegancia y sugestión en su discurso.

La personalidad intelectual del homenajeado se difunde y se cubre también de prestigio por sus numerosas publicaciones. Entre otras cabe mencionar: "Aplicación de la ley penal y concurso aparente de leyes", "Concurrencia de tipo calificado y tipo privilegiado de un mismo delito", "James Goldschmidt y el derecho penal administrativo", "Abigeato", "El delito de falsa denuncia", "El presupuesto fundamental del encubrimiento", "Límites del derecho penal común, contravencional y disciplinario en el derecho penal argentino", "Ejercicio ilegal de la abogacía" y "La motivación de las sentencias".

Su estilo era fluido, sobrio y claro.

En definitiva, se puede decir de Ernesto Gavier que vivió sin prisa con la virtud, impulsó y contribuyó al bienestar general, al orden, a la justicia y al respeto de las reglas pacíficas de convivencia. Fue exigente consigo mismo y generoso con los demás. Es por todo ello que se ha ganado el respeto y el reconocimiento de generaciones futuras.

Procedo seguidamente a exponer el trabajo de mi autoría, que he titulado: "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica".

Palabras finales: En estos tiempos que corren "para salvarme yo" -decía Ortega y Gasset-

"necesito salvar mi circunstancia". De allí que para salvar nuestra circunstancia ha menester afrontar este período de crisis con más y mejor derecho, más y mejor justicia. Debemos agudizar nuestra inteligencia para desterrar definitivamente la violencia en todas sus variantes. Incansablemente repetía Gandhi: "la no violencia es la ley de nuestra especie, así como la violencia es la ley del animal".

Empero, como expresa el eximio jurista presidente honorario de esta Academia, Pedro J. Frías, "el hombre de paz no es un conformista, es un luchador, con otras herramientas; el camino de la paz no es pues el de la comodidad".

Nuestras herramientas no son otra cosa que las ideas, las reflexiones creativas, las sentencias, los proyectos que en su conjunto contribuyen a la perfección del orden jurídico existente.

La Argentina que deslumbrara a Ortega tiene que volver a ser, para ello tendremos que hacer, pero para hacer es necesario pensar. Porque en verdad no hay cambio con éxito sin innovación, no hay innovación sin estrategia y no hay estrategia sin razonamiento.

Bendita sea entonces esta noble Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que con abnegado esfuerzo alimenta el tronco maduro desde donde brotaran las flores y los frutos del razonamiento y las ideas creativas, en la búsqueda incesante de un orden más justo.

# INCORPORACIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DR. RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número Dr. Efraín Hugo Richard, en acto público llevado a cabo el 28 de noviembre de 2006.

Palabras del académico de número Dr. Efraín Hugo Richard

Sr. presidente, Sres. presidentes honorarios, Sres. académicos, Sr. rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Sres. rectores de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino y Blas Pascal, autoridades, colegas, señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba abre sus puertas para recibir a un nuevo miembro de número: el profesor Dr. Raúl Enrique Altamira Gigena, confiándoseme una labor imposible en el tiempo previsto: su presentación, particularmente académica.

Labor imposible por la extensión de su hoja de vida, atendiendo a que su vocación le impuso desde antes de recibido abocarse a la investigación; y también porque nuestro nuevo académico es una figura por demás conocida, pese a la humildad y bajo perfil que imprime a su actuación.

Como ayudante alumno tuvo destacada participación, incluso en congresos y fuera del país. El nuevo miembro recibe este reconocimiento público a su madurez académica en sus jóvenes 67 años y a los 43 de haberse recibido, cuando inició de inmediato su carrera docente, recorriendo por concurso todos los niveles docentes hasta alcanzar el de profesor plenario. Se doctoró en 1969 en nuestra Universidad, realizando después un post grado con tesis en la Universidad Attila Jozsef de Hungría, auspiciado por la O.I.T., favorecido por el manejo del idioma francés, aunque advierto varios artículos en italiano, dentro de los más de 100 trabajos de investigación publicados en revistas especializadas en Argentina y el extranjero, y capítulos de libros, participando en congresos y con conferencias en cuanto evento nacional o internacional le fue posible.

En Ciencias Económicas estrechamos vínculos, unidos en una identidad vocacional en especialidades diferentes pero de un mismo tronco: el Código de Comercio con su normativa básica sobre organización empresaria y laboral. Justamente por ello Raúl Altamira ha incursionado en materia concursal y de responsabilidad de socios y administradores societarios en congresos, cursos de post grado, conferencias -que hemos compartido- y artículos especializados.

Sus aptitudes fueron reconocidas inicialmente designándosele subsecretario de Bienestar Social del Ministerio de Bienestar Social de la Provincia y luego presidente de la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba en 1969, pero posteriormente se concentró en su desempeño académico, que marcan jalones de actividad profesional y grupal, demostrando su humanismo con emociones y pasiones generosas.

Como los viejos maestros, rescata que la Universidad -y particularmente en las de Ciencias Sociales- además de conocimientos debe enseñarse a razonar bajo los principios de la especialidad y del rol del derecho, en su unidad para asegurar la convivencia entre los hombres.

Otras universidades, de Córdoba en el grado, y de nuestra ciudad y todo el país en el post grado gozan de sus cualidades, y los colegas asistentes a maestrías y especializaciones se nutrieron con su sapiencia. Su desempeño es incansable. La lista de universidades que requieren sus servicios de post grado, cursos y conferencias es larga y me limito a mencionar: Católica de Córdoba, Siglo XXI, Blas Pascal, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Notarial Argentina, Católica de Santiago del Estero, Pontificia Universidad Católica Argentina en las

ciudades de Buenos Aires y Rosario, Nacional de Rosario y del Litoral, Cuyo, Museo Social Argentino, entre muchas otras, además de otras instituciones.

Ese continuo peregrinar, lo llevó más de diez veces a México, a Chile, Brasil, Uruguay, Colombia, Honduras, Puerto Rico, España, Francia e Italia, y por las universidades del país, en este caso dificultado por el dislate de nuestro progreso improductivo que ha alejado a Córdoba de otras ciudades del interior en cuanto a transporte aéreo. Estas y alguna otra faceta del distinguido nuevo académico, me lleva a recordar a los profesores itinerantes de la Edad Media, que recalaban de ciudad en ciudad, reclamados por las incipientes universidades, a caballo en largas jornadas, lo que hoy repite Raúl Altamira en el encuentro con nuestros senderos y sus amigos.

Porque él es un hombre de tierra adentro dotado del sentido común de los hombres sencillos, francos y de corazón abierto, que expresan la verdad, que representa a la Argentina interior, sufriente y solidaria. Es un hombre de a caballo, donde las largas travesías además de ahondar relaciones, le permiten, mirando en lontananza, pensar con sentimiento e idealismo.

Convengamos que no es un Quijote, aunque anda a caballo, porque mira claramente la realidad, y la sufre desde su disciplina, que ilumina con principios básicos de eticidad.

La civilización humana, mediante sus supuestos progresos científicos, ha creado muchas cosas materiales, pero no ha alterado nuestra mortalidad terrena como parte de la vida, y él es un católico practicante.

Sólo quien ha llegado a un estado de liberación espiritual se convierte en un devoto que ve a todos los humanos como sus hermanos. Él lo testifica en su obrar.

La familia, sin duda, le dio el apoyo y tranquilidad que su proyecto de vida necesitaba y su tesón forjó.

Nacido en un hogar tradicional, de clase media, como los que generaron la grandeza del país, tuvo como padre a un hombre de bien que enseñaba derecho e impartía justicia, recibiendo -al igual que su hermano Julio, otro distinguido miembro de esta Academia- el cuño vocacional en el que hoy de destacan, y cuyo deceso frustró su incorporación, resuelta por esta corporación.

De pequeño cultivó el amor a nuestra tierra, desde "Patria y Tradición" encontró -en las letras, músicas y bailes de nuestro repertorio- el amor por la Argentina profunda.

Se unió a Angélica Zarazaga, de extraordinaria personalidad a quien rindo también reconocimiento, que apoyó y cimentó la continuada inquietud por lo social de Raúl, nuestro "Negro". Hombre aparentemente calmo, que es así por el respeto con que atiende a las personas y sus ideas, pero que es enérgico en sus ideales.

Son los ideales, contenidos pero no impedidos por la realidad, los que motorizan los cambios. Con acción concreta, en el camino de lo ideal, pues no basta con enarbolarlo, aunque afirmarlo es fundamental. Hay que poner mucha atención en no confiar en que, por el solo hecho de exponer un ideal quedará asegurado, y que se va a realizar de por sí. Altamira los enarbola y los ejecuta con justa visión de la realidad.

Sus cuatro hijos Raúl Enrique, Marcelo, María Cecilia y Pedro -aquí presentes junto con nuera, yerno y nietos-, recibieron no sólo el cariño sino todos ellos la vocación al trabajo, al mayor para inclinarlo por la agronomía, a los dos menores por el derecho.

Con lo expresado habría cumplido con la encomienda dispuesta por la Academia, pero permítaseme algunas otras referencias sobre el nuevo miembro, tratando de expresar una semblanza.

La especialidad que ostenta se corresponde a la política de esta corporación en la designación de sus miembros para ampliar su actividad ecuménica: el derecho del trabajo y la seguridad social, que Altamira cultiva no sólo con maestría, sino que especiales enfoques, vinculados a una visión que nos acerca desde las distintas disciplinas y que sin duda lo llevará a colaborar en el Instituto de la Empresa de esta Academia, como impulsó desde siempre el rol de los Institutos en la Facultad de Derecho.

Esa Facultad ha usado constantemente de su donación y conocimientos. Apenas recibido integró su Consejo Directivo en representación de los egresados. No puedo olvidar, entreabriendo el cofre de recuerdos, que allí aquilaté las cualidades del nuevo académico.

Encabezamos en el '94 la lista de miembros para integrar el estamento docente en esa Facultad, unidos en publicitados objetivos obteniendo 7 de los 8 escaños. El único logrado por la otra lista correspondió al Dr. Yanzi Ferreira, hoy académico y decano de la Facultad, que de inmediato se unió a nuestros objetivos académicos, y el binomio Altamira-Yanzi fue la primera propuesta para ocupar el decanato y el vicedecanato, al que algún año después accedió el actual decano.

Se desempeñó como director del Departamento de Derecho Social y ahora como director de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho de los Negocios, que va por su tercera promoción, atendiendo con singular capacidad, demostrando su solidez como doctrinario y maestro del derecho.

La Universidad Nacional de Córdoba, que le otorgara el Premio Universidad en 1991, lo absorbe hoy como subsecretario de Relaciones Internacionales.

Sus capacidades han sido reconocidas también en el ámbito nacional, no sólo en el universitario, integrándolo a la Comisión de elaboración del Digesto Jurídico Argentino, misión casi imposible, y consultor para diversos proyectos de leyes requeridos por las Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación, como también de la Legislatura de Córdoba. Ha desempeñado funciones en el Consejo de la Magistratura Nacional, de la Provincia de Chubut, conjuez de Cámara y Juzgados Federales.

Ha representado a nuestra Universidad y nuestro país en múltiples eventos internacionales, recibiendo la calificación de "Maestro Emérito" por la Universidad Tecnológica de México.

Docente investigador de la CONEAU, integra comisiones en revistas, fue pionero en la gestación de instituciones de la especialidad, miembro fundador y director del Centro de Estudios de la Seguridad Social en la Universidad Nacional, fundador y primer presidente de la Filial Córdoba de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, miembro titular desde hace más de treinta años del Instituto Latinoamericano de la Seguridad Social y del Instituto Iberoamericano de igual nombre, vocal titular del Primer Tribunal de Disciplina para Abogados de la Provincia de Córdoba, e integra el Instituto de Estudios Legislativos de la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba.

Evaluador de proyectos de investigación, integrante de Tribunales de Admisión y de Tesis en la Carrera de Doctorado, desenvuelve su donación intelectual como director de numerosos doctorandos.

Seguir sería inadecuado, pues mi rol es sólo saludar al académico y dar lugar a su disertación. Así la Academia recibe a un hombre integral, al profesor Dr. Raúl Enrique Altamira Gigena, designado por sus altos méritos académicos y su hombría de bien, permitiéndome darle la bienvenida con un fraternal abrazo, y pidiéndoles a ustedes que lo reciban con un cálido aplauso.

\*

Palabras del Prof. Dr. Raúl Enrique Altamira Gigena

#### I. Agradecimientos

Señor Dios nuestro, que amas la verdad, te damos gracias por los beneficios recibidos, en forma especial:

- *1°. A los señores juristas* -miembros de esta Academia- cuya generosidad y benevolencia mucho mayor que mis méritos- han decidido mi incorporación como miembro de número.
- 2°. A mis padres: Que me trajeron al mundo, y me transmitieron e inculcaron como valores fundamentales el amor, la solidaridad, la lealtad, la gratitud, la divinización del sufrimiento, la honradez, honestidad, y culto a la amistad.

Constituya también este acto, como homenaje póstumo a mi padre, el Dr. Pedro Guillermo Altamira, quien tenía un lugar asignado en esta Academia, y por los avatares políticos que vivió nuestro país, entre "puros" e "impuros", "probos" y "réprobos", similar a lo que acontece en

esta época, su ingreso estuvo postergado, feneciendo ante su prematuro fallecimiento. Hoy tiene a sus dos hijos como académicos de número.

- *3°.* A mi familia: Respetó, aceptó e impulsó mis proyectos académicos, haciéndome el "silencio" necesario para el estudio y la publicación, acompañándome en todo lo necesario, para concretar mis anhelos y proyectos.
- 4°. A la Universidad Nacional de Córdoba: Mi "otro hogar", al que me incorporé en marzo de 1962 al ganar el concurso de ayudante alumno en la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Muchas gracias a las facultades de Derecho y Ciencias Económicas, donde soy profesor titular plenario, y al H. Consejo Superior, donde estuve cinco años como consiliario docente, conociendo y apreciando lo valioso y abnegado de sus docentes en gabinetes, laboratorios y centro de investigación, que en tarea silenciosa y austera, pero con gran responsabilidad, contribuyen a cumplir la misión de la U.N.C.

5°. A las universidades Blas Pascal y Siglo XXI

Los Sres. rectores de ambas universidades me hacen el honor de acompañarme, agradeciéndoles vuestra presencia, y el haberme invitado como profesor titular en los cursos de post grado de cada Universidad.

- 6°. A los miembros del Estudio Jurídico: Los que estuvieron, y los actuales, en todo momento, comprendieron mi vocación universitaria, aceptando constituir al Estudio en una dependencia universitaria.
- 7°. A mis amigos: Agradezco sinceramente vuestra presencia, me acompañaron en los momentos felices y en los no tanto, apoyándome, comprendiéndome y conteniéndome, fueron verdaderos hermanos que eligió mi corazón.

Con todo acierto, Joan Manuel Serrat -al recibir el *doctorado honoris causa* de la U.N.C.-expresó: "Si para algo vale la pena estar vivo, es para querer y ser querido". "Más que tender puentes con la Argentina, he hecho nidos en esos puentes".

- 8°. A los trabajadores, dirigentes sindicales, barriales, jubilados y pensionados: Permitidme dedicar este acto a dos grandes prelados, que calaron hondo en mi vida:
- Monseñores Miguel de Andrea y Enrique Angelelli, verdaderos "Cristos en la tierra", me enseñaron a conocer a los pobres, comprenderlos y apoyarlos, inculcándome la vocación para lograr una auténtica justicia social.

Por ello compartimos el pensamiento de *Muhammad Yunus* -premio Nobel de la Paz 2006-: "La pobreza no es creada por los pobres sino por las instituciones", "la exclusión no es una opción, ni la caridad es su solución".

#### II. Homenaje al Sr. Profesor Dr. Sofanor Novillo Corvalán

- Nace en Atamisqui, Provincia de Santiago del Estero el 26 de julio de 1881.
- En 1904 se recibe de abogado en la U.N.C., siendo sus compañeros renombrados ciudadanos cordobeses: Narciso Agüero, Roberto Barbarich, Francisco Beltrán Posse, Antenor Carreras, Alejandro Correa, Pedro José Frías, Isidro Gigena, Lisardo Novillo Saravia y Andrés Rampoldi.
- Al poco tiempo presenta sus tesis doctoral sobre "El voto uninominal", aprobándose con "sobresaliente".
- El 2 de noviembre de 1914, obtiene por concurso la cátedra de profesor titular de Derecho Civil IV, Parte Reales.
- El 31 de marzo de 1925, el Senado de la Provincia lo designa vocal del Superior Tribunal de Justicia del que luego es designado presidente.
- El 25 de octubre de 1932, es nombrado decano de la Facultad de Derecho, y el 15 de noviembre del mismo año, la Asamblea Universitaria lo designa rector de la U.N.C., siendo

- reelecto por un nuevo período el 7 de noviembre de 1936.
- El 10 de marzo de 1938, como rector de la U.N.C., autoriza la creación de la Escuela de Comercio "Manuel Belgrano", dependiente de la U.N.C..
- El 4 de marzo de 1941, se retira de la docencia universitaria para acogerse a la jubilación.
- El 18 de agosto de 1941 se crea esta Academia Nacional de Derecho, donde el Dr. Novillo Corvalán ingresa como miembro fundador, ocupando el sillón del Deán Funes.
- En 1942 ejerce la presidencia del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba.
- En 1944 lo designan presidente de esta Academia Nacional.
- El 23 de agosto de 1961, al cumplir 80 de edad, se le confiere el título de *doctor honoris causa* de la U.N.C.
- El 26 de julio de 1963, fallece en la ciudad de Buenos Aires.
- El 12 de agosto de 1964, esta Academia designa a uno de los "sillones" de los académicos de "número" con el nombre del Dr. Sofanor Novillo Corvalán que tengo el honor y satisfacción de ocupar a partir de esta tarde.
- Para el ilustre maestro, "la Universidad enseña todo, pero no defiende nada. Es cátedra de libre examen, no comité de proselitismo. No es un reflejo de la sociedad, sino una irradiación creciente de cultura; por eso, no debe recoger de aquella sus agitaciones, la lucha de clases, sus miserias y gritos de rebeldía. Grave es el mal, si el espíritu de renovación se obstina en anular las fuerzas de ayer, porque en toda alta cultura se combinan ambas instancias del espíritu. La labor propia de las universidades es armonizar continuamente lo heredado con lo adquirido y proteger los fueros de la libre discusión, mientras mantiene en límites razonables la tradición y la autoridad. Una universidad no es un reflejo sino un ideal de vida... bregó por un ser sensible y tolerante, por un ser que no imponga sus ideales políticos por la fuerza, sino por la persuasión; que reaccione contra el desorden, pero que no lo suscite ni con la violencia de sus ideas, ni con la de sus obras; que no cultive ningún orgullo, ni el de sus luces, sino una prudente desconfianza; que no tome el derecho como privilegio de unos pocos y la obediencia como necesidad de los demás; que la libertad que limita a sus semejantes sufra personal limitación; que sea severo consigo y magnánimo con los otros. Sólo así se hace la armonía individual, solo así se funda la armonía social".

# III. Recuerdo a mi antecesora en el sillón, Prof. Dra. Berta Kaller Orchansky

Repitiendo palabras del Prof. Dr. José Buteler Cáceres, en ocasión de presentar a la Dra. Berta Kaller como miembro de número de esta Academia, "hay cátedras afortunadas en nuestra Facultad de Derecho, entre otras, la de Derecho Internacional Privado. El Dr. Luis J. Posse, ex rector de UNC, fue la primera figura que infundió prestigio a dicha cátedra. Le sucede su profesor adjunto por concurso, Dr. Víctor Romero del Prado, y al fallecer en 1959, se encarga la cátedra a la Dra. Berta Kaller, que era adjunta interina, luego revalida sus títulos en el concurso y el 1962 es designada profesora titular por concurso.

- En 1949, Berta obtiene el título de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales.
- La labor docente de Berta ha quedado documentada en su dimensión integral y sistemática en su *Manual de derecho internacional privado*, que al decir de Buteler, "es un libro de impecable factura, su contenido es un testimonio provechoso del saber maduro, muy bien logrado, con un estilo fluido, sobrio y diáfano".
- En el libro *Estudio*, publicado en su homenaje por el T.S.J. de Cba. el 30 de noviembre de 2004, la Sra. vocal Blanc de Arabel expresa: "Berta Kaller era paciente para ver y aceptar a los demás incorporando a su vida esa tregua entre razón y fe. Sobre el hombre y su destino, la libertad, la virtud y el sentido de la vida. Sus convicciones quedan plasmadas en sus palabras. Sólo resta decir que actuó y vivió en consecuencia. Su espíritu valiente, pluralista, optimista y reflexivo, es su clara y valiosa herencia".

La Dra. María Gel Carmen Piña, concluye los trabajos en dicha publicación, definiendo el perfil de jurista de la doctora Berta afirmando: "Su discurso judicial fue certero, lúcido y austero, marcó un hito en el derecho del trabajo demostrando que este producto no es sólo el resultado de los especialistas, sino de aquellos para los cuales la vida es un compromiso serio de todos los días. Hoy el fuero le dice gracias por su trabajo".

# **Notas**

La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 83.

# RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN MENDOZA, DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE \*

La presentación estuvo a cargo del presidente honorario Pedro J. Frías, en acto público llevado a cabo el 4 de abril de 2006.

Palabras del presidente honorario Pedro J. Frías

Confieso que es muy honrosa la oportunidad de saludar en nombre de la Academia a Alejandro Pérez Hualde.

Lo conocí cuando era muy joven gracias a la amistad que me unía con su padre, el admirado jurista Dardo Pérez Guilhou, maestro de todos.

Como no menos de treinta ocasiones me han llevado a Mendoza -por concursos, conferencias y actividades auspiciadas por las universidades y por el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos- he podido seguir de cerca el desarrollo de un grupo de jóvenes intelectuales nucleados en ese Instituto. De convicciones morales, estos jóvenes -ya no tanto- se han destacado en la ciencia política y en el derecho público. Fue la obra de excelencia cumplida por ese Instituto, creado por Pérez Guilhou, que en la variedad de disciplinas que se cultivaron, mantuvieron siempre fidelidad a los principios rectores de nuestra nacionalidad, hoy tan disipados.

De ese Instituto fue presidente Alejandro de 2002 a 2004.

No acostumbro sintetizar el *curriculum vitae*. Sólo diré que sorprende el de nuestro académico, por la multiplicidad de sus actividades docentes, profesionales y de cultura en general. Su especialidad en Derecho Administrativo le brindó oportunidades no sólo en el asesoramiento de grandes proyectos, sino con su presencia en los medios de comunicación con opiniones que estimulaban las energías morales para no acentuar la anomia grave que caracteriza a los argentinos. El respeto a la ley, en suma.

A sus cuatro libros hay que añadir sus muchas publicaciones más breves o en coautoría, también en revistas extranjeras, en concursos y en Congresos, notas a fallos y obras publicadas bajo su dirección. Ha pronunciado 57 conferencias, ha dirigido 17 cursos.

Pero esta vida intelectual y docente tan intensa fue reconocida siempre por la sociedad de Mendoza y este consenso se debió seguramente a su designación como ministro de la Corte Suprema en agosto de 2004, por un gobierno provincial al que no estaba ligado.

Por lo que Uds. saben y han oído, con Alejandro Pérez Hualde se enriquece nuestra representación en Mendoza ya tan importante -la más numerosa del país- y todos nos alegramos de acompañar su esfuerzo sobresaliente

Cuando hablé aquí hace pocos días de la redención de las provincias, pensaba en él, porque encabeza una generación joven que mucho ha hecho por fortalecer las instituciones, hoy en crisis. Debemos dar a la democracia electoral un sistema de partidos, hoy inexistente, salvo uno hegemónico. Debemos recrear una democracia institucional, para que la seguridad jurídica promueva inversiones indispensables. Y por fin, asegurar la democracia de los ciudadanos, al decir de Botana, porque los argentinos nos estamos comprometiendo demasiado poco con la suerte del país y sus instituciones. En Alejandro Pérez Hualde yo veo el modelo de ese compromiso.

• La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 91.

# RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN LA PLATA DR. CARLOS ENRIQUE PETTORUTI

La presentación estuvo a cargo del señor presidente Dr. Olsen a. Ghirardi, en acto público llevado a cabo el 23 de mayo de 2006.

Palabras del académico de número señor presidente Dr. Olsen a. Ghirardi

Me corresponde hoy saludar a Carlos Enrique Pettoruti, que se incorpora como miembro correspondiente en la Ciudad de La Plata.

La Capital de la Provincia de Buenos Aires tiene ganado un sólido y merecido prestigio en el orden de los estudios filosóficos relacionados con las disciplinas jurídicas. A pesar de su relativamente breve historia, ha visto pasar a espectables pensadores.

El más extraordinario fue, sin duda alguna, Carlos Cossio que se desempeñó en la cátedra de la Universidad Nacional de La Plata desde 1934 hasta 1946, fecha en la cual trasladó sus enseñanzas a la Capital Federal. No obstante, volvió permanentemente a la ciudad que le vio crecer en el orden de sus especulaciones filosófico-jurídicas. Creador de la teoría egológica del derecho buriló aquella célebre noción que sostenía que el objeto del derecho es el estudio de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.

Pronto ganó prestigio internacional. Un profesor de Toulouse (Francia) en su obra *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État (*París, 1968) le dedica casi diez páginas y lo califica como fiel intérprete de Husserl y admira su profundo conocimiento de las escuelas fenomenológicas del derecho.

A su vez, Henri Batifol, profesor honorario de la Universidad París II, miembro del Instituto, en su obra *Problèmes de base de la Philosophie du Droit (*París, 1979), hace referencia a Kelsen, Husserl y Cossio, cuando trata el tema de la teoría egológica del derecho en el marco de las normas jurídicas.

En el ámbito de los estudiosos del derecho circulaba la versión de que el iusfilósofo polaco Jerzy Wrobleski había aprendido español para poder leer a Cossio. Cuando se me presentó la oportunidad de hablar con Wrobleski no dudé en preguntarle si la especie difundida era verdadera y, en efecto, la respuesta fue afirmativa.

Cossio, finalmente, fue un gran polemista. Tuve el placer de oír de sus propios labios la polémica que había tenido con Hans Kelsen y con nuestro Alfredo Fragueiro.

Otro conocido y admirado iusfilósofo de la Universidad de La Plata -hoy, lamentablemente fallecido- ha sido Juan Carlos Smith, que fuera nuestro miembro correspondiente, y a quien hemos escuchado en este mismo recinto. Smith fue el maestro directo de nuestro huésped de esta tarde. Aparte, naturalmente, de su enseñanza oral y escrita, a Smith le cabe el honor de haber sido el inspirador del renacimiento de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, en los últimos años.

Mis recuerdos hacia aquellos tiempos, cuando se realizaban en Vaquerías las Jornadas de Filosofía del Derecho -hace de esto no menos de treinta años- están impregnados de emociones y añoranzas. Fue allí cuando se habló por primera vez de lograr que esa institución, zarandeada por los avatares de los fuertes sacudimientos políticos, debía renacer. Luego -con el tenaz brío de Smith- logró concretarse en La Plata. Su afiliación posterior a la I.V.R. (sigla de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho) volvió a dar relieve al pensamiento filosófico jurídico argentino en el mundo. Y así fue como en el Congreso de Helsinki pudo tener ocho representantes argentinos, extremo que se repitió en reuniones posteriores.

Smith fue el presidente de la Asociación Argentina y permaneció en el cargo casi dos décadas, conduciendo con entusiasmo y eficacia ese órgano del pensamiento argentino.

Era tal la actividad de Smith que luego de esa intervención, fundó en La Plata la Escuela de

Filosofía Práctica, cuyo actual presidente es el huésped que nos visita.

Carlos Enrique Pettoruti, hombre laborioso y profundo, es el digno sucesor de esta tradición filosófica hecha realidad en los lares platenses. Es abogado y doctor en Ciencias Jurídicas Sociales, ambos títulos logrados en La Plata, que es también la ciudad de su nacimiento.

Su labor docente nos lo muestra como profesor titular por concurso de Introducción al Derecho y profesor de posgrado en la materia Fuentes e Interpretación del Derecho, de su Facultad, que se dicta en la especialización de Administración de Juzgados y Tribunales Colegiados.

Pero Pettoruti no es sólo un docente. Sí es docente que afianza su magisterio y lo complementa con la investigación. Las ciencias iusjurídicas han orientado esta vocación, cuyos trabajos ahondaron los temas vinculados con la Teoría General del Derecho, y de tal forma ha incursionado sobre: a) Reflexiones sobre los derechos humanos en el ámbito de la Teoría General del Derecho; b) La concepción ontológica del derecho y la administración de justicia; c) Historicidad, valoración y proyecto político; d) Filosofía de la historia y fenomenología de los valores; e) El Círculo de Viena y los aportes epistemológicos a la Teoría Jurídica.

Por otra parte, ha dictado numerosas conferencias, en cuya circunstancia ha expuesto la teoría de Hans Kelsen, la concepción filosófico-jurídica de su maestro Juan Carlos Smith, el sistema normativo de Jan Siekman, los valores jurídicos en la Argentina de hoy y los problemas de la Ética y la Filosofía Social, entre otros temas.

De más está decir que es miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, en cuyo carácter, en el marco del Congreso Internacional de la IVR, ha expuesto en Lund (Suecia) el problema de una "Aproximación a una fundamentación dinámica de las normas y del orden jurídico", en agosto del año 2003. Es el tercer presidente de la Escuela de Filosofía Práctica, desde noviembre del año 2002 hasta la fecha. Integró el Comité Ejecutivo de la IVR (Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social), en el período 2000/2003, lo que revela la valoración de su pensamiento en el orden internacional. Esta enumeración es sólo indicativa del protagonismo nacional e internacional de nuestro nuevo miembro correspondiente.

Su producción literaria se concentra en numerosos artículos aparecidos en publicaciones nacionales y extranjeras, entre las que se destacan dos libros valorados por la crítica de la especialidad. Se trata de *Elementos de Introducción al derecho* y *La validez del derecho*, ambos editados por la Editorial La Ley, de Buenos Aires.

Pero aun debo consignar un mérito más de nuestro miembro. Se desempeña muy bien en los idiomas inglés y alemán. Así, ha traducido de Roberto Alexy *La naturaleza de la filosofía del derecho* (traducción del inglés). Se trata de un trabajo en el cual Alexy, de una manera sintética y clara, nos expresa su concepción de la disciplina jurídica que cultiva. En cuanto a traducciones del alemán nos ha entregado: "Última posición de la teoría de las normas de Kelsen", de Robert Walter, aparecido en el Boletín de la AAFD; "El problema de la interpretación a la luz de la Teoría Pura del Derecho", también publicado en el Boletín de la AAFD., y la "Escuela de Brünn de teorética jurídica", aún inédito.

He aquí nuestro nuevo colaborador y miembro, que -no lo dudo- será un valioso comunicador de nuestro hacer y un puntal que, desde La Plata, seguirá prestigiando, en fraterno gesto, nuestra labor académica.

¡Bienvenido al centro del país, Dr. Carlos Enrique Pettoruti!

#### **NOTAS**

La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 115.

# RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN COSTA RICA, DR. DANIEL ZOVATTO GARETTO \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número Dr. Antonio M. Hernández, en acto público llevado a cabo el 15 de agosto de 2006.

Palabras del académico de número Dr. Antonio M. Hernández

Es para mí un alto honor y una profunda satisfacción el presentar ante esta distinguida corporación al nuevo académico correspondiente en Costa Rica, Dr. Daniel D. Zovatto.

Se trata de una joven y brillante personalidad formada inicialmente en Córdoba, que luego desarrollara un curso vital sorprendente hasta constituirse en uno de los más destacados politólogos de Latinoamérica, con especialización en material electoral y de partidos políticos.

Es que Zovatto, a quien conozco desde su paso por nuestra Facultad de Derecho, desde siempre tuvo una clara concepción sobre los objetivos que debía lograr, unida a una notable capacidad de trabajo y vocación por el estudio.

Su formación profesional comenzó en Córdoba, donde en 1979 alcanzó la Licenciatura en Ciencias Políticas y en 1980 la Licenciatura en Relaciones Internacionales, ambas en la Universidad Católica. Luego en 1982 completó sus estudios de Abogacía en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Con esa base, inició lo que después sería una de sus características destacadas: la de viajar incansablemente en pos de conocer las realidades políticas e institucionales y de formarse profesionalmente.

Así se trasladó a España para sus estudios de Posgrado, donde obtuvo en primer lugar su Maestría en Derechos Humanos en la Universidad Complutense de Madrid, en 1984 y también en dicho año, la Maestría en Estudios Internacionales de la Escuela Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país. Finalmente, en 1987 alcanzó el grado máximo de Doctor en Derecho Internacional, otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Posteriormente estuvo dos años en la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la prestigiosa Universidad de Harvard, donde lograra en 1993 la Maestría en Administración Pública.

Con esos antecedentes comenzó su carrera como funcionario de organismos internacionales, siendo entre 1989 y 1996 director ejecutivo de CAPEL (Centro de Asesoría y Promoción Electoral), con sede en San José de Costa Rica. En dicha ciudad, también se desempeñó entre 1994 y 1996 como director adjunto del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y a partir de 2007, ocupa el cargo de director regional de IDEA Internacional. Esta organización está destinada a la investigación y promoción de la democracia en el mundo, con sede central en Estocolmo, Suecia, y cuenta con el apoyo de 30 países e instituciones que integran la Organización de las Naciones Unidas.

Ello explica que pocas personas conozcan como el nuevo académico correspondiente conoce la realidad latinoamericana, ya que recorre la región durante la mayor parte del año, desde hace más de 15 años, habiendo diseñado y participado en más de 100 programas de asistencia técnica, además de haberse desempeñado como jefe de misiones de observación en más de 30 procesos electorales.

Esa gran experiencia en los referidos programas de asistencia técnica ha incluido la organización de seminarios en temas relacionados con la gobernabilidad democrática, elecciones, partidos políticos, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y reformas constitucionales, políticas y electorales en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Asimismo, Zovatto ha desarrollado una intensa actividad en materia de publicaciones e

investigaciones, ya que es autor o coautor de más de 60 artículos sobre temas de derecho y política, así como de 16 libros sobre temas relativos a los derechos humanos, las elecciones, los partidos políticos y la democracia en Latinoamérica. Podemos destacar entre estos últimos los siguientes: Funding of Political Parties and Election Campaigns in the Americas, edición conjunta con Steven Griner, San José, 2005; La cultura de la Constitución en Argentina; Argentina: una sociedad anómica, en coautoría con Antonio María Hernández y Manuel Mora y Araujo, México, 2005; Las visiones de país importan: lecciones de experiencias exitosas de desarrollo, edición conjunta con Pablo Guerrero y Juan Martín, San José, 2005; De las normas a las buenas prácticas: el desafío del financiamiento político en América Latina, edición conjunta con Steven Griner, San José, 2004; Dinero y política en América Latina: una visión comparada. San José; Cuadernos de Ciencias Sociales Nº 130, FLACSO, 2004; Dinero y contienda político-electoral. Reto de la democracia, edición conjunta con Manuel Carrillo, Alonso Lujambio y Carlos Navarro, México, 2003; La política importa: democracia y desarrollo en América Latina, coautoría con Mark Payne, Fernando Carrillo y Andrés Allamand, Washington, D.C., 2003; Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America, coautoría con Mark Payne, Fernando Carrillo y Andrés Allamand, Washington, D.C., 2002; Democracia y conflictos profundamente arraigados: opciones para la negociación, en colaboración con Peter Harris y Ben Reilly. International IDEA, Suecia, 2001 y el Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, edición conjunta con Dieter Nohlen y Sonia Picado, México, 1999.

También es de próxima aparición un importante libro de derecho comparado en materia de partidos políticos, que ha coordinado y que se titulará *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, con la edición de la Universidad Nacional Autónoma de México y donde me ha tocado la responsabilidad de escribir el capítulo correspondiente a nuestro país.

Zovatto ha prestado relevantes servicios a los gobiernos democráticos de América y por ello ha recibido distinciones internacionales como la José Gregorio Paz Soldán en el grado de Gran Cruz, otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú, en abril de 2006.

También ha sido consultor internacional de organismos y agencias internacionales como el PNUD, BID, Banco Mundial y la OEA y asesor de diversos gobiernos latinoamericanos, además de profesor visitante en diversas universidades de América Latina, Europa y Norteamérica.

Daniel Zovatto es un expositor de gran calidad, un investigador serio y responsable y un organizador nato que demuestra permanentemente su capacidad intelectual y de trabajo. A ello se suman sus valores éticos y personales y su lucha por altos ideales democráticos y republicanos en nuestra América Latina, que lo han convertido en una personalidad destacada, que merece sobradamente el reconocimiento que esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba le efectúa al recibirlo como su académico correspondiente en un país tan importante para América como es Costa Rica.

La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 135.

# RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN COLOMBIA, DR. JAIME VIDAL PERDOMO \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número Dr. Ricardo Haro, en acto público llevado a cabo el 17 de octubre de 2006.

Palabras del señor académico de número Dr. Ricardo Haro

Señor presidente, señor presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés, señores académicos, Distinguidos profesores, señora de Vidal Perdomo; señoras, señores, estimados amigos todos!!

Muchas veces ocurre que por las extensas distancias y los condicionamientos que ella impone, a miembros correspondientes designados por el plenario de la Academia en países de América y Europa, no les ha sido posible llegar hasta nuestra casa para formalizar su incorporación, y siempre estamos añorando su arribo.

Pero en el caso del Profesor Dr. Jaime Vidal Perdomo, nuestra espera no ha sido infructuosa, pues puedo dar plena fe de los inconvenientes que debió salvar y compromisos que postergó. El ha realizado desde su querida Colombia, un viaje especial y único para esta ceremonia.

No dude distinguido amigo, que todos los académicos valoramos cabalmente su testimonio de afecto y de gratitud que estas circunstancias significan de su parte respecto a su Membresía y a esta Academia. Es precisamente por ello, que si siempre es una tarea muy grata la presentación de un nuevo académico correspondiente, en esta ocasión lo es más aún, porque tan señorial y noble gesto, nos reconforta a quienes hace tiempo lo estábamos esperando.

Siempre hemos creído que el ceremonial para la incorporación de un nuevo académico, no puede desnaturalizarse en un rito meramente formalista, sino que muy por el contrario, debe ser la expresión más plena de la calidez y de la cordialidad de esta Academia y de sus miembros, quienes en esta tarde abren sus corazones al afecto y sus inteligencias a la ciencia de este verdadero Maestro colombiano.

Para coadyuvar a estos sentimientos, la presentación académica debe contener, en los breves minutos de su exposición, una visión de los principales antecedentes del Incorporando y de los rasgos más destacados de su personalidad humana y científica, más aún, cuando como en el caso, se trata de un jurista de otro país, cuyo conocimiento es propio sólo de los especialistas que le han tratado ya sea personal o intelectualmente.

Digamos como pórtico principal de esta presentación, que el Dr. Jaime Vidal Perdomo, es uno de los juristas más destacados en Iberoamérica y una figura señera y referente ineludible de la cultura jurídica de su Patria, siendo en la actualidad primer vicepresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la cual pertenece desde hace décadas y que reúne en su seno, a los exponentes más eminentes de la Ciencia del Derecho, constituyéndose en una de las Academias de mayor vigencia en el mundo jurídico iberoamericano.

Desde muy joven, sintió una profunda vocación hacia las ciencias jurídicas, cursando sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. La riqueza de su personalidad como hombre y como jurista, le ha permitido manifestarse multifacéticamente en el transcurso de su existencia, ya sea tanto en los ámbitos de la investigación, la docencia y el ejercicio profesional, como así también en las calificadas obras publicadas y en ejercicio de importantes funciones estatales.

Esa vocación lo llevó a profundizar su formación como joven graduado, en dos ramas del derecho que marcarían su existencia y su vivencia jurídica, y que las cultivó en sus estudios de Postgrado en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional en su Patria, como durante tres años en la Universidad de París, y en posteriores pasantías en universidades europeas.

Su vigorosa vocación por el derecho, supo encauzarla en una brillante y prolongada

trayectoria docente en las mencionadas asignaturas, profesando ambas en diversas universidades, desempeñándose con singular maestría durante 47 años, como catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Colombia, en la Universidad del Rosario y en la Universidad Externado. Tanto en la Universidad Nacional como en la del Rosario, que fueron las primordiales en su vida, alcanzó el máximo galardón académico al haber sido designado en ambas como profesor honorario.

Sus talentos y notables condiciones docentes, le requirieron en la Universidad del Rosario para desempeñarse como director de la Maestría en Derecho Administrativo, y posteriormente, como director de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

Los frutos de esa perseverante, seria y profunda formación juspublicista, lo llevó a ejercer la docencia intelectual que se plasmó en innumerables trabajos y estudios publicados en revistas nacionales y extranjeras y en diversas obras jurídicas de su autoría, algunas aquí presentes, y entre las que no podemos dejar de mencionar las referidas a la organización vertical o territorial del Estado, ya sea en su libro sobre *El federalismo*, cuya primera edición de 1998 fue prontamente reeditada en 1999, como en el intitulado *La región en la organización territorial del Estado*, publicado en agosto del 2001.

Pero no cabe duda de que la versión plenaria y completa de las investigaciones y la docencia en ambas asignaturas que profesó, encuentran su máxima expresión en sus dos obras cumbres que son moneda corriente para los estudiantes y los estudiosos universitarios y que tenemos aquí expuestas. Me estoy refiriendo a su *Derecho administrativo* que ya lleva en su haber 12 ediciones, y de otro lado, su *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, que ya anda en su novena edición, obras en las que se ha plasmado su profundo pensamiento humanista desde la perspectiva del derecho.

Asimismo, y desde otros roles, Su vigorosa formación juspublicista, supo encauzarla en el desempeño concreto de varios y trascendentales cargos en la política y en la administración de la República de Colombia.

Entre ellos, podemos destacar el haber sido senador de la República; conjuez de la Corte Suprema de Justicia; conjuez de la Corte Constitucional, hasta 2003; secretario jurídico de la presidencia de la República; secretario general del Ministerio de Agricultura; asesor y subgerente jurídico del Instituto Colombiano de Reforma Agraria; embajador de Colombia en el Canadá; concejal en el Municipio de Bogotá, etcétera.

Sus estudios y especializaciones jurídicas, no fueron óbice para que los talentos y carismas de su personalidad los volcase en una compleja pero transformadora actividad en sus funciones como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Participó como expositor o relator en numerosos congresos y foros, tanto nacionales como internacionales. Transitó durante 30 años el ejercicio profesional.

Pero no podría concluir esta presentación, sin hacer particular mención a la vigorosa y decisiva participación que tuvo nuestro nuevo académico, en dos procesos jurídicos que han tenido consecuencias perdurables en la historia de las instituciones administrativas y constitucionales de la República.

Me estoy refiriendo en primer lugar, a la *Reforma Administrativa de 1968* que vino a sentar las bases jurídico-administrativas de la organización de la administración pública nacional, bases que por sus aciertos luego fueron trasladadas en gran medida en la ley 489 de 1998 que se dictó treinta años más tarde y que por su solidez y realismo, está actualmente vigente.

En segundo lugar, cabe destacar su activa participación en la *Reforma Constitucional del mismo año 1968*, enmienda que vino a cubrir eficientemente una etapa de la historia constitucional colombiana sobre diversas materias que fueron de interés nacional antes de la aparición de la nueva Constitución colombiana de 1991. Su protagonismo en tal proceso constitucional, fue recogida en un libro que se denominó *La reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, que fue publicado por la Universidad Externado de Colombia en 1970 y

que fuera prologada por el presidente de la República Carlos Lleras Restrepo.

Todo este plexo jurídico de su existencia, pudo serlo en el receptáculo de una personalidad que siempre se distinguió por su apertura de espíritu, su hondura reflexiva, su prudencia y sensatez, y por la humildad que coronó su trabajo silencioso pero fecundo, muy lejos de la soberbia que, al decir de San Agustín, no es grandeza sino hinchazón; y lo que está hinchado parece grande, pero no siempre está sano.

Distinguido académico y entrañable amigo: Usted va a recibir de manos de nuestro presidente, el diploma y la medalla que le acredita como miembro correspondiente en la República de Colombia, de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

No dude que ellos significan el profundo afecto de todos sus nuevos amigos académicos, sino también el reconocimiento a la excelencia de una vida consagrada al derecho, la justicia y la libertad de los pueblos.

Bienvenido seas, Jaime Vidal Perdomo, a esta tu nueva comunidad académica. Como lo dije al comenzar, hace tiempo que te esperábamos. Nos alegramos sinceramente de que hayas llegado. Muchas gracias.

#### **NOTAS**

La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 183.

# RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN BRASIL, PROF. DR. PAULO BONAVIDES \*

La presentación estuvo a cargo del presidente honorario Pedro J. Frías, en acto público llevado a cabo el 24 de octubre de 2006.

Palabras del presidente honorario Pedro J. Frías

Tengo el honor de saludar en nombre de la Academia al Prof. Paulo Bonavides, protagonista del derecho público del Brasil. Referente sí, por una afortunada asociación de trabajo intelectual y de autoridad moral. Su dedicación fecunda a la enseñanza y a la investigación ha sido reconocida por múltiples premios y distinciones, como la de *doctor honoris causa* de la Universidad de Lisboa y tantas otras que no me atrevo a citar porque su currículum desafía la imaginación.

Sus libros -alguno de los cuales he reseñado en nota bibliográfica- son por lo menos doce de derecho político y constitucional. Son reflexiones esclarecedoras, más que suficientes para ilustrar al lector, con una bibliografía muy vasta pero no excesiva, son respeto por opiniones eventualmente distintas, que fundan la calidad del derecho público latinoamericano y nos envuelven en nostalgia por la contradicción entre práctica y doctrina, entre las instituciones reales de la vida diaria y las que podrían dar calidad a la vida institucional.

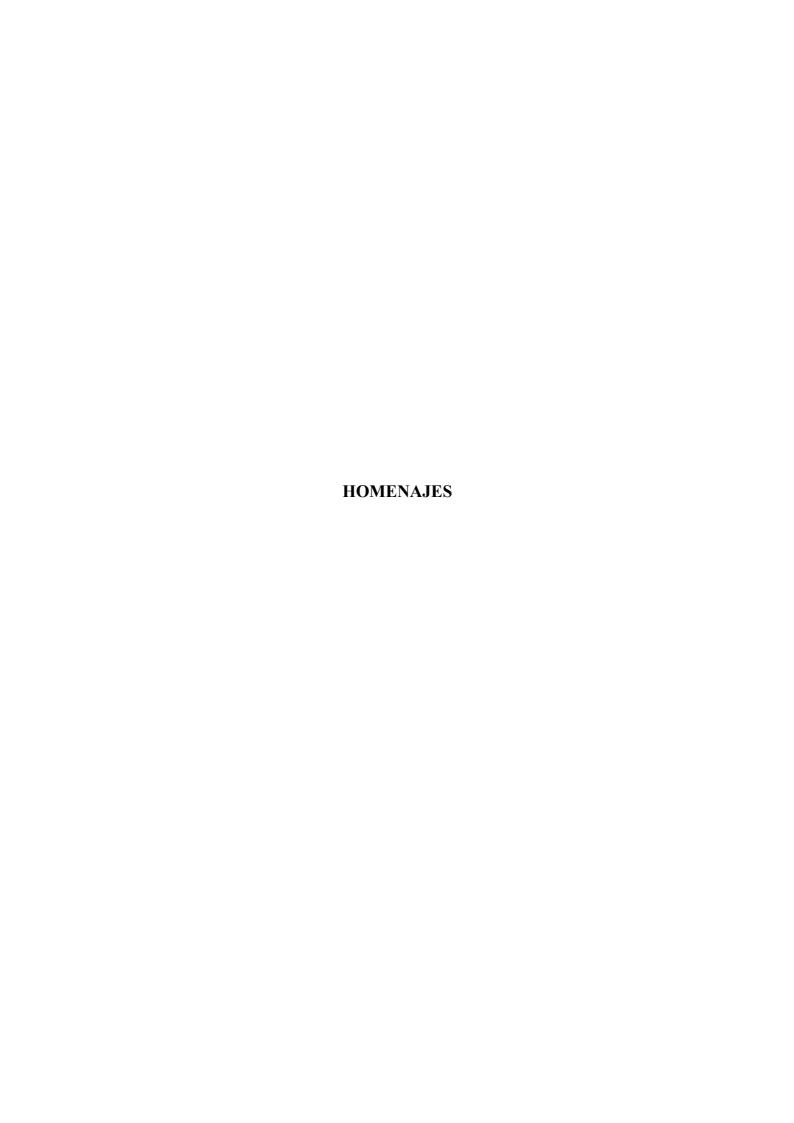
Es que leyendo a Bonavides y conociendo su trayectoria, no puedo dejar de plantearme esa distancia entre el ser y el deber ser. Es que el populismo, cáncer de las instituciones está demasiado consustanciado con la vida institucional. La República representativa y también la federal, donde la hay y más desarrollada en Brasil que en la Argentina, está degradada, sirve al poder de turno o lo desafía y casi nos excluye de la red internacional de países desarrollados.

El origen de las crisis cívicas en Latinoamérica suele ser institucional y lo digo en esta Academia porque son las instituciones las que pueden contribuir a superar las ideas, aunque no les corresponde liderar movimientos. Aunque ahora la Iglesia ha innovado cuando se trata de conflictos institucionales y a pesar de sus riesgos lo encuentro necesario a falta de otros protagonismos.

Y esto me vuelve a Bonavides porque sus libros han servido a Brasil para algunos cambios. En los '50 sistematizó el *Estado social*, dando a Brasil una alternativa al populismo y un liberalismo duro. En los '60 fue su *Ciencia política*, que hizo pensar a las generaciones cultas. En los '70 sus tesis originales se volcaron al federalismo de las regiones, para su integración y cooperación. Más recientemente, difundió las hermenéuticas constitucionales y la democracia participativa.

Quiero cerrar esta apretada referencia señalando, sin que haga falta, que con él Brasil incorpora a nuestra Academia su maestro de las instituciones.

La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 199.



# HOMENAJE EN EL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DEL ACADÉMICO PROF. DR. BENJAMÍN CORNEJO

Palabras del académico Prof. Dr. Efraín Hugo Richard en el acto en homenaje al académico Prof. Dr. Benjamín Cornejo el 6 de junio de 2006

"El problema de hoy es levantar un orden jurídico que a la vez que asegure la libertad económica y el goce individual y colectivo de sus ventajas, resuelva aquellas discordancias... que se producen cuando el interés particular está en pugna con el interés social.

A la sociedad le interesa que todos sus miembros gocen de un mínimo de bienestar económico que sea compatible con la dignidad de la persona humana, que el fuerte no oprima al débil en nombre de la libertad de los contratos, que al amparo de la libertad económica no se formen organismos que sean su negación.

Las crisis y fluctuaciones económicas, que no son el fondo sino el resultado de los errores de cálculo de los individuos y de la colectividad, exigen una política orientadora de la producción, de limitación o de estímulo, una política bancaria y monetaria de equilibrio y previsión, una gestión financiera adecuada. Aquí, como en ningún otro campo, a las cosas hay que hacerlas únicamente si se las hace bien. Si se las hace mal, sobre todo en el terreno de las fluctuaciones económicas, los gobiernos corren el riesgo, como el aprendiz de hechicero, de desencadenar fuerzas que no podrán contener.

Asegurar el bienestar de todos, impedir la opresión de los débiles por los poderosos, proteger a la comunidad contra la explotación de los monopolios, atenuar, en cuanto sea posible los ciclos económicos o aliviar sus riesgos, no son sino medios de hacer de la libertad algo más que una vana palabra y de cimentar lo que se ha dado en llamar la democracia económica".

Señor presidente, señores presidentes honorarios, señoras y señores académicos, familia del Dr. Benjamín Cornejo, señoras y señores:

Los juicios expresados corresponden a una alocución del 28 de mayo de 1945, que integra el libro *Moral y Economía y otros Ensayos* de nuestro académico de número Benjamín Cornejo a quien hoy rendimos homenaje.

El supuesto neoliberalismo, pese a la caída del Muro de Berlín, nos hizo caer en una visión disvaliosa de la idea liberal. En realidad, se trató de la irrupción avasallante de la mundialización financiera que responde a los oligopolios constituidos fundamentalmente por doscientas corporaciones como afirma nuestro presidente honorario Pedro J. Frías. Globalización financiera, y no económica, generada por la velocidad de traslación de noticias y capitales, conforme a la cual se nos sugiere dejar actuar al mercado, tanto como un retiro de la acción y presencia del Estado, pero sin atender a una mundialización económica desde lo productivo.

Recrear la idea a través de las palabras de quien recordamos, Benjamín Cornejo, implica un faro que ilumina el camino a recorrer, devolver la esperanza sobre el rol del derecho y la técnica de la economía.

Los resultados de la macroeconomía no implican verdadero desarrollo si éste no se vuelca en evitar la sectorización económica, la marginación social, que no sólo trae inseguridad jurídica sino inseguridad material.

Los líderes actuales persiguen criterios acumulativos de poder y dinero, encegueciéndose por el mando, muchas veces vinculado con la corrupción.

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 debe tener en claro los valores intermedios y finales de toda agrupación humana para rectificarlos a fin de servir al bien

común, que es comunicable a todos, para que cada uno pueda conseguir su realización".

Resulta superflua la relación curricular al cumplirse 100 años de su nacimiento el 1º de junio de 1906, y 32 de su fallecimiento el 5 de junio de 1974 -ayer-. Con él se fue una conciencia limpia, sujeta a una alta escala de valores éticos, un ciudadano ejemplar de la República que amó el derecho y que supo enseñarlo y transmitirlo vinculándolo con la economía.

Se recibió a los 22 años y dos años después accedió por concurso a la Cátedra Suplente de Economía Política en la Facultad de Derecho donde a poco se doctoró, dedicando toda su vida a los estudios económicos, en la Facultad de Derecho y en la de Ciencias Económicas.

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, alejado de cualquier ideología política. 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, de su familia integrada por su esposa e hijos Benjamín, Carmen, Dora, Cristina, Jorge y Raquel, siguiendo un camino de eticidad en el trabajo profesional y el cumplimiento de los deberes ordinarios del cristiano.

Tres veces se alejó del país por un lapso prolongado, además de sus continuos viajes como profesor o experto internacional...

Una primera a Venezuela, en '1946 con un contrato con la Facultad de Ciencias Económicas de su Universidad Central, ejerciendo durante los años '46 a '48 las cátedras de Teoría de los Precios y los Costos y Teoría y Política Monetaria, con importantes designaciones técnicas en ese país, realizando estudios sobre Uruguay, Paraguay y nuestro país. Quizá ello deba vincularse con la injusta detención que sufrió junto con otras personalidades al publicar una solicitada, remitiéndosele por tren a Buenos Aires y generándose un incidente de las fuerzas policiales con el juez federal Dr. Barraco quien cruzó su automóvil sobre las vías del tren en Villa María hasta asegurarse de que se acatara su orden de liberarlos.

El reconocimiento internacional lo llevó a ser contratado como consultor de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), quien le fija como sede Santiago de Chile a donde se traslada en 1950, y ya como jefe adjunto de la División del Estudio Económica de la CEPAL se radica establemente en esa ciudad desde mayo de 1953 hasta julio de 1956, con toda su familia, quizá en relación a la situación político social que vivía nuestro país en esos tiempos, lo que motivó también el cierre de la Academia. Regresó para asumir su Secretaría, para la que fue designado en sesión del 16 de junio de 1956, en su ausencia, al abrirse las actividades de esta Academia después de su avasallamiento. En el 69 fue elegido vicepresidente, asignándosele sucesivamente los sitiales que llevan el nombre de Rafael García y Mariano Fragueiro, al que luego accediera mi maestro Héctor Cámara y que me honro de ocupar en la actualidad, por el prestigio del jurista cuyo nombre lleva y de mis antecesores.

Su periplo internacional lo llevó también a integrar la misión para estudiar la reorganización de la Escuela de Economía de la Universidad de Santo Domingo, República Dominicana.

Y una tercera ausencia, más reconfortante en Washington, en este caso requerido por su especialidad como asesor técnico económico de la CEPAL y de la OEA.

Siempre estuvo acompañado por la mayoría de su familia, alejándose de su hijo mayor que continuó sus estudios de Abogacía, y quien ahora lo acompaña en su retiro terrenal.

Miembro y presidente de la Asociación Argentina de Economía Política, académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Económicas y vicepresidente del BCRA a su regreso de Chile en los años '56 y '57.

En el '56, abiertos los concursos, retomó su cátedra, siendo consejero y vicedecano en Derecho, y consejero en CE, y por dos períodos consecutivos ejerció el vicerrectorado de nuestra Universidad. En realidad, Cornejo fue mucho antes el creador y organizador de los Estudios de Ciencias Económicas, ejerció la Dirección de la primera Escuela Universitaria de

Ciencias Económicas, germen de la actual Facultad de Ciencias Económicas, y fue profesor de Economía Política en ésta -además de Historia de las Doctrinas Económicas y de Economía Monetaria, y en nuestra Facultad de Derecho.

Constituyó parte de los estudiosos nacidos en el interior fecundo de nuestro país, Tucumán, como Poviña, que se asentaron en Córdoba por razones de estudio y/o familia, que aquerenciándose honraron el lugar que los recibió. Siguió así el mismo camino que nuestro presidente Alfredo Poviña que lo recordó en el primer acto de su presidencia en esta Academia el 8 de agosto de 1974, así señaló: "Amigo de siempre. El de mi vida paralela".

Lo conocí personalmente, fuera de los ámbitos de esta Academia. Primero en el Banco de la Provincia de Córdoba -cuando fue su presidente en los años '62 y '63, tiempos de grandeza de ese Banco con el paso de presidentes como él, Martínez Casas, Vaca Narvaja, los Tagle, Jorge Cendoya -entre otros-, llegando a ser el 5º banco del país. Luego compartí conversaciones en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas. Los encuentros en el Banco, siendo un joven profesional inquieto e innovador, en reiteradas reuniones me permitieron conocer a un líder, lleno de sencillez, de energía y de sapiencia, que sabía escuchar las disidencias jurídicas en el cuerpo especializado, preguntando agudamente para tomar la decisión final.

Se acredita con las palabras con que iniciamos estas honras que el Dr. Cornejo no ha muerto, vive en sus ideas, con total actualidad.

El neoliberalismo pretendía, y 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 el saber que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios, sin embargo, realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo, y se coloca a la economía al servicio de la economía misma, como algo centrípeto.

El Dr. Cornejo no conoció esta forma espuria siendo liberal: el economicismo financiero dudosamente denominable neoliberalismo. Se anticipó a los tiempos: denunció y analizó la competencia monopólica, y de allí su obra *La competencia imperfecta y la teoría tradicional*, editada por la Universidad.

Su visión económica fue siempre ajustada a principios éticos, y una moral cristiana, definiendo: "La economía es aquella ciencia moral, parte esencial de la política que se propone establecer las normas universales o particulares (y variables en el tiempo pero dependientes de las primeras) que, por espontánea determinación o por intervención del estado, DEBEN presidir las elecciones individuales o de grupo y las elecciones estatales, en el vasto territorio de las relaciones derivadas de la vida, de la riqueza, en modo de realizar el orden espiritual y material en el cual lo útil se identifica con lo honesto y la legítima conveniencia individual con la social y política".

Cornejo consideró la pobreza como una tremenda injusticia que, bajo ningún concepto puede admitirse como consecuencia necesaria o el desgraciado resultado de una o algunas normas económicas, conforme resulta de las líneas con que iniciamos este recuerdo, y así presenta "La doctrina social en el pensamiento de Prebisch", en 1974, en un libro colectivo. Anticipó el terrible traslado demográfico que produjo una miseria indigna en las grandes ciudades de nuestro país, "Gran parte de la mitad indigente de la población está en el campo, y allí residen los principales factores del estrangulamiento interior. La insuficiencia dinámica del desarrollo latinoamericano se traduce... en la redundancia de mano de obra. .... Este fenómeno se da sobre todo en la población que se desplaza del campo a las ciudades... Lejos de integrarse en la vida de las ciudades, de asimilarse a formas mejores de existencia, improvisa tugurios miserables y vaga en toda esa gama de servicios personales de muy precario ingreso, con lapsos de franca desocupación. El campo acarrea así indigencia, frustración y resentimiento a las ciudades".

Se intenta influir a través del derecho en las conductas, pero ello hay que lograrlo desde la educación, la cultura social. Si una sanción no la considera correcta una comunidad, de nada sirve la sanción penal, pues no se induce a la conducta, sólo se sanciona tardía y costosamente.

Hay una corrupción del sentido del Estado y de la utilización de la ciencia económica que,

pretendidamente exacta, se transforma en una justificación de intereses de grupos.... el neoliberalismo surgió como una fuerza movilizadora de carácter global que usó lo que podríamos llamar el terrorismo intelectual: todo lo que contrariaba el esquema neoliberal era presentado como algo totalmente superado que no merecía discusión. En ese sentido, el neoliberalismo fue un instrumento de decadencia intelectual porque paralizó las discusiones, el análisis, la confrontación de ideas.

Lejos de generarse el crecimiento económico o el desarrollo global de la humanidad saneando las diferencias existentes entre países pobres y países ricos, sólo ha contribuido a profundizarlas aún más, llevando a una cada vez mayor parte del planeta, a condiciones de vida en constante deterioro.

La marginación del derecho, por los poderosos y los marginados por el sistema, la sectorización económica y la sectorización social, son realidades que aparecen agravadas en la última década del siglo XX.

¿El mundo ha sido puesto al revés? ¿O quizá las dificultades son más visibles por la comunicación, las especulaciones son más rápidas, los cambios son más vertiginosos o más acelerados, y no los afrontamos?

Tenemos la responsabilidad de que los derechos no sean simplemente fórmulas sino realidades para asegurar los ideales y valores básicos que iluminan desde el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional «afianzar la justicia, promover al bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...".

Recuerdo que en marzo de 1810, desde el "Correo de Comercio" -como lo había hecho antes desde el "Telégrafo Mercantil, Rural, Político, Económico e Historiográfico del Río de la Plata"- Manuel Belgrano insistía que el país debía industrializarse, para "la felicidad de la mayor parte de los ciudadanos", pues "Ni la agricultura ni el comercio serían casi en ningún caso suficientes a establecer la felicidad de un pueblo si no entrase a su socorro la oficiosa industria".

En esa línea hay una generación que marcó un rumbo, la Academia representó gran parte de esos hombres, como Cornejo, y dentro de ellos Frías, a quien copio de *El malestar del neoliberalismo* que para asegurar la moral social del sistema económico y político, debe proponerse la solidaridad sin alterar el mercado, pero condicionándolo, particularmente para asegurar la igualdad de oportunidades.

Si se plantea un divorcio entre economía y derecho, ¿por qué no hacerlo entre la ley o la fuerza de los mercados, o de los grupos económicos?

La sociedad es parte del problema del desarrollo. Problema al que se agrega que la economía y las reglas del mercado, imbuidas de economicismo, afectan también ese doloroso proceso de crecimiento con falta de solidaridad, con falta de ética.

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 del Dr. Benjamín Cornejo que he recordado. Pensamiento llano, sin el lenguaje críptico con el que suelen envolverse las propuestas técnicas sin efectos sociales, ante la suerte de hemiplejia moral que han evidenciado ciertos economicistas. Conoció los enfoques innovadores de Keynes de 1936, y la visión de Galbraith que profesó en Harvard de 1949 al 1975, después de doctorarse en Economía en el 34, coincidiendo con la crítica de este último: "Nosotros los economistas, nos protegemos del mundo exterior adoptando un lenguaje que nos es propio... Mucha gente se siente descorazonada cuando comprueba la distancia que existe entre las explicaciones económicas que se ofrecen y la realidad de todos los días".

Hernando de Soto (en su libro *El otro sendero*) expresa la inseguridad jurídica de la impenetrable jungla normativa de reglas provenientes de diversas fuentes que conducen a la ineficacia de la administración y a la carencia de *ethos* burocrático, que genera la imposibilidad de asegurar la vida económica y llevan a los poderes empresariales serios a sumergirse en la oscuridad de una economía sombría, generando inseguridad jurídica.

Quizá deba revertirse la cuestión e iniciar estudios de economía del derecho, que consiste en investigar en la misma actividad, en los hombres de negocios la fuente creadora del derecho. Implicaría generar un derecho que atienda a las conductas, con sentido positivo, potenciando su creatividad, en cuanto solidarias con la República, y desalentándolas en cuanto intenten todo aquello que los principios generales rechazan: el abuso de derecho, el enriquecimiento sin causa, la lesión de los intereses ajenos -aun los difusos-, afecten la moral y las buenas costumbres. De nuevo un derecho simplificante y al mismo tiempo ejemplificador que asegure el orden social comprometido.

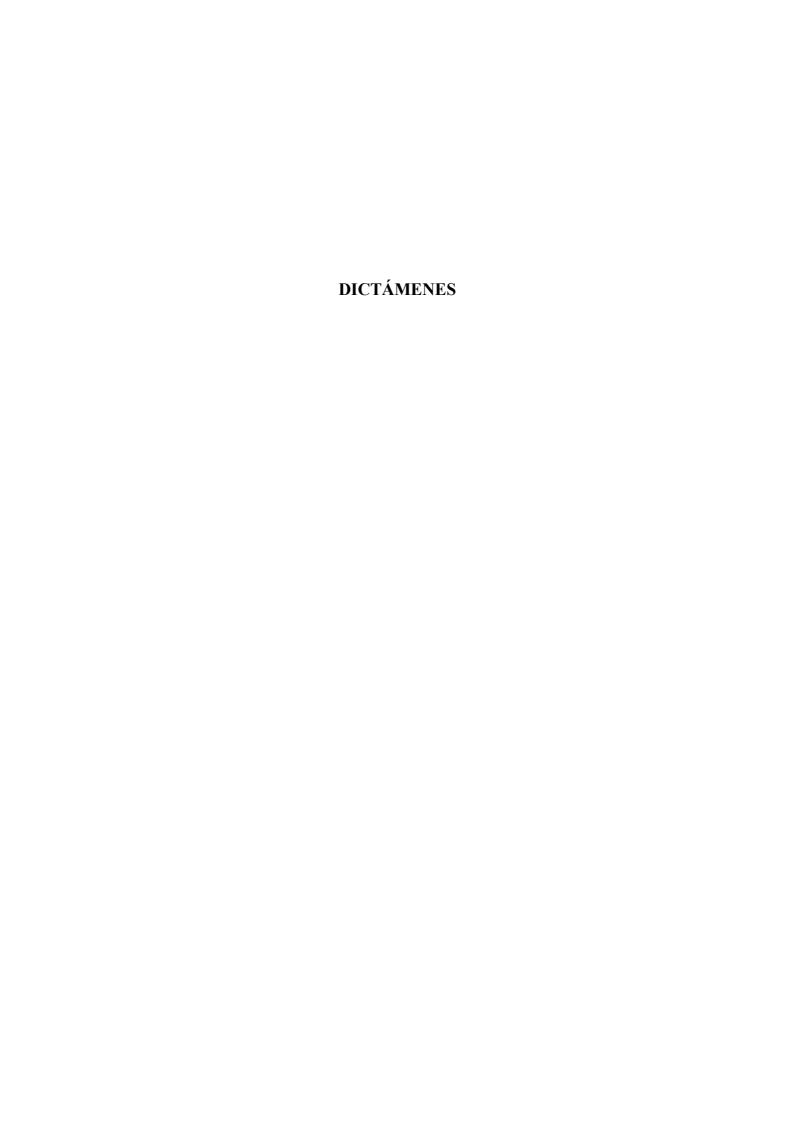
Encontrar el equilibrio y la mejor composición de los intereses entre la tendencia reguladora y la orientación desreguladora fue la preocupación de Cornejo.

El derecho económico está concebido en una óptica estatalista, la economía del derecho debe tender a un principio desregulatorio -que es a lo que propugnaba nuestro homenajeado. La norma debe brotar de la comunidad entera, como aceptación de sus propias conductas y de la solidaridad social que de ellas emana, sin perjuicio de que sean recogidas por las instituciones legislativas. Sería el punto de conjunción de una política del derecho con una economía del derecho.

La autodisciplina es una virtud que debe devolverse a la comunidad para esa convivencia. Benjamín Cornejo fue un conocido experto, en ámbitos nacional e internacional, con una dedicación plena y entrega sin límites desde la Universidad y la Academia que hoy lo recuerda. Sus palabras, sus ideas iluminan, permitiendo avizorar que hay camino a recorrer, que hay futuro en tiempos de incertidumbre, de falta de líderes desinteresados, vocacionados por el servicio a la comunidad. Por eso hoy es como si Cornejo estuviera junto a nosotros, empeñado en el desarrollo del derecho y de la economía para la comunidad toda. Vive así en sus ideas, junto a nosotros.



Los datos relativos al sitio web han sido publicados en la *Memoria de la Presidencia, año 2006*, a la que remitimos.



# DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA SOBRE LA LEY 26.080 DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO

## I. Introducción

La reforma constitucional de 1994 tuvo como una de sus ideas fuerza fortalecer y asegurar la independencia del Poder Judicial y para ello consagró dos nuevas instituciones: el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento (arts. 114 y 115 C.N.).

Frente a la reciente sanción y promulgación de la ley nacional 26.080 referida a dichas instituciones, y modificatoria de la anterior ley 24.937, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba luego de analizar y debatir la problemática que ella plantea, particularmente, en la afectación a la señalada independencia judicial, considera oportuno llamar a la reflexión ciudadana lo que ello significa.

En este marco de colaboración a la mejor marcha de las instituciones republicanas, en una sociedad políticamente democrática e ideológicamente tolerante, afirmamos:

1. Toda ley que sancione el Congreso de la Nación, debe ser *en consecuencia con la Constitución Nacional*, a fin de dar plena vigencia al principio de la supremacía constitucional (art. 31 C.N.) y a la validez jurídica legal. Cuanto más ello es así, como en el caso que nos ocupa, en que la ley reglamenta órganos fundamentales del Estado, cuyo diseño final el constituyente dejó al criterio legislativo, lógicamente dentro del marco constitucional que le fijaba.

# II. Consejo de la Magistratura

- 2. En cuanto al Consejo de la Magistratura, su diseño básico fue incorporado por la Convención Nacional Constituyente de 1994 al texto de la Carta Magna en su art. 114, delegando su regulación a una ley especial del Congreso. En la amplia temática que ésta debe abordar, es particularmente importante recordar para el presente análisis, que el citado artículo prescribe en su parte pertinente, que:
- "El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley".
- 3. Que siendo una de las objeciones constitucionales más destacada que se le formula a la nueva ley, precisamente, el no haber respetado el *equilibrio en las representaciones sectoriales*, resulta indispensable para una correcta interpretación de dicho requisito, indagar en el pensamiento del constituyente.
- 4. Que, en tal sentido, debe tenerse presente, la fundamentación del dictamen de la mayoría en la Convención Constituyente expuesta por el miembro informante convencional Enrique Paixão cuando expresa que: "En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas

finalidades y el pluralismo en la integración del órgano".

La Constitución ha prescripto que la configuración del órgano esté signada por el *equilibrio*. Con ello, ha establecido que la composición numérica debe garantizar que los poderes políticos no tengan en él una hegemonía que menoscabe la transparencia en el cumplimiento de las funciones -muchas y muy importantes- que le asigna y ha de asegurar el pluralismo en su integración.

Esa composición, a su vez, no puede tener características tales que resulte generado un sistema de cooptación en el nombramiento de los jueces, o que quede transformado el sistema judicial en autogestionario, con olvido de que la función de los jueces es, primordialmente, la de decidir en casos contenciosos.

Los órganos democráticos deberán tener importante injerencia en el cumplimiento de esas funciones, pero, la participación en ese gobierno de los propios jueces, de quienes intervienen en la actividad forense y de otras personas, permitirá que exista presencia *sectorial sin que algunos de los estamentos convocados puedan manejar por sí mismo al Consejo*" (confr. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, t. II, pág. 2.220, y "La reforma de la Constitución. Explicada por los Miembros de la Comisión de Redacción" (Rubinzal-Culzoni Editores, Cap. X, pág. 415).

O sea que tanto del texto normativo como del debate, surge de manera indudable que la voluntad y el espíritu del constituyente han sido la de alcanzar un Consejo de la Magistratura con integración equilibrada entre los diversos sectores, evitando tanto la *politización* como el *corporativismo* en la designación y destitución de los magistrados. Esa ha sido la decisión política y jurídica fundamental para la nueva institución.

- 5. Que en cumplimento del mandato constitucional, el Congreso de la Nación sancionó en el año 1999 la ley 24.937 (modif. por ley 24.939) reglamentando la organización y funcionamiento del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, respetando el equilibrio constitucional en la integración, evitando que ningún sector pudiese imponer por sí solo sus criterios. Ello no descarta en manera alguna que, atendiendo a la experiencia institucional de varios años, la citada ley sea perfectible mediante una razonable reforma que, apoyada en el plexo constitucional, supere aquellos aspectos negativos que puedan obstaculizar el mejor cumplimiento de sus trascendentes fines.
- 6. A la luz del pensamiento constituyente que inspiró el texto del art. 114 C.N., resulta fácil advertir que la integración del Consejo que establece el art. 2º de la ley 26.080 y las consecuencias funcionales que de ello se deriva en el ejercicio de las atribuciones del art. 7º, entre otras, parece evidente que *viola manifiestamente el equilibrio estamental* exigido por la Constitución, tornándose palmariamente inconstitucional. La *ruptura del equilibrio* por el predominio de la representación política y que lleva a la *politización* del Consejo se manifiesta, principalmente, en las siguientes disposiciones:
- 6.1. En el art. 2º de la ley 26.080, al establecer que de los 13 miembros integrantes del Consejo de la Magistratura, 7 pertenecen al ámbito político (tres diputados, tres senadores y un representante del P.E.); 3 al estamento de los jueces; 2 al de los abogados y 1 al académico.
- 6.2. En consecuencia, esta *desequilibrada integración* revela categóricamente que ese número de 7 miembros es suficiente para:
- a) Formar *quorum* para las sesiones del plenario y adoptar decisiones con mayoría absoluta de miembros presente, es decir, 4 (art. 9°);
- b) Elegir al presidente (ya no lo es el presidente de la Corte Suprema) y al vicepresidente (art. 7.4);
- c) Designar a los integrantes de las diversas comisiones internas: Selección de Magistrados y Escuela Judicial, Disciplina y Acusación, Administración y Financiera y de Reglamentación (art. 7.5);
  - d) Designar al administrador general del Poder Judicial, al secretario general del Consejo,

etc. (7.6);

- e) Aplicar sanciones a los magistrados (art. 7.12);
- 6.3. De otro lado, la ley tampoco respeta el art. 114 C.N., cuando éste habla de "otras personas del ámbito académico y científico...", es decir, más de uno, y el art. 2.5 sólo acepta un académico.
- 6.4. Asimismo la ley es inconstitucional porque en su art. 13.C, dispone insólitamente que "el rechazo por el Senado del pliego del candidato propuesto por el P.E. importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trata", quebrantando con ello la explícita prescripción del art. 114.2 C.N., al establecer que las ternas que el Consejo de la Magistratura eleva al P.E. para el nombramiento de magistrados son vinculantes.
- 7. Que, en consecuencia, la factura así descripta de la ley, importa una afectación severa a la misma independencia del Poder Judicial que, como Poder del Estado, se advierte menospreciado y devaluado por una ilegitimidad de origen, atendiendo a la inconstitucional integración del Consejo de la Magistratura que participará en el proceso de designación de los futuros magistrados de la justicia nacional.

# III. El Jurado de Enjuiciamiento

- 8. Que en cuanto al Jurado de Enjuiciamiento, el constituyente dispuso en el art. 115 C.N. que "los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por la causales expresadas en el art. 53 por un Jurado de Enjuiciamiento *integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal*".
- 9. La ley 26.080 igualmente viola el texto y espíritu del constituyente de 1994 y, por lo tanto, son inconstitucionales las normas que en dicha violación incurren. En efecto:
- a) Se establece una marcada *politización* en la forma de su integración a poco que se repare que de los 7 miembros que lo conforman, 4 pertenecen al ámbito político (dos senadores y dos diputados); 2 a la magistratura y sólo 1 a los abogados (art. 22);
- b) Asimismo, el art. 115 C.N. consigna pluralmente la expresión "abogados", es decir, más de uno en la integración, y la ley sólo fija 1 abogado (art. 22);
- c) Resulta evidente que los miembros políticos tienen la mayoría absoluta del total de integrantes, lo que les concede la posibilidad de lograr el *quorum* y tomar la generalidad de las decisiones, como por ejemplo, elegir de entre sus miembros al presidente, función que en la anterior ley ejercía un ministro de la Corte Suprema. Asimismo es evidente la preponderancia que los 4 representantes políticos ejercerán en la conformación de los dos tercios -5 miembrosque se requieren para la destitución de los jueces (art. 25 de la ley 24.937 no derogado).

# IV. Conclusiones

Por lo expuesto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictamina:

Que la nueva ley 26.080 recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, que establecen que el equilibrio entre los sectores en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento, es el principio fundamental para la integración de ambas instituciones.

Que la inconstitucionalidad de la nueva ley resulta evidente puesto que se ha otorgado a la representación de los órganos políticos la mayoría de los cargos tanto en el Consejo de la Magistratura como en el Jurado de Enjuiciamiento.

Que esta ley inconstitucional significa no sólo una grave lesión al principio de la independencia del Poder Judicial, que es esencial para el funcionamiento de nuestro sistema republicano y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además una violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional, cuyo respeto es ineludible para todos los ciudadanos, particularmente para quienes son los constructores políticos de la sociedad civil.

Dictamen aprobado en sesión ordinaria del 14 de marzo de 2006.

Ernesto Rey Caro Secretario

Olsen A. Ghirardi Presidente

# DICTAMEN DEL SEÑOR ACADÉMICO DE NÚMERO DR. EFRAÍN HUGO RICHARD SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA UNIPERSONAL

Ref.: Sociedad constituida por único socio

Córdoba, 25 de noviembre de 2006

Lic. Pablo A. Das Neves Jefe de Asesores H. Senado de la Nación

Me dirijo al Sr. jefe de Asesores, conforme encargo que me formuló el Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en mi carácter de académico de número y director del Instituto de la Empresa de la misma.

He demorado la respuesta por encontrarme fuera de la ciudad, en primer lugar como coordinador académico del II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en Mérida (México) por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal del que soy vicepresidente académico, e inmediatamente en la ciudad de San Miguel de Tucumán para recibir el doctorado *honoris causa* que me confiriera la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino.

Cumplido así lo protocolar, vamos al objeto de la consulta.

Adhiero a posibilitar la organización de la empresa unipersonal a través de la sociedad constituida por declaración unilateral de voluntad.

El proyecto de ley me parece bien concebido y muy correcto al no limitar esa constitución a sociedades con limitación de responsabilidad de los socios, pues la estructuración de esta forma organizativa debe entenderse en beneficio de la conservación de la empresa y de los terceros que se vinculan a ella, más que a la limitación de responsabilidad.

Conforme a ello me parece muy bien normado el art. 1°, reforzando la línea de la actual ley que parecía querer ser abandonada por el anteproyecto y proyecto que cita el Sr. asesor general, y que merecieron críticas al generar cambios estructurales no explicitados.

Me merece algún reparo, aunque no fundamental, la estructura del art. 4º, en su segundo párrafo, en cuanto impone la constitución de estas sociedades por instrumento público, cuando lo que debería enfatizarse es la publicidad y su inscripción registral para tenerla por constituida y ser reconocida como persona jurídica. Ello porque no es inteligible una sociedad unipersonal "irregular", ni puede admitirse la preterición de los acreedores individuales frente a los acreedores sociales sin una previa publicidad. Si se coincidiera con esa apreciación estructural, el segundo párrafo podría ser sustituido por el siguiente texto: "En los casos de sociedades comerciales unipersonales, no se las entenderá constituidas ni se las reconocerá como sujeto de derecho (o persona jurídica) hasta que no estén inscriptas en el Registro Público de Comercio, previa publicación cualquiera fuere el tipo".

Las demás normas proyectadas, aun las que no contienen referencia específica a la sociedad unipersonal como la de los arts. 1º y 286, o con cambios estructurales como la del art. 30 no sólo no me merecen reparos sino que me parecen excelentemente concebidas.

Quedo a disposición del Sr. jefe de Asesores y de los Sres. senadores para ampliar o justificar estas opiniones, que vierto en forma sintética para no prolongar la referida demora. Algunos trabajos doctrinarios sobre el punto pueden ser consultados en la página electrónica de esta Academia www.acader.unc.edu.ar

Le saludo con mi consideración más distinguida.



JUSTICE ET HEGEMONIE. LA PHILOSOPHIE DU DROIT FACE A LA DISCRIMINATION D'ÉTAT.

de Jean-Marc Trigeaud, Bordeaux, Biére, 2006, 338 págs.

Fecundo pensador, autor de numerosas obras, el profesor de filosofía del derecho de la Universidad Montesquieu de Burdeos (Francia), nos entrega sus reflexiones acerca de la política o el Estado y el derecho. Ubicado en una perspectiva metafísica en la cual, el "universal singular" caracteriza su realismo personalista y crítico, trata de aportar una solución a cuestiones y problemas de absoluta y necesaria urgencia del ámbito mundial y cotidiano de nuestros días.

El autor sostiene que ha llegado la hora de cuestionar el rol del Estado frente a la persona que vive su vida como ser humano común en esta sociedad de abigarradas costumbres. El Estado moderno propone la política "a propósito de la conducta que obliga a seguir a sus representantes", en cuyo caso señala la "discriminación del Estado o una discriminación política". El derecho se convierte así en un medio al cual se le imponen fines, a veces, arbitrarios. Parte de la sociedad civil -en ocasiones, casi un cincuenta por ciento de sus ciudadanos- es sometida a designios no queridos por sus destinatarios. En ese sentido existe una clara discriminación del Estado frente a personas que viven en la misma sociedad.

Afirma el autor que el Estado, de esa manera, define una "cosa pública" que no pertenece a un gobernante, puesto que es propiedad de todos los que viven en esa sociedad y en un determinado territorio. Ello invade el ámbito irrenunciable de la persona humana y priva a una parte de los ciudadanos de representación genuina, no obstante, la observación de preceptos legales que, en definitiva, traicionan el propio derecho. Hay valores violados, valores primarios, como el de la vida humana y valores fundamentales como el de la justicia.

Profundizando la raíz del problema llegamos a advertir que se produce una disociación entre la *persona* y los *personajes*, disociación que está en el corazón de la problemática que se está abordando.

El Estado y sus representantes deben permanecer fieles a las propuestas aceptadas en el proceso de advenimiento al poder político. La voluntad ética manifestada debe mantenerse fiel a toda la comunidad, que es la base legítima de su origen. La fidelidad política es esencial para que no se produzca esa funesta dualidad que destruye la realidad de la justicia debida a las personas y acentúa, merced a una discriminación, la hegemonía de los personajes.

Los fundamentalismos religiosos, el terrorismo, la violencia de todo signo y la pluralidad de las culturas, son algunos de los factores que influyen en el orden político y que son la causa de ese fenómeno que se ha hecho notar.

En puridad de verdad, la "naturaleza del hombre" debe ser respetada. El hombre debe ser considerado "en cuanto hombre" y no "en cuanto cosa". La humanidad del hombre en sí, y no sólo ello, sino la consideración del hombre sin disociar el universal del singular. Metafisicamente, lo concreto de lo justo toma su forma más allá de las "teorías de la justicia" que parecen haber sustituido la justificación absoluta. La consideración de la persona "integral", no contemplada sólo desde el punto de vista de idealizaciones pactistas o contractualistas, conduce a la verdadera igualdad. Así, el autor puede sintetizar su pensamiento en un párrafo señero: "... la maxima iniuria consistera toujours en une négation de la dimension première ou de la dimension la plus profonde qui met en évidence l' irreductibilité singulière de la personne".

Sostiene Trigeaud que el *hombre-persona*, se revela en las modalidades de su ser religioso y cultural, sus modalidades místicas y estéticas, que "preexisten a su socialización y a su juridización".

En otras palabras, Trigeaud fustiga la actitud *nominalista*, de raigambre medieval, que considera al hombre sólo por sus caracteres secundarios, sin ahondar en la concepción de la persona integral, que se caracteriza por una sustancialidad que va más allá de la superficie fenoménica.

La edición forma parte de la Bibliothèque de Philosophie Comparée - Philosophie du Droit - 22.

### Olsen A. Ghirardi

CARNET DE VOYAGE A MONTPELLIER ET DANS LE SUD DE LA FRANCE 1676-1679, de John Locke,

Montpellier, Les Presses du Languedoc, 2005, 206 págs.

Se ha editado en idioma francés, el diario de viajes por el sur de Francia -y otras comarcasque hiciera John Locke entre 1676 y 1679. La edición se ha realizado bajo la dirección del filósofo Guy Boisson y la traducción de Marie Rivet, con un prefacio de Henri Michel.

Por la introducción nos enteramos que ese diario está contenido originalmente en mil quinientas páginas manuscritas en idioma inglés -casi crípticas- pues el autor utilizó un sistema estenográfico muy personal, en su apresurada redacción.

Es cierto que la enfermedad crónica que le afectaba hacía recomendable un clima meridional más bien benigno; pero no es menos verdad que Montpellier, con su reputada Escuela de Medicina, era un polo atractivo para el médico, a la vez, filósofo y político, que, a la sazón, tenía aproximadamente cuarenta y tres años.

Realizó así una estada de año y medio en Montpellier, donde se interesó por los estudios médicos y las experiencias y observaciones que sus colegas franceses efectuaban. Profundizó sus conocimientos acerca de la "nueva filosofía", es decir, la de Renato Descartes y conoció los escritos y obras de Blas Pascal, Pierre Gassendi y otros. Confirmó que el camino correcto en el conocimiento de las ciencias naturales y la anatomía y fisiología humanas era el tránsito por una experiencia sistemática y cotidiana y una observación atenta y rigurosa.

Hizo amistades entre los médicos hugonotes, como es el caso del doctor Miguel Barbeyrac, dado que existía una comunidad protestante cuantitativamente relevante. De los más o menos treinta mil habitantes que vivían en Montpellier, un cuarto era de religión protestante, según el testimonio del propio Locke. Las relaciones entre católicos y protestantes eran más o menos pacíficas, aunque el gobierno absolutista de Luis XIV imponía severos controles a los no católicos.

El diario hace desfilar ante nuestros ojos los edificios, los canales, las obras arquitectónicas en general, los cultivos, entre los que se destaca una relación minuciosa de los olivares, viñedos y cítricos. La descripción es tan completa que asombra, pues consta la dirección de los vientos, las lluvias, las nevadas, la temperatura. En otro orden, las costumbres, las vestimentas, las comidas y sus precios, los alojamientos y las comodidades de las posadas, los medios de transporte, los pesos y medidas, el valor de la moneda; en fin, el prolijo viajero nos hace revivir la característica del lugar y los tiempos, de tal manera, que los mismos franceses de hoy acuden a la lectura de sus datos para confirmar la situación real existente en el siglo XVII en el Languedoc.

El libro contiene una relación de enfermedades con sus respectivos tratamientos (escoriaciones, úlceras, epilepsias, diabetes, etc.) lo que demuestra el interés puramente científico de Locke por estos temas referidos a su profesión, a pesar de no ejercerla.

El problema religioso le ocupa especialmente, pues no deja de mencionar la cantidad de protestantes existente en cada población, como asimismo, los conventos y otros edificios dedicados al culto. Por cierto, que deja constancia de la cantidad de templos protestantes que fueron demolidos a medida que se empeoraba su situación religiosa desde Richelieu en adelante.

Acude a los oficios religiosos católicos y describe minuciosamente sus actos públicos y, sin ser muy específico, deja la sensación de que le sorprende el fasto que se desarrolla ante su vista,

así como la idolatría que él -con su concepción puritana- califica seriamente. Pese a su circunspección, sus notas nos dejan la sensación de una contenida crítica. Una nota de pie de página revela, en la inteligencia del filósofo, que comparte los sentimientos iconoclastas de los protestantes, al dejar entrever que la religión católica debería prohibir las representaciones o imágenes de Dios Padre.

Las organizaciones religiosas, lo mismo que las políticas, atraen también su atención y son descriptas en detalle. Incluso se encuentran, algunas veces, repeticiones acerca del mismo asunto.

Describe la geografia del Languedoc y, más específicamente, la ciudad de Montpellier, comparándola con Oxford. Nos pinta sus caminos y calles y, como no podía ser de otra manera en esa antigua ciudad de aquellos tiempos, califica sus calles como muy estrechas y sus edificios muy altos.

No se le pasa por alto el Jardín Botánico de Montpellier. En efecto, los médicos habían traído plantas de todo el mundo (incluso de la India) porque la medicina descansaba en gran parte en la curación mediante medios vegetales.

Siempre atento a los problemas religiosos, Locke deja constancia que el rey de Francia había promulgado una ley que disponía la prohibición del matrimonio de personas de diferente religión.

Hay una descripción detallada de los impuestos que pesaban sobre la región, tanto nacionales como los de la ciudad. Destaca la exención de esos impuestos sobre las tierras que pertenecían a los nobles y las comunidades religiosas católicas.

Figuran también noticias realmente notables, según nos parece. Por ejemplo, describe un debate habido en la Facultad de Medicina y dice escuetamente: "... mucho francés, latín difícil, poca lógica y poca razón", y anota a continuación el siguiente verso de las *Bucólicas* de Virgilio: "Vitulo tu dignas et hic". Más adelante escribe: "Martes 3 de marzo. Viento del sudeste. Nuboso. Frío. En la Facultad de Medicina, un estudiante responde al profesor que preside. Seis profesores expresan su desacuerdo muy violentamente, en latín y en francés con fuertes gesticulaciones".

Relata, igualmente, el caso de un gentilhombre que sacrificó al diablo un niño de uno de sus domésticos porque quería hacerse amigo del demonio para que le ayudara a ganar dinero.

Siempre preocupado por los protestantes nos dice que se piensa que ellos representan en Francia 1/16 del total de la población y que, en el Languedoc, habitaban aproximadamente doscientos mil practicantes de esa religión. En nota se aclara que hacia 1660, podían contarse en Francia entre uno y dos millones de igual credo, cifra que varía según otros historiadores.

Al discurrir en su diario, un sábado de septiembre de 1676, filosofa acerca de la clasificación de los insectos. Sostiene que la reproducción es un factor importante para tener en cuenta, pero que las cualidades inherentes a ellos o sus diferencias esenciales nos son desconocidas. Esto es, que las especies son "ideas generales" o "construcciones" de nuestro espíritu. He aquí que asoma el nominalismo lockeano.

Por otra parte, podemos señalar que Locke disfrutó de una estancia en París donde tuvo contactos con medios intelectuales. Se entrevistó con médicos, teólogos, filósofos y hombres de ciencia. Incluso -resulta asombroso- asistió a un amanecer del rey Luis XIV (*"Il voit le roi à son lever a Versailles"*).

En un apéndice del libro figuran "extractos filosóficos redactados en Montpellier". Se trata de unas meditaciones acerca de las "ideas simples" y de su clasificación, además de las "ideas complejas", construidas a partir de aquéllas. Es decir, Locke, en el Montpellier de 1676, reflexionaba sobre los problemas del conocimiento, materia que sería tenida muy en cuenta al redactar su famoso *Ensayo sobre el entendimiento humano*, que editaría más tarde (1690).

Hacia marzo de 1676 anotaba en su diario que se había prohibido en Francia enseñar la filosofía "nueva", tanto en las academias como en las escuelas y universidades. Se trata -como ya dijimos- de la filosofía cartesiana, noticia anotada en escuetos dos renglones. En París, en efecto, la universidad había decretado dicha prohibición en 1671, según nota de pie de página.

Como dato interesante se especula que Locke leyó hacia 1676 la primera edición de los

Pensées de Blas Pascal, que aparecieron en París en 1670.

El libro que recensionamos se halla ilustrado con láminas acerca de Montpellier y contiene una específica bibliografía.

Se trata de una valiosa obra para quien desee ampliar el conocimiento íntimo del pensamiento y el espíritu investigador del ilustre inglés del siglo XVII, en ese período de su vida en Francia que va desde 1676 hasta 1679.

Olsen A. Ghirardi

EL SER, EL HOMBRE Y LA RAZÓN, COMO FUNDAMENTO DE LA MORAL Y EL DERECHO.

de Eduardo Morón Alcain, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2006.

Con sus notables antecedentes en la carrera judicial y en la docencia de filosofía, no es extraño que este libro de Morón Alcain desafíe el relativismo que degrada la cultura contemporánea. La obra trata de responder -y lo logra- a estas preguntas: ¿hay razones que justifiquen y legitimen los principios y normativas que rigen en la conducta humana y, en su caso, cuáles son? O ¿de dónde pueden salir o extraerse justificadamente las reglas de nuestros actos morales y jurídicos? Por eso se propone exaltar la verdad y sugerir una orientación positiva para la sociedad actual. Y así le interesan más los fines que los medios. Es erróneo establecer un abismo entre el ser y el deber ser.

Lo objetivo es el tema del primer y segundo capítulos y hay que reflexionar sobre ellos porque son fundamentales.

El autor sigue demostrando su profundidad al analizar los fundamentos objetivos en el sujeto y así se suceden temas muy sugestivos como la igualdad, la esencia y la sustancia humanas y la propia existencia y también lo religioso en que Zubiri orienta la reflexión.

En el Capítulo IV nos acercamos a nosotros mismos, porque trata magistralmente del sujeto humano en cuanto conoce y actúa, con una diversificación muy apasionadamente de temas. Por ejemplo, con la dimensión trascendental del hombre y la libertad.

Y naturalmente se nos presenta el ser y el deber ser con una variedad de temas que nos sitúan en lo cotidiano. Así, la acción humana y la vida moral: el bien, la acción moral, los hábitos, fin o bien último de la vida moral, conciencia moral y relativismo, con su escepticismo práctico. Fundamental para nuestra reflexión.

El Capítulo VIII se ocupa del derecho, con un análisis esencial pero poco corriente y por eso mismo justifica su propuesta. Quisiera agregar que al derecho se le puede pedir todo en cuanto al conflicto de intereses y las estructuras sociopolíticas, pero hay desequilibrios y anomalías colectivas que el derecho no puede corregir porque no son de su orden. ¿Por qué esta advertencia? Porque la única novedad del siglo XX, cuando creíamos caídas las utopías revolucionarias, es el Estado de derecho. Y como el Estado no está en su apogeo (J. Freund), crece la responsabilidad del derecho. La tendencia es esperarlo todo del derecho. Es su grandeza pero también su debilidad. ¿Por qué? Porque el derecho no es más que el orden del orden social, no todo el orden. Cuando el orden social está desgarrado por el narcotráfico, la subversión, la corrupción, la injusticia, el poder hegemónico, el derecho ayuda a restablecer el orden, pero no basta. No basta porque prevé las normas y las decisiones que las aplican, pero el desgarramiento del orden social depende de conductas que se apoyan en valores. El derecho no es el ethos y el ethos son los valores vividos en la vida emotiva de la gente. El orden social hunde sus raíces en el ethos que es anterior al derecho. El orden social hace remisión a los valores, más que a las normas, pero también a las normas. He hablado por mí mismo, pero vuelvo para subrayar este Capítulo VIII sobre el derecho, al que sigue un anexo interesente y la

rica bibliografía.

Morón Alcain nos presta un valioso servicio con esta contribución esencial para una vida realmente humana, tan comprometida hoy.

### Pedro J. Frías

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, de Susana G. Cayuso (coordinación general), Buenos Aires, La Ley, 2006, 210 págs.

Con su notable experiencia, Susana Cayuso ofrece en este libro de 649 páginas, las "claves para el estudio inicial de la norma fundamental comentada", lo que supone un esfuerzo elogiable de acceso a una norma que nunca ha sido tan eludida como ahora. Me refiero a la situación del Congreso con los decretos de necesidad y urgencia y los superpoderes. Y a la subordinación de las provincias y los municipios al poder central.

Si se tiene en cuenta el déficit de formación cívica del nivel medio y terciario de la educación argentina, se realza la necesidad de estas "claves" comentadas, anotadas y con gráficos que nos sorprenden.

La anomia caracteriza a nuestra sociedad, como lo han demostrado las encuestas del libro de Hernández y Zovatto que nos han alertado dolorosamente sobre el desprecio real a la ley.

La metodología, explicada en el prólogo, nos convence de que pueden usarse métodos no convencionales que ayuden a la motivación docente y despierten curiosidad y reflexión.

El interés histórico también alienta estas páginas y hay interrogantes con fines docentes.

Me parece que nada falta en este libro. La distribución de las materias es tradicional, más las disposiciones transitorias, los tratados internacionales y los antecedentes históricos. La bibliografía es suficiente.

Asombra, en definitiva, un tratado de esas características, tan infrecuente en nuestro rico derecho público. Por eso mismo he advertido un horizonte nuevo que debe hacer camino para la recuperación de nuestra legitimidad.

## Pedro J. Frías

LEGALIDAD TRIBUTARIA, de Víctor Manuel Avilés Hernández, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 210 págs.

Durante mis viajes anuales a Chile -1948 a 2005- traté a tres generaciones de juristas de notable calidad. Entre los más jóvenes conocí al autor, nieto del destacado médico cordobés Narciso Hernández y casado con una cordobesa. A los elogios que escuché de quienes han sido sus profesores, se sumó el entusiasmo que me causó su libro *Orden público económico y derecho penal* que comenté.

Este nuevo libro que analiza la garantía constitucional del contribuyente -es su subtítulo- no puede ser más oportuno. Y completo, cuando al inicio de su obra, define al poder tributario

como "el imperativo constitucional de que sea mediante una ley en el sentido formal y material, que se establezca un determinado tributo y sus elementos".

Como lo señala el prologuista, las cuestiones derivadas de la reserva legal no son pacíficas. Función principal de la judicatura es buscar el equilibrio entre el poder y el contribuyente.

En la segunda parte del libro, las cuestiones tratadas son acuciantes. Para mencionar una, elijo la delegación legislativa, tan perniciosa en la Argentina. ¿Puede el Poder Legislativo delegar en el presidente el derecho a establecer tributos? ¿Bajo qué condiciones? Avilés Hernández enseña que el principio de reserva legal es de naturaleza constitucional. Dice: "No procede la delegación de facultades legislativas al presidente de la República en lo relativo, específicamente, a establecer o repartir tributos". Pero esa negativa es sólo para establecer tributos.

Las conclusiones cierran este texto sugestivo y la bibliografía sorprende por lo completa.

Mientras tengamos investigadores de calidad, los juristas serán indispensables para el buen funcionamiento del Estado de derecho, aunque la realidad política y social no sea favorable. Cuando conciliemos las normas, tantas veces acertadas, con la realidad, habremos superado la crisis institucional en que vivimos.

Pedro J. Frías

PODER Y HEGEMONÍA, de Natalio R. Botana, Buenos Aires, Emecé, 2006.

Cuando vi el título de su nuevo libro, comprendí que Botana iba al fondo de nuestra crisis tan dolorosa. Y cuando lo leí advertí que había interpretado mi ansiedad y me abría una esperanza porque las buenas ideas, alguna vez, inducen a la sociedad.

Desde la crisis de 2001 hasta la violencia en el traslado del cadáver de Perón, nuestro país -todos nosotros- atravesamos un período de incertidumbre que va finalizando en otro, con poder hegemónico y alivio en la crisis económica.

La notable obra de Botana interesa al mundo del derecho porque el poder es una energía que impone comportamientos, y controla su cumplimiento o se desentiende, como lastimosamente pasa entre nosotros.

Dice que "La Argentina es hoy una nación que ha recuperado en el corto plazo un vigoroso crecimiento económico, habitada por severas desigualdades y gobernada por un régimen político que no termina de resolver si lo que habrá de prevalecer es una democracia hegemónica o bien una democracia republicana". Señala además que se convierten los hechos del pasado en una ideología para dirimir las querellas del presente. Y es muy cierto lo que expresa sobre una democracia republicana con buenos índices de legitimidad: las disputas en torno del pasado se apaciguan, mientras que en la Argentina se enardecen. Vivimos una democracia ejecutiva... Las observaciones del autor son tan valiosas para entender nuestro presente, como sustitutos del "movimientismo" y de lazos clientelísticos entre los líderes y sus seguidores.

Por ello, el autor se detiene en lo republicano, como gobierno limitado, gobernabilidad sustentada en el Estado de derecho, participación encauzada por el Estado de derecho. Pero ocurre al revés: cuando el estilo movimientista avanza a ritmo militante, el principio de la legitimidad democrática y republicana que más sufre es el de la mayoría limitada.

En la segunda parte del libro se estudia el transformismo justicialista y las hegemonías

provinciales. Reflexiones incisivas sobre la emergencia perpetua, o la república al revés.

Muy interesante, por supuesto, la tercera parte de la obra, que trata sobre los derechos y obligaciones. La actualidad -me refiero a los acontecimientos que están en la memoria de muchos argentinos- AMIA, Cromagnon, etc., nos va haciendo reflexionar sobre nuestros gobiernos y nuestra sociedad. Los temas son numerosos y siempre justificados: el Estado de derecho, o subordinación de todo poder al derecho, da mucho que pensar, porque, a mi modo de ver, no existe en la Argentina. Se suceden notables reflexiones sobre la experiencia de las reformas, sobre la praxis federal -una descentralización sin asidero propio- y un apéndice sobre el republicanismo.

Duele no poder comentar todo, porque la obra es tan rica en explicaciones de nuestro pasado y presente, que leerla para revisar nuestra conducta, es indispensable. Una nueva contribución de Botana, a quien debemos tanto...

### Pedro J. Frías

UN PASAJERO DE LA VIDA, de Víctor H. Martínez, Córdoba, Lerner, Ciencia, Derecho y Sociedad, Universidad Nacional de Córdoba, 2006.

Quien conozca al autor, al abrir sus páginas, sabe de antemano que estos recuerdos son memorias del atardecer que no necesitan exaltar a Martínez porque es notoria su modestia razonable. Por lo demás, en la *Advertencia* inicial está testimoniada su intención de "afirmar realidades vividas y de hacerlo con objetividad, a pesar de la carga subjetiva que, cual imprudente comadre, se introduce en todo relato donde hay protagonismo personal". Y es así. Me ha hecho acompañarlo con la confianza que siempre me ha inspirado su talento, su ética, su conducta.

En dieciocho capítulos narra su niñez, sus experiencias de adulto, cargos y revoluciones, viajes, labor parlamentaria, y todas sus intervenciones, como intendente de Córdoba, como vicepresidente de la Nación, como profesor universitario, como abogado y tantas otras. No diré que el lector repasa la vida del país, pero, durante la lectura, sus senderos me han hecho reflexionar serenamente tiempos que transcurrieron no sin amarguras.

Abundan las anécdotas que hacen a la historia local y nacional, que se enriquece con objetividad y hasta con intimidad, porque reproduce conversaciones que en su tiempo no se divulgaron. Hay páginas casi académicas, como cuando se detiene en la naturaleza del cargo de vicepresidente de la Nación. Y seguramente es discreto porque de su presidente Alfonsín y de su entorno podría contar bastante más.

Sus viajes ocupan un lugar importante porque las funciones desempeñadas le permitieron tratar con personalidades mundiales y así narra el problema con Chile por el Beagle sintéticamente pero con precisión y el lector se ilustra. En su momento comprendió la utilidad de las leyes de punto final y obediencia debida.

Como Martínez fue titular de derecho agrario ha sido de los primeros en acercarse a la ecología, disciplina a la cual ha hecho valiosas contribuciones; de los primeros también en interesarse por los indígenas y, su sentido de la solidaridad, se ha manifestado en muchos espacios sociales y políticos.

El viaje a Galicia, tierra de sus antepasados, conmueve por la emoción. Lamento no entrar en tantos senderos que el pasajero de la vida honra con su deseo de recordar.

La reforma constitucional es analizada brevemente y deja constancia de no haber compartido el Pacto de Olivos, entre Alfonsín y Menem.

La embajada en Lima completó sus servicios al país y aquí cierro mi comentario,

abochornado de no reflejar todo lo que el pasajero nos da oportunidad de conocer. Tampoco yo he aceptado ser grandilocuente de unas memorias escritas con paz en el alma y grandeza de espíritu. Creo que su estilo guiaría a nuestra dirigencia política hacia el bien común. Martínez lo ha servido con abnegación. Es un "pasajero" pero deja sus huellas en la historia argentina.

Pedro J. Frías

PERSONA, SOCIEDAD Y DERECHO, de Augusto Mario Morello, Buenos Aires, Lajouane, 2006, 370 págs.

Si el derecho argentino mantiene su alto nivel, se debe a juristas que como Morello sobresalen en su hermenéutica, con bibliografía sobresaliente pero sin exceso, por su aplicación a nuestro tiempo y por la claridad y la calidad de su desarrollo. Ahora debemos a Morello este nuevo libro, que relaciona el derecho con la sociedad, en la necesidad cotidiana de convivir, en la intensidad de diálogos realistas, dinámicos y cambiantes con los que se estructura el argumento que permite a la gente ser partícipe y vivaz protagonista de las ideas de cada tiempo. Así lo anuncia en el "pórtico". Y así nos penetra en la democracia vivida con los ritos criollos, en el mañana que viene y no en el pasado. Y como Ortega y Gasset caracteriza nuestra identidad y condición de abogados como un *privilegio de obligaciones*.

Treinta y dos capítulos nos conducen a la calidad de persona, el derecho fundamental a nacer, a una vejez elogiada, a la desaparición forzada de personas, al descubrimiento del cónyuge, a la homosexualidad de cara a la Constitución, a la dolorosa desvirtuación del matrimonio. Y siguen los problemas actualísimos, entre la vida y la muerte, la decisión de "dejar morir" a enfermos terminales, la libertad de culto y objeción de conciencia y pasa su reflexión admirable a la sociedad. Me he detenido en cada capítulo porque todo es útil y no sólo útil sino necesario. Los doce capítulos sobre el derecho no son menos indispensables. Uno supone que toda su experiencia ha sido vertida en la admirable elección de los temas.

Es que me pregunto qué falta a pesar de la brevedad de un texto de 370 páginas, pero que hace reflexionar mucho más porque como todo jurista los ha pensado, encuentra la solución tan bien acompañado por la bibliografía. Pero también la encuentra quien desde su cultura corriente, tiene interés en incorporar criterios.

La Corte Suprema es examinada en un capítulo también admirable por su justeza, el dinamismo con que se abre a muchos interrogantes y cómo contribuye a razonar la solución.

En esta nota no hago justicia al esfuerzo inteligente de Morello. Sólo quiero incitar a su lectura, porque ella contribuye a ese diálogo entre la persona, la sociedad y el derecho que nuestro tiempo exige precisamente por la pérdida de valores y el extravío social de criterios que enaltecen a la persona.

Pedro J. Frías

URBANIZACIONES CERRADAS RESIDENCIALES, de Mirta Liliana Bellotti, Córdoba, Advocatus, 2006.

Como lo indica la Introducción de esta obra tan útil, en ella se estudian los emprendimientos de uso residencial con equipo comunitario y perímetro cerrado, que llama urbanizaciones cerradas residenciales. Como la didáctica es notable en el libro, la autora va señalando todos los rasgos. Con Andorno, advierte que son "conjuntos inmobiliarios surgidos por iniciativa de particulares, con régimen urbanístico especial, que para satisfacer una función común de vivienda permanente o transitoria, o bien de carácter comercial o industrial, agrupa a una pluralidad de unidades parcelarias independientes, afectadas por restricciones o vínculos jurídicos, con servicios y partes comunes inescindibles de las parcelas que generalmente son administrativas por una entidad que agrupa a los participantes".

El libro se caracteriza por abordar los graves problemas sociales y urbanísticos que han determinado su desarrollo en la Argentina. Y lo hace con una solvencia llamativa para mí que como profesor de municipios, he tenido vocación por el urbanismo. Estudia la fragmentación de las ciudades y la exclusión social, con apoyo de sociólogos y urbanistas, en Buenos Aries, en Córdoba, en el área metropolitana de Rosario y el Gran Mendoza. Concierne al derecho administrativo y al derecho civil.

El Capítulo I ahonda en la fragmentación espacial de la ciudad y la segregación social. La globalización se hace presente en la ciudad y la pauperización de las clases medias. Se estudia el proceso en algunas grandes ciudades argentinas y desde luego, el desarrollo de los barrios privados. Pero es alucinante seguir a la autora en su descripción y en su indagación sobre el fenómeno urbanístico y los tipos de urbanizaciones cerradas, como el club de campo y varios más

Como es lógico, un capítulo está dedicado al estudio de la jurisprudencia y el III al derecho urbanístico, en el que se aprenden las normas imperantes en Córdoba y otras ciudades.

El Capítulo IV examina el instituto jurídico de derecho civil aplicable. Cuando llega el momento de las conclusiones, la autora encuentra más conveniente modificar la ley de propiedad horizontal de manera que permita la constitución de derechos exclusivos sobre porciones de terreno y edificar en ellos. Hay muchos más. Subrayo el párrafo final: "El objetivo primordial será hacer las ciudades y sus habitantes más sensibles a la vida cotidiana de todos y de cada uno, más capaces de acogimiento y de solidaridad, más capaces de no generar marginación". Adhiero fervorosamente a ese propósito y ojalá algo se logre.

Y todavía el libro nos suministra en el Apéndice A, las normas aplicables y, en el Apéndice B, modelos de estatutos y reglamentos internos usados en las jurisdicciones estudiadas.

Le debemos así a Mirta Liliana Bellotti un aporte decisivo para humanizar las ciudades.

Pedro J. Frías

MUNICIPIO Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA, de María Gabriela ABALOS, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2006.

Mendoza tiene el privilegio de contar con una generación de especialistas en ciencia política y constitucional que se ha formado en el Instituto creado por Dardo Pérez Guilhou, maestro de todos. Este libro es un testimonio más de la producción intelectual mendocina. Su autora es una notable operadora del derecho público, de cuya tesis sobre "Autonomía municipal ¿realidad o utopía?" fui jurado.

Con un análisis histórico, normativo y jurisprudencial, parte de esa tesis sobresaliente, se ha convertido en libro. Y en buena hora, porque la subordinación que afecta a muchos municipios, debe superarse.

Pérez Guilhou señala en el prólogo, el interés creciente por la globalización y regionalización y con el mismo énfasis por los problemas municipales y vecinales.

El maestro destaca la afirmación de Abalos de que el hombre está llamado a ocuparse del bien totalizante e integrador de la comunidad política local. Es que nuestra identidad se integra con una faz local, otra regional y una tercera globalizada.

El libro tiene un desarrollo histórico muy interesante, otro normativo constitucional, legal y reglamentario y acude a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Mendoza.

Quizás lo más valioso sea su contribución decisiva a la reforma de la Constitución de Mendoza que reconoce la autonomía municipal. Abalos dice que el alcance y contenido de la autonomía municipal supone que la provincia no podrá extremar las limitaciones que puedan llegar a privar al municipio de un contenido mínimo en cada grado de autonomía, ni extralimitarse en forma tal que se dificulte el ejercicio de potestades nacionales y provinciales, pero siempre receptando las particularidades locales, propias y características.

La autora se esmera en la concertación de potestades y cierra su notable contribución con palabras de Julián Barraquero, uno de los precursores de la autonomía municipal.

Un libro indispensable, en suma, para fortalecer la conciencia de las responsabilidades locales, de las que mucho esperamos si no son manejadas por el popularismo, la ambición política o la corrupción.

Pedro J. Frías

LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO CONCURSAL IBEROAMERICANO, libro colectivo bajo la coordinación de Lidia Vaiser, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, 1ª edición, 239 págs.

La dinámica jurista argentina Lidia Vaiser reúne, bajo el sugerente título, las colaboraciones de 13 colegas de Argentina, Colombia, España, México, Perú y Uruguay.

La riqueza del contenido de esas colaboraciones excede la posibilidad de expresar el contenido en una nota bibliográfica, por lo que nos limitaremos a una presentación de títulos y autores, tratando de motivar la lectura del importante contenido de este libro.

Vaiser prologa el libro -que también contiene un artículo de su pluma- publicitando la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal bajo la iniciativa y presidencia del jurista colombiano Prof. Dr. Jesús Sanguino Sánchez, relatando la realización del I Congreso en Barranquilla, Colombia, en octubre de 2005, al que a la fecha de este comentario se suma el II Congreso realizado en Mérida -México- en noviembre de 2006, anunciado en aquel prólogo.

La convocatoria entusiasta de Vaiser -que se enrola en la dinámica grupal- tuvo acorde acogida con la que se configura el contenido de este libro.

La coordinadora agrupó metodológicamente, los trabajos en cuatro capítulos: I. La jurisdicción concursal; II. Crisis empresarias y métodos alternativos de solución; III. Reforma de los sistemas concursales ibereomericanos, y IV. La quiebra transnacional.

El primer capítulo esta integrado por un único trabajo denominando igualmente "Jurisdicción concursal" de la autoría del fundador y presidente del Instituto Dr. Sanguino Sánchez quien define la jurisdicción como una emanación del poder político en su objetivo de precisar que es necesaria esa intervención en los procesos concursales "para garantizar los derechos del deudor, de los acreedores, de los trabajadores y del mismo Estado" a cuyo fin "es necesario reorganizar la jurisdicción oficial para que se encargue de estos procedimientos a través de jueces especializados o entidades administrativas con funcionarios judiciales debidamente preparados en temas como economía, finanzas, contabilidad y demás materias

que giran alrededor de la concursalidad", lo que hace después de un minucioso recorrido basado en que "La casi totalidad del derecho positivo en el campo civil, comercial, laboral y administrativo se mantiene dentro de cánones ya superados por la historia, por el tiempo, por las condiciones políticas y sociales del momento. Se vive con un derecho divorciado de la realidad social y política".

El segundo capítulo sobre "Crisis empresarias y métodos alternativos de solución" refiere tres artículos, el primero de los cuales nos pertenece bajo la denominación "Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa", por lo que sólo diremos que desenvolvemos nuestra tradicional posición de que las crisis económicas financieras deben ser afrontadas tempestivamente y conforme las normas del derecho societario. Continúa con el artículo de la coordinadora "La huída de la judicialidad en los procesos concursales", con un imperdible análisis de las controversias pesimistas sobre los concursos y un cuestionamiento a las políticas legislativas de los Estados -particularmente, los periféricos, pues desde un análisis del derecho argentino lo proyecta a los latinoamericanos- apuntando expresamente que la escuela económica del derecho "de lo que se trata en definitiva es transferir la empresa reorganizada a los acreedores por medio de cuota partes de capital o de bonos de la deuda del nuevo ente", a lo que critica pues los costes de transacción deben ser soportados por los acreedores en beneficio de técnicos, cuestionando dicha escuela y sus secuelas en la generación de la ley del '95, introduciéndose específicamente en lo que llama el "ingenio argentino". Imperdible, con una alerta sobre las "inconsistencias legales y pérdida de valores" que parece invadir en Latinoamérica. El tercer artículo es del uruguayo Israel Creimer sobre "Crisis de empresas sin fines de lucro" donde haciendo espejo con las empresas comerciales, demuestra que "una aplicación despiadada de la regla liquidatoria apareja un perjuicio muy grave para toda o para una parte importante de la sociedad, lo que aconseja un enfoque distinto y conservador".

El tercer capítulo sobre "Reforma de los sistemas concursales iberoamericanos" es el más nutrido. Los dos primeros corresponden a la legislación española. José L. Vázquez Sotelo lo hace con el título "El procedimiento del concurso de acreedores según la ley concursal española (ley 22/03)" donde refiriéndose a las normas procesales generales de los concursos, a las secciones que componen la ley, las que son necesarias y contingentes, las que, a su vez, subdivide en piezas, que también divide en ramos, las que analiza en su contenido; luego atiende a la calidad de parte, el impulso de oficio, medidas probatorias y prejudicialidad penal; un excelente panorama de la estructura procedimental. Sigue el artículo de María L. Candelario Macías sobre "Los nuevos juzgados en lo Mercantil en España" donde críticamente presenta la jurisdicción concursal de los nuevos juzgados, subrayando al margen de algunas dudas la intención de "especializar y profesionalizar al órgano". En una larga y meditada comunicación, el jurista argentino Arnoldo Kleidermacher apunta a "La imprescindible reforma de la ley concursal argentina" conforme su visión de "prever alternativas no judiciales para el tratamiento de las crisis empresariales", considerando importante el derecho de información de los trabajadores, la celeridad; recalando en el análisis del proyecto de reformas del art. 190 L.C.Q., sobre continuidad de la empresa y cooperativas de trabajo en la quiebra, propiciando en general la "organización de una instancia no judicial, a la cual puede acceder el deudor, los acreedores y la comunidad, producidos los signos de alerta... el órgano de aplicación puede ser descentralizado a universidades, colegios de graduados, municipalidades, bolsas, Inspección de Justicia y otros órganos de superinten-dencia...", junto con otras apreciaciones que merecen el debate. En el mismo sentido, de hacer eficientes los procesos, el jurista mexicano y secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Antonio Silva Oropeza presenta "La inoperancia de la reestructura y reactivación de la empresa en la ley de concursos mercantiles mexicana", donde apunta los objetivos "de interés público" de la nueva ley, y que "mientras el concurso mercantil sólo sirva para liquidar empresas, éste no cumplirá con el objeto principal de la lev" marcando la necesidad de que "deben de existir mecanismos e instituciones preventivos para la defensa del comerciante y sus acreedores", meritando que "cuando el comerciante se encuentra en un proceso de iliquidez, aun y cuando la empresa no se encuentre en insolvencia puede ser declarada en estado de concurso", recomendando la

reforma. El distinguido colega peruano Esteban Carbonell O'Brien apunta a un tema que desvela a los argentinos, siendo uno de los principios centrales de la reciente reforma que ya está cuestionada por la doctrina: "El crédito laboral en el concurso mercantil: ¿Acaso un acto de sortilegio reclamar su pago antes que cualquier crédito?", cuestionándolo en cuanto "ampare el resquebrajar el orden" de prelación no alterando "las condiciones del mercado, orientadas a no afectar el valor y naturaleza intrínseca de los contratos", sugiriendo para proteger "la masa laboral" la "creación de fondos que salvaguarden el pago de créditos de origen laboral". Otro distinguido jurista mexicano, Jaime García Priani cierra este capítulo con su trabajo: "Necesidad del derecho concursal, una plática para principiantes" donde señala que "Su razón de ser es la creación de normas que den un mínimo de seguridad en la situación del incumplimiento de las obligaciones", donde refiriéndose a los intereses opuestos afirma que "En la práctica, el derecho concursal jamás satisface a todos porque ello es imposible... En un campo limpio, el hecho es que se debe y no se puede pagar; en otro distinto, se debe y no se quiere pagar. Las dos situaciones deben ser resueltas y el instrumento para abordar las posibilidades y plantear las formas de hacerlo, es el derecho concursal", refiriéndose de inmediato a los actores en esa escena: el deudor, el acreedor y el Estado, concluyendo la necesidad de "lograr un marco jurídico digno de confianza" donde el optimismo en nuevas soluciones y la apreciación que el ideal no se alcanzará... Así concluye el tercer capítulo.

El cuarto capítulo esta destinado a "La quiebra transnacional", con tres trabajos, con los que concluye la obra colectiva. El primer artículo es de autoría del ex camarista rosarino Adolfo A.N. Rouillón, hoy técnico concursal del Banco Mundial, sobre la base de su comunicación al I Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Barranquilla, Colombia, 2005, intitulado "Quiebra internacional e iniciativas internacionales sobre la insolvencia", donde refiere las iniciativas desde el Congreso sobre Derecho Comercial Uniforme organizado en 1992 por Cnudmi, continuando con la ley modelo de Uncitral para la Insolvencia, los principios del Banco Mundial para los sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de crédito, continuando con la Guía Legislativa sobre Insolvencia de Uncitral y referencias a la insolvencia transfronteriza en la legislación latinoamericana, alentando en la conclusión de que "los países cuenten con sistemas efectivos de insolvencia para alentar la inversión, contribuir a la estabilidad de los sistemas financieros y resolver de manera eficiente las dificultades empresariales, preservando su valor y protegiendo empleos". Continúa el promisorio jurista cordobés, Sergio C. Ruiz con "La ley modelo de Uncitral sobre insolvencias transfronterizas: ventajas de su incorporación al régimen concursal latinoamericano (con especial referencia al caso argentino)", donde en un largo trabajo analiza el contenido de la ley modelo, sus objetivos. tribunal o autoridad competente, definiciones autónomas que contiene el modelo, el nudo de la excepción de orden público, planteándose si ello debe serlo del interno o del internacional, el derecho de acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales locales, los requisitos de ese reconocimiento, los efectos de los procedimientos tramitados en el extranjero sobre los locales, la regla de la paridad del dividendo, para concluir con la armonización de los principios de la ley modelo con el régimen vigente; trata de inmediato el proyecto legislativo para incorporar ese modelo al sistema concursal argentino, refiriendo la Comisión que, entre otros, integramos Rouillón y nosotros, para abordar las conclusiones que centra "en la coordinación de los procedimientos y la cooperación de los magistrados y representantes de la insolvencia", entendiendo que ello "abrirá mercados y atraerá capitales, pues genera confianza entre los acreedores e inversores", en coincidencia con Rouillón. El último artículo corresponde al mismo Ruiz con la docente cordobesa María del Carmen Bima y aborda "El proceso de codificación internacional iberoamericano en materia concursal: los tratados de Montevideo", en los que refieren la aplicación específica de dichos tratados a los procesos concursales en orden a notificaciones y publicidad edictal, el régimen de participación de acreedores y sus créditos, las medidas preventivas, el reconocimiento del síndico y los efectos personales de inhabilitación sobre el concursado, marcando que dichos tratados no cubren las necesidades actuales que imponen los regímenes a que nos hemos referido al comentar los artículos precedentes.

Así concluimos un examen limitado, meramente descriptivo del riquísimo contenido de las

comunicaciones reunidas por la incansable y eficiente coordinadora de este libro colectivo, a su vez, vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, con sede en México.

# Efraín Hugo Richard

LA COMPETENCIA FEDERAL. DOCTRINA, LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA, de Ricardo Haro,
Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006,
2ª edición actualizada, prólogo a la primera edición de Germán J.
Bidart Campos, 548 págs.

La segunda edición de *La competencia federal*, publicada por Ricardo Haro, confirma lo que pensamos desde que apareció la versión original. Se trata de un libro que pronto se convirtió en un clásico de la doctrina jurídica argentina, al estilo de las grandes obras, de los grandes autores, que han jerarquizado nuestro derecho, ahora consolidada con todo lo que se incorpora en la nueva publicación.

¿Qué abogado puede prescindir de revisar *La competencia federal*, para intervenir en un juicio que tenga perfiles de esa índole? ¿Qué catedrático puede omitir su referencia, desde la enseñanza de cada una de las vertientes del derecho, empezando por el constitucional? ¿Cuántas dudas que podamos tener en asuntos tan sensibles, nos las disipa Ricardo Haro con su libro? Este es el producto -el magnífico y virtuoso producto- de muchos años de investigación y la enseñanza del derecho constitucional, concurrentemente con el ejercicio de la magistratura federal. Por eso no hago otra cosa que ser justo, al afirmar que este libro se inscribe dentro de las grandes piezas de nuestra bibliografía jurídica.

La versión actualizada pasa, de las 382 páginas en la edición de 1989, a las 548 contemporáneas. Desde luego que el valor de una obra no se mide por su extensión, pero destaco lo dicho para que se comprenda la importancia de esta segunda publicación. Ha influido para ello, en buena medida, la gran cantidad de leyes federales que se sancionaron durante los diecisiete años que mediaron entre ambas ediciones, leyes que Haro analiza con detenimiento. También, por supuesto, la evolución habida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en algunos casos, el autor califica con precisión como copernicana, además de los cambios operados a partir de la reforma constitucional de 1994. Como ejemplo de lo dicho cabe mencionar el Capítulo VI, en el que se trata la primera parte de la competencia federal en razón de la materia. Es impresionante el número de leyes sancionadas entre la primera y la segunda edición de la obra, hecho que motiva a Ricardo Haro a analizarlas cuidadosamente.

En la versión original, Germán J. Bidart Campos -el inolvidable maestro y amigo de tantos colegas- dijo: "Nos estaba haciendo mucha falta un estudio completo y exhaustivo sobre la jurisdicción y la competencia de los tribunales federales", añadiendo después que "... resultaba imperioso sistematizar en un trabajo independiente y autónomo tan delicada materia, no exenta de complejidades". Aquellas palabras cobran mayor actualidad hoy, a la vista del enorme desarrollo que ha tenido la competencia federal en nuestro país.

El libro tiene diecisiete capítulos, uno más que los de la primera edición. Hacemos una referencia rápida: jurisdicción y competencia, función institucional de la justicia federal, el Poder Judicial nacional, legislación sobre competencia, sus caracteres, la competencia en razón de la materia y de las personas (seis capítulos), la competencia originaria y exclusiva de la Corte (tres capítulos), la competencia en razón del lugar, la competencia federal en la Capital Federal, y un último capítulo en el que se estudian ciertas cuestiones procesales de la competencia

federal. En cada uno de ellos y en cada uno de los innumerables temas en los que se subdividen, Haro analiza la doctrina, la legislación y la jurisprudencia que los ilustran. En suma, un verdadero tratado, en el sentido preciso que le asignamos a la expresión, sobre la materia.

Estamos ante un libro magnífico del que nadie puede prescindir. Lo necesitan los catedráticos para sustentar sus enseñanzas, así como los abogados y los jueces en cada uno de los infinitos momentos en los que la práctica del derecho nos impone certezas. Pero es más que eso, es un libro -como se dijo al principio- que adquiere por su propia entidad, el carácter de un clásico de la ciencia jurídica nacional.

Alberto A. Natale

# MEMORIA DE LA ACADEMIA Y BALANCE

# Advertencia En edición aparte se publican la Memoria y el Balance correspondientes al año académico 2006.

# **INDICE**

Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias	
Sociales de Córdoba (período 2004-2007)	7
Académicos de número y distribución de sillones al 31-12-06	
Académicos correspondientes argentinos al 31-12-06	
Académicos correspondientes extranjeros al 31-12-06	
Institutos de la Academia.	
Premio "Academia Nacional de Derecho y	
Ciencias Sociales de Córdoba"	17
Premio "Provincias Unidas"	
Premio "Al Joven Jurista"	
Distintición "Maestro del Derecho"	
Premio Publicación "Tesis Sobresalientes"	
Presidencia	
Sillones académicos. Su historia (al 31-12-06)	
Académicos de número desde su fundación	
D. C. CERRANA	
DOCTRINA	
El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica	
por Domingo Juan Sesin	35
Hacia un nuevo ámbito personal del derecho del trabajo	
por Raúl Enrique Altamira Gigena	83
El sistema de protección constitucional del usuario de los	
servicios públicos: fundamentos y dificultades	
por Alejandro Pérez Hualde	91
Aportes para una filosofía de la interpretación del derecho	
por Carlos Enrique Pettoruti	115
La regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina	
por Daniel Zovatto Garetto	135
Aborto y Constitución Nacional. Necesidad de modificar el Código	
Penal Argentino	
por Florentino V. Izquierdo	157
Algunas observaciones sobre el control constitucional en Colombia	
nor Jaime Vidal Perdomo	183

O constitucionalismo brasileiro na época do Império
por Paulo Bonavides199
La democracia y sus interrogantes
por Pedro J. Frías207
El pensamiento religioso en la Asociación de Mayo  por Luis E. Martínez Golletti
por Luis E. Martinez Gottett221
ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA
- DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS
EN SESIONES PRIVADAS
La redención de las provincias
por Pedro J. Frías249
El conflicto sobre las papeleras
por Victor H. Martinez251
La relación de Ortega con la sociología
por Hilda Eva Chamorro Greca de Prado255
Ensayo sobre el acuerdo concursal
por Efraín Hugo Richard273
El conflicto argentino-uruguayo sobre las "pasteras" (papeleras) ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya
por Ernesto J. Rey Caro305
La ordenanza de la Corte Internacional de Justicia sobre la aplicación de medidas provisionales en el caso de las pasteras uruguayas. ¿Constituye un revés para Argentina?
por Zlata Drnas de Clément311
Algunas consideraciones acerca de la actividad estatal para promover el bienestar general
por Julio Isidro Altamira Gigena319
La enseñanza del derecho
por Manuel Cornet335
La enseñanza de la economía política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba
por Ramón Pedro Yanzi Ferreira361
- INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS DE NÚMERO
Incorporación del académico de número,
Park Da Davidas Lon Sain

Prof. Dr. Domingo Juan Sesin.

Presentación por el Dr. Armando S. Andruet	401
Incorporación del académico de número, Dr. Raúl Enrique Altamira Gigena.	
Presentación por el Dr. Efraín Hugo Richard	411
- RECEPCIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES	
Recepción del académico correspondiente en Mendoza,	
Dr. Alejandro Pérez Hualde.	
Presentación por el Dr. Pedro J. Frías.	420
Recepción del académico correspondiente en La Plata,	
Dr. Carlos Enrique Pettoruti.	
Presentación por el Dr. Olsen A. Ghirardi	423
Recepción del académico correspondiente en Costa Rica,	
Dr. Daniel Zovatto Garetto.	
Presentación por el Dr. Antonio M. Hernández	427
Recepción del académico correspondiente en Colombia,	
Dr. Jaime Vidal Perdomo.	
Presentación por el Dr. Ricardo Haro	431
Recepción del académico correspondiente en Brasil,	
Prof. Dr. Paulo Bonavides.	
Presentación por el Dr. Pedro J. Frías	437
- HOMENAJE EN EL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DEL A CORNEJO	CADÉMICO PROF. DR. BENJAMÍN
Palabras del académico Prof. Dr. Efraín Hugo Richard	441
- DICTÁMENES	
Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba	453
Dictamen del Dr. Efraín Hugo Richard	
- RECENSIONES	
Justice et hegemonie. La philosophie du droit face a la discriminatio	on d'Etat
por Olsen A. Ghirardi	463
Carnet de voyage a Montpellier et dans le sud de la France 1676-167	
por Olsen A. Ghirardi	
El ser, el hombre y la razón como fundamento de la moral y el derec	
por Pedro J. Frías	409
Constitución de la ración / nigentina	

por Pedro J. Frías	471	
Legalidad tributaria		
por Pedro J. Frías	473	
Poder y hegemonía		
por Pedro J. Frías	475	
Un pasajero de la vida		
por Pedro J. Frías	477	
Persona, sociedad y derecho		
por Pedro J. Frías	479	
Urbanizaciones cerradas residenciales		
por Pedro J. Frías	481	
Municipio y participación política		
por Pedro J. Frías	483	
La insolvencia en el derecho concursal iberoamericano		
por Efraín Hugo Richard	485	
La competencia federal. Doctrina, legislación, jurisprudencia		
por Alberto A. Natale	491	

Se terminó de imprimir en Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181, en el mes de julio de 2007