PRUDENTIA IURIS N° 56

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"



Octubre 2002

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano

Dr. Eduardo P. M. Ventura

Secretario

Dr. Gabriel Limodio

Director de la Carrera de Abogacía
Dr. Manuel H. Castro Hernández

Coordinación de Estudios

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubeñák
Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camusso

Centro de Investigaciones Jurídicas

Director: Dr. Jorge H. Alterini

Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas

Dr. Néstor A. Raymundo

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica

Director: Dr. Manuel H. Castro Hernández
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

Doctorado

Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura
Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,
Dr. Orlando J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

AUTORIDADES DE LA REVISTA

Director

Dr. Roberto Punte

Secretario de Recensiones

Dr. Florencio F. Hubeñák

Secretario

Dr. Ezequiel Abásolo

Consejo Asesor

Dres. Juan Rafael Llerena Amadeo, Carlos R. Sanz,
Francisco Alberto Vocos, Orlando Gallo y Alfredo Battaglia.

Ediciones de la Universidad Católica Argentina
Universitas S.R.L.
Tucumán 1436 - Buenos Aires

ISSN: 0326-2774
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO **OCTUBRE 2002 – Nº 56**

Editorial 7

DERECHO ADMINISTRATIVO

Una introducción iusnaturalista al derecho administrativo. *Pedro José Jorge Coviello* 11

La administración pública como fenómeno organizativo. Organización y ordenamiento jurídico. *Rodolfo Carlos Barra* 37

Algunas nociones sobre la organización administrativa y el derecho público de la Iglesia Católica. *Alberto B. Bianchi* 101

Acto y reglamento en la ley nacional de procedimientos administrativos. *Juan Carlos Cassagne* 209

Propiedad y control de los fondos remitidos a las provinvias (el caso de la coparticipación y los subsidios). *Estela B. Sacristán* 219

Perfeccionamiento del contrato administrativo. *Daniela Ugolini* 233

La doctrina de la delegación legislativa en la jurisprudencia de los Estados Unidos. *Adolfo Gabino Ziulu* 241

DERECHO DEL MAR

El derecho del mar en tiempos de paz. *Alfredo M. de las Carreras* .. 257

ENSAYOS

Aforismos y principios jurídicos. *Jorge Guillermo Portela* 293

Interrelaciones: la filosofía y la teología en las ciencias políticas. *Francisco Arias Pelerano* 307

IN MEMORIAM

Julio J. Martínez Vivot. *Hugo R. Carcavallo* 321

Mario H. Pena. *Lucas Lennon* 323

Guillermo Borda. *Roberto Punte* 325

RECENSIONES

"Potere ed elites politiche. Saggi sulle teorie", *Mario Stoppino*. *Comentario Patricia Onganía* 329

"Contratos Civiles-Comerciales de consumo. Teoría general". *Atilio A. Alterini. Comentario Alejandro P. Monteleone Lanfranco* **331**

"Régimen legal de las bases de datos y hábeas data". *Alejandra Gils Carbó. Comentario Alejandro Patuna* **332**

"I Fondamenti del Diritto Romano: le cose e la natura", *Mario Bretone. Comentario Viviana Cortés* **334**

"Nulidad matrimonial y Constitución Nacional". *José Ignacio Cafferata. Comentario María Elisa Petrelli* **337**

"1808-Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana". *Eduardo Martiré. Comentario Ezequiel Abásolo* **338**

"AA.VV. Globalizar desde Latinoamérica. El Caso Arcor". *Varios Autores. Comentario Alfredo Barros* **339**

"Introducción y notas a los tópicos de Aristóteles". *Jaques Brunschwig. Comentario Javier Barbieri* **343**

"Il martirio della pazienza. La Santa Sede e i paesi comunisti (1963-1989). *Agostino Casaroli. Comentario Florencio Hubeñák* **344**

"Cien años de socialismo". *Donald Sasson. Comentario Florencio Hubeñák* **346**

"El último cambio de siglo". *José Luis Comellas. Comentario Florencio Hubeñák* **347**

"La agonía del pensamiento político occidental". *John Dunn. Comentario Florencio Hubeñák* **349**

• Toda la revista puede consultarse en **www.eldial.com** (ver ícono de la *Revista* en la columna izquierda).

• e-mail: derecho@uca.edu.ar (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o Ezequiel Abásolo).

EDITORIAL
HOMENAJE AL FUNDADOR-MONSEÑOR DOCTOR OCTAVIO NICOLÁS DERISI(1904-2002)

Nuestra revista quiere aportar su homenaje al Fundador, sembrador humilde para el cosechador divino, y estas líneas, sencillas como él siempre fue, quieren ser una llama de recuerdo vivo de su paso por aquí.

Recuerdo de su energía, paciencia y perseverancia. Memoria de como se fundó la UCA, del más pequeño inicio, menos en proporción que el grano de mostaza; la casa de Riobamba y Arenales, el puñado de profesores formados en las universidades nacionales y los cursos de cultura católica, los primeros alumnos reclutados en el fervor de la lucha por la libertad de enseñanza. Recuerdo de las colectas en Luján, los colegios universitarios del Padre Etcheverry, el crecimiento de los centros y federaciones de estudiantes, el esfuerzo de Oducal, las crisis de crecimiento, muchas de ellas tan graves y hoy tan lejanas y superadas, la revista "Universitas". Nada entonces permitía siquiera imaginar una realidad como la actual. En medio de todo el Rector Derisi era también profesor, formador de discípulos, ensayista y articulista, dirigía "Sapientia", pedía limosnas y donaciones para sus obras y para las personas que acudían a él por ayuda, paladín de sus combates, que no delegaba, y siempre animador infatigable de todos los que lo acompañaban. Tuvo incluso la gran virtud del retiro oportuno, dejando en libertad a sus discípulos y continuadores, entre los que cabe contar incluso antiguos adversarios.

Toda muerte nos pone ante la finitud de lo humano, pero, a su vez, una vida ejemplar como ésta nos manifiesta otra dimensión: ese milagro por el cual Dios omnipotente ha requerido a este sencillo labrador trabajar en su viña los días enteros de su vida, y la gozosa acogida que merece el siervo bueno y fiel,(Mt.25-14) fiel en lo poco constituido sobre lo mucho.

Palabras del señor Rector, Mons. Dr. Alfredo Horacio Zecca, al despedir sus restos el 25 de octubre de 2002

Traigo, con mi palabra, los sentimientos de la comunidad universitaria de la UCA ante la muerte de Mons. Derisi, su primer Rector. Callamos ahora nuestras oraciones para recordar la vida y la personalidad del eximio maestro y noble amigo. Nos inspira a todos el deber de tributarle justo elogio y, sobre todo, la voluntad de destacar en él su cristiano ejemplo.

En Mons. Derisi se conjugaron admirablemente, desde el inicio de su ministerio sacerdotal la vocación pastoral y la intelectual, el sacerdote y el maestro. Actuando simultáneamente en La Plata y en Buenos Aires desplegó una importante actividad en la que destacan el estudio y la piedad, la dedicación a la filosofía, su docencia y su ejemplar dedicación al trabajo. Por ello mismo, no puede sorprender que, ya maduro y con una vigorosa trayectoria intelectual, el Episcopado argentino lo convoque cuando, finalmente, se logra concretar el tan ansiado deseo de fundar una Universidad católica.

En 1958, en efecto, era Monseñor Derisi indudablemente la figura clave para asumir la tarea fundamental de la UCA, y así lo entendió el Cardenal Caggiano.

Derisi poseyó desde un principio una idea acabada de lo que es una Universidad Católica, y una firme voluntad de realizarla, a cualquier costo. Dedicó toda su actividad a poner en práctica este ideal, con clara conciencia de los distintos aspectos y jerarquías de valores: lo académico y lo administrativo. Eligió un excelente cuerpo de profesores, vigiló la ortodoxia de la enseñanza, la dedicación al estudio y a la investigación, y no olvidó el aspecto financiero de la institución, llegando en ocasiones, con humildad ejemplar, a pedir personalmente la limosna de los más ricos para solventar los gastos de aquellos años iniciales. Como él mismo confiesa al plasmar sus recuerdos, la Universidad Católica es "la obra a la que Dios en su Providencia ordenó mi vida. Ella es la hija de mis preocupaciones, de mis sufrimientos y sobre todo de mi gran amor".

Monseñor Derisi aportó a la nueva Universidad todo el caudal de su ciencia, de su capacidad, de su empuje, de la experiencia de su magisterio. Durante muchos años enalteció la cátedra de Metafísica que ocupó con méritos relevantes en nuestra Facultad de Filosofía, donde orientó, con criterio seguro, la formación de las jóvenes generaciones entre las cuales me cuento yo mismo que tuve el privilegio de ser su alumno. Sus lecciones tenían hondura, armonía y seguridad. No desdeñó el aporte de ninguna doctrina, pero su exposición o el erudito acopio de las citas nunca perdían a los alumnos desorientándolos o dejándolos en la incertidumbre de las posiciones contradictorias; les daba, con la solidez de su propia convicción y sin desmedro de la justa libertad de razonamiento, una enseñanza definida, iluminada y constructiva. En todos sus trabajos –libros, conferencias o discursos– sobresalen estas características de su personalidad intelectual.

En el plano universitario supo coordinar, con íntima eficacia educativa, su palabra de maestro con el trabajo de investigación de los alumnos de su cátedra. Conquistó de este modo y con validez indiscutible, el alto prestigio con que su nombre se recordará siempre en los ámbitos académicos del país: filósofo, docente, rector. Hombre de pensamiento y, a la vez, de gobierno.

La Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" es testimonio hoy de los grandes valores de esta vida que Dios acaba de llamar a su lado.

El nacimiento de una Universidad es el fruto de una obra de creación difícil y compleja: requiere en el equipo de hombres llamados a realizarla una fundamental unidad de doctrina, una concepción común de la cultura y, en particular, de la misión de la educación superior, una gran identidad de criterio acerca de los métodos de ejecución, un parejo sentido de la responsabilidad de la cátedra universitaria frente a las exigencias de la verdad y a los requerimientos del bien común. Tocó a Monseñor Derisi en esta tarea colectiva la ardua empresa de organizar y encauzar la estructura y los estudios de la UCA, aportando el concurso de su ciencia, experiencia y capacidad creadora.

El secreto íntimo de la virtud ejemplar de Monseñor Derisi está en su profunda fe cristiana, de la cual dio siempre claro testimonio, en la conducta pública y privada. Queda en nuestras almas el profundo recuerdo de la sencillez y transparencia con que la sabiduría emanaba de su palabra y de su ejemplo. Queda también en nuestros corazones el anhelo de continuar, con nuestro humilde servicio cotidiano, la obra por él iniciada haciendo de esta universidad una institución cada día más excelente en lo académico, más fecunda en la investigación y más fiel en el compromiso cristiano con la fe y con la cultura.

La Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", movida por el sentimiento de todos sus miembros, ante los despojos mortales de Monseñor Derisi, invoca la plegaria maternal de la Iglesia para que su alma alcance, por las puertas de la Gloria, la paz de los hijos fieles en la eterna morada de Dios.

DERECHO ADMINISTRATIVO

UNA INTRODUCCIÓN IUSNATURALISTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO *

"En todas tus empresas piensa en Él,
y Él dirigirá tus caminos"
Proverbios, III-6

Hace más de una década, con motivo de un artículo que publiqué en *El Derecho*[1], le solicité a un profesor su comentario. Me respondió protestando primeramente que era "católico, apostólico y romano", pero que en mis trabajos jurídicos no debía sostenerme en los postulados de la Iglesia, porque ella mira las cosas de "arriba", mientras el Derecho mira las cosas de "abajo". Finalizó diciendo que sólo me podía sustentar en la doctrina de la Iglesia cuando estuviera asentada en sólidas bases científicas. Nada repliqué.

El tiempo, los hijos y las canas me afirmaron en la necesidad de sostenerme en la fe de la Iglesia que nos gloriamos en profesar –como dice la liturgia– y de llevar sus principios éticos a todos nuestros ambientes familiares, profesionales y sociales, de modo de "reunirlo todo en Cristo" (Efesios, I-10). No es posible que la fe, cualquiera que sea la religión de las personas , en la medida que tenga una cosmovisión ética[2], esté desligada de la vida familiar y comunitaria, la vida diaria en definitiva, comprendiendo en ésta la actividad profesional o aca-

* Abogado UCA. Protitular de Derecho Administrativo.

1 "Concepción cristiana del Estado de Derecho", *ED*, 129-923.

2 "No olvido que los hombres extranjeros a la filosofía cristiana pueden tener un sentido profundo y auténtico de la persona humana y de su dignidad, y hasta mostrar a veces en su conducta un respeto práctico de esa dignidad que muy pocos sabrían igualar." Jacques MARITAIN, *Los derechos del hombre*, trad. esp., Buenos Aires, 1961, pág. 15.

démica[3]. Por ello, apoyarse en la religión es la mejor manera de dar razón última del pensamiento científico, siempre que sostenga la unidad fundamental entre la religión y el obrar y reconozca la responsabilidad personal del hombre. De esta forma –y en lo que aquí nos interesa– la cuestión no está en decidir si tal o cual decisión o actividad iusadministrativa es correcta técnicamente según nuestra fe –porque la fe no es una técnica–, sino si ella es moralmente correcta a la luz de la fe. Y, así, los valores jurídicos toman razón del principio que les da entidad.

Es desde tal perspectiva que a partir de la fe que sostiene a la Iglesia Católica y de la visión iusnaturalista en la que fui formado en nuestra Universidad Católica que pretendo en esta monografía dar sentido al Derecho Administrativo, sin perjuicio de buscar siempre aquello que hay de verdad en el pensamiento de otros autores que por pertenecer a otra religión o carecer de una fe o creencia religiosa particular sustentan su doctrina en valores humanos compartidos y en defensa de los derechos de la persona[4].

- I -

1. Todo estudio que con profundidad se pretenda llevar a cabo sobre el Derecho Administrativo necesita partir de la raíz primaria del destinatario final de sus principios y normativa: la persona humana. En efecto, nuestra materia, como bien la ha descrito González Navarro, es un derecho para la libertad[5]. Por lo tanto, si se pretende describir los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Dere-

[3] "... algunos científicos, carentes de toda referencia ética, tienen el peligro de no poner ya en el centro de su interés la persona y la globalidad de su vida. Más aun, algunos de ellos, conscientes de las potencialidades inherentes al progreso técnico, parece que ceden, no sólo a la lógica del mercado, sino también a la tentación de un poder demiúrgico sobre la naturaleza y sobre el ser humano mismo. JUAN PABLO II, *Encíclica Fides et Ratio*, N° 46.

[4] Utilizando palabras de Maritain refiriéndose a entrañables amigos judíos asesinados en los campos de muerte del demonio hitleriano, podemos decir que así como hay "israelitas puros y admirables cristianos de corazón" (ver prólogo al padre John M. OESTERREICHER, *Siete filósofos judíos encuentran a Cristo*, Madrid, 1961; en realidad el título en inglés de esta obra es *Walls are crumbling*, esto es, Cristo "derrumbó" la pared que dividía los dos pueblos judíos y paganos, como dijo Pablo), puede haber ateos o agnósticos cristianos de corazón.

[5] "Creo que el derecho es para la libertad. Sobre todo el derecho administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación." Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1a. ed., Pamplona, 1987, pág. 40.

cho Administrativo, es preciso, indefectiblemente y aunque no se los mencione expresamente, partir de los principios iusfilosólicos que dan sustento a las creencias del investigador.

Si no se parte de ese compuesto liminar del material que se investiga, se construiría sin contar con los cimientos últimos que dan razón a las instituciones iusadministrativas. Olvidar esto es, en definitiva, olvidar al hombre, puesto que una cultura no se forja sin una visión ética de la persona humana, enraizada en valores comunes[6]. Estos dos últimos siglos han sido testigo elocuente de ello: la cuestión social, las dos trágicas guerras, el comunismo y sus distintas variantes, el nacionalsocialismo, el fascismo, el holocausto, los gulags, los fanatismos religiosos, el terrorismo y sus víctimas, etcétera, son en definitiva, consecuencias de esa visión que se tiene del hombre, esto es, si es un individuo, un engranaje de la gran máquina estatal, un absurdo, una realidad inmanente o un ser fatalmente destinado por un dios antojadizo y voluble[7].

2. El ordenamiento jurídico administrativo lleva ínsito en su entramado normativo la concepción de tres nociones que son básicas en el Derecho: la concepción sobre la persona humana, sobre el Derecho y sobre el Estado. Esas tres nociones básicas permiten dar contenido y, por ende, su entidad, al Derecho Administrativo, al cual se agregarán, posteriormente, sus instituciones propias. Sin establecer cuál es

[6] "El valor del derecho no es solamente una teoría. Por debajo de todos sus temas está implicado el destino mismo del hombre. La concepción que defendemos, además de testigos, tiene mártires." Sebastián SOLER, *Los valores jurídicos*, Buenos Aires, 1948; separata de la *Revista Jurídica de Córdoba*, Año 1, Núm. 2. Las palabras del gran maestro argentino, sin bien fueron escritas en el marco de lo que constiuía su pensamiento filosófico –ajeno al iusnaturalismo aquí expuesto– poseen, no obstante, aquello de verdadero que hay que buscar en todo pensamiento y que conforma, en definitiva, la unidad del género humano a través de ideas y principios compartidos.

[7] Viktor FRANKL, al referirse a la cuestión del sentido de la vida y al rol que correspondía al terapeuta, sostuvo un pensamiento que se oponía a lo que podríamos llamar el determinismo freudiano: "Lo que hace falta es que sepamos hablar y responder a nuestros enfermos, que aprendamos a entrar en la discusión, a afrontar la lucha con los medios adecuados, es decir, con armas espirituales. (...) A un problema clara y netamente ideológico no podemos contestar, en modo alguno, invocando supuestas razones ocultas de orden patológico, ni afirmando las consecuencias enfermizas de las cavilaciones filosóficas. Intentar proceder así valdría tanto como rehuir una crítica inmanente, equivaldría a abandonar el plano en que el problema se plantea –el plano espiritual–, en vez de permanecer en él, afrontando y sosteniendo con armas espirituales la lucha en torno a una actitud espiritual," *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., 2ª ed., México, 1952.

la concepción sobre esas tres nociones, es impensable concebir un andamiaje jurídico administrativo, puesto que, como antes se apuntó, le faltaría su basamento.

No son admisibles aquí posturas meramente técnicas. La técnica, es cierto, es indispensable desde el punto de vista práctico y es la que permite superar los obstáculos que impiden el desarrollo humano. Pero reducir a mera técnica el Derecho Administrativo, estudiando formalmente sus instituciones, es quitarle su alma, su ser, a esta rama del Derecho y llevaría a su deshumanización, como ha ocurrido en otras ciencias que se han constituido en, simplemente, "técnicas", más que "prácticas"[8]. No vale aquí el *pensiero debole* que postula un relativismo total y sin compromiso.

3. La trilogía clásica de todo régimen político en el cual se inserta el Derecho Administrativo se constituye con las ideas de orden, poder y libertad[9] que conducirán en definitiva a su cualificación. Si se quiere, esa trilogía se puede reducir a la metáfora jurídica de la tensión entre libertad y autoridad, conformadoras de lo que en la doctrina nacional y extranjera se ha dado en llamar "régimen exorbitante", esto es, el equilibrio entre las prerrogativas de poder público y las garantías personales[10]. En definitiva, el enfoque que se dé a los

[8] Sobre esta distinción fundamental, ver: DERISI, Octavio Nicolás, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 1a. ed., Buenos Aires, 1941, pág. 242 y ss. Allí, nos dice: "El hombre no puede alcanzar la realidad sino por el conocimiento. Pero una vez ahí, frente a la realidad, una de dos: o se detiene en su aprehensión objetiva en una actitud teorética o especulativa (*speculor*, mirar), o bien subordina ese conocimiento a un fin como medio de que se vale para captarlo y ordenarse a él, en una actitud práctica. (...) La condición práctica humana tiene, pues, su punto de origen en la limitación e imperfección de un ser que encuentra su perfección, es decir, su fin o bien supremo fuera de sí mismo. (...) La practicidad es el índice del *estado vial* del hombre en la presente vida, es el medio que lo puede acercar a su último fin, el bien en sí e infinito. La distancia entre el ser actual del hombre y su plenitud en la posesión de su bien mide el recorrido de su practicidad. El perfeccionamiento, o sea, el acercarse hacia su perfección definitiva por el desarrollo o actuación de su facultades espirituales (y de las demás en cuanto al de ésta conduce), demarca el dominio de la ética, el dominio práctico estrictamente tal, que constituye el objeto de la filosofía moral: 'Ética, Económica y Política', como divide Aristóteles, según que mire al desarrollo humano de la persona en sí misma o del individuo como miembro de la sociedad familiar o civil, respectivamente." Ver también Domingo BASSO, O.P., "Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico", publicado en *Prudentia Iuris*, XIV-5.

[9] "Los elementos de la sociedad política son las creencias relativas al orden, al poder, a la libertad y al justo equilibrio de estas tres fuerzas espirituales." Maurice HAURIOU, *Prefacio al Précis de Droit Constitutionnel*, 1a. ed., París, 1923. Ver igualmente, SARRÍA, Félix, *Derecho Administrativo*, 2a. ed., Córdoba, 1961, pág. 7.

[10] "El Derecho administrativo parece albergar en su seno, desde sus orígines, una contradicción irreductible. Por una parte, a él se debe la creación de un sistema

aspectos señalados dependerá de la visión que se tenga de aquellas nociones.

Merece traerse aquí el pensamiento de Ernst Forsthoff que es coincidente con el aquí sostenido: "[l]a moderna doctrina del Estado no considera más al hombre sino que lo abandona al teólogo, al sociólogo, al sicólogo o al estudioso de doctrinas morales. Ella se ha tornado en una doctrina del Estado sin virtud (...). Se olvida así que ningún normativismo puede ser por sí solo decisivo en sentido positivo o negativo, y que la doctrina de derecho natural de un Tomás de Aquino no puede ser separada de su doctrina de la virtud, de la cual hoy se habla muy poco"[11].

Por ello, pues, el primer aspecto a tener en cuenta será la persona. La concepción que de ella se tenga demarcará los alcances de la visión del Estado y la sustancia del ordenamiento jurídico. Ese estudio de la persona parte de su dimensión individual y social, esto es, inserta en el mundo. Por tanto, no puede estudiarse el Estado ni el Derecho sin exponer qué lugar ocupa conceptualmente la persona humana[12].

- II -

1. La dignidad humana es el primer valor a tener en cuenta cuando se estudia a la persona. La palabra dignidad proviene del latín *dignitas* que significa, en una de sus acepciones, mérito o consideración, y en otra, cargo público. En el *Diccionario de la Real Academia Española* se lee que, en coincidencia con su raíz latina, ella puede mentar –en lo que aquí nos interesa– la calidad de digno (1ª acepción) y excelencia o realce (2ª acepción)[13]. La dignidad de la persona humana de-

---

de garantías jurídicas del particular frente a la Administración que forman hoy parte entrañable de su esencia; por otra, el Derecho administrativo ha sido instrumento sutil de justificación jurídica de la prerrogativa administrativa." Fernando GARRIDO FALLA, *La Administración y la ley*, RAP-6, pág. 138. Cassagne, de su lado, agregó: "El sistema del Derecho Administrativo debe articularse dentro de un equilibrio permanente entre prerrogativas y garantías, entre autoridad, por un lado, y libertad y propiedad por el otro." Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, prefacio a la 2.ª. ed., Buenos Aires, 1983.

[11] Ver también, BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1980, pág. 153 y sigs.

[12] "Lo Stato moderno e la virtù", publicado en su obra *Stato de diritto in trasformazione*, Milán, 1973, pág. 12.

[13] Tomados de la XXI edición, Madrid, 1992. Sobre el sentido y origen de la locución "dignidad humana", ver D'ORS, ALVARO, "La llamada 'dignidad humana', *LL*,

riva de sus más íntimos y específicos componentes de racionalidad, libertad y apertura a su dimensión trascendente, aspecto este último del cual no es lícito prescindir o desentenderse[14].

Desde el punto de vista ético, el concepto trasciende su definición semántica. En efecto, para comprenderlo en su amplitud, es preciso partir de la idea de persona. Boecio, en clásica definición, la caracterizó como un individuo de naturaleza racional ("persona proprie dicitur nature rationalis individua substantia"). En primer lugar, el hombre es un individuo por ser un todo físico indiviso y distinto de los demás (principio de individuación). Con su inteligencia, el individuo-hombre toma conciencia de sí y accede al conocimiento del ser del mundo circundante de las creaturas irracionales, sobre el que ejerce su dominio material. De este modo, aparece el indidivuo-hombre como un compuesto de materia, que lo individualiza, y de una forma sustancial, que es su alma racional y que lo especifica del resto de las cosas creadas irracionales y lo identifica con el resto de los hombres; materia y forma integran, así, un compuesto que es un todo en sí, mas no un fin en sí mismo[15].

La forma sustancial otorga el carácter de persona al hombre y le da el realce entre los otros seres creados. La forma sustancial, la inteligencia, produce en el hombre su apetito hacia el Ser perfecto, aquél en el cual coinciden la Unidad, la Bondad y la Belleza, y hacia ellos se orienta su voluntad, su querer. Así, la persona, al buscar su perfec-

31/7/80. Este autor da un sentido sobrenatural a la dignidad, al considerar que ella proviene de la pertenencia del cristiano a la Iglesia por obra de la filiación divina recibida en el Bautismo; a tal dignidad opone la natural, de raíz kantiana, según la cual aquélla le corresponde al hombre por ser tal, por ser un fin en sí mismo. El autor entiende que la tradición cristiana dio a la dignidad humana el sentido sobrenatural, sentido que, a partir del Concilio Vaticano II se tornó hacia una interpretación natural, cuando, entre otros documentos, en *Gaudium et Spes* se sostiene que "la dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección" (N° 17), al tiempo que en el mismo documento (N° 16) se recuerda que esa dignidad consiste en la obediencia a la ley que Dios ha escrito en el corazón humano, de modo que esa dignidad tiene a Dios como su fundamento y perfección (N° 21).

Las afirmaciones del autor español fueron replicadas por Bidart Campos en el artículo "La dignidad del hombre (natural o sobrenatural). Comentarios a una tesis de Alvaro D'Ors", *LL*, 17/9/80, quien respondió que siendo el hombre persona tiene una dignidad natural que es inherente a su esencia, porque "negar que ontológicamente todos los hombres tienen una común dignidad natural básica, es dejar sin quicio a los derechos de la persona", sin que ello signifique desconocer que a esa dignidad natural se añade, por el Bautismo, la sobrenatural.

[14] EZCURRA LAVIGNE, José A., S.I., *Curso de derecho natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos* (parte general), Madrid, 1987, pág. 27.

[15] DERISI, *ob. cit.*, pág. 221 y sigs.

ción, buscando al Ser perfecto, adquiere una personalidad, esto es, una cualidad, nunca lograda en plenitud, que adjetiva a la persona, cualificándola en grado superior, lo que implica una realización y perfeccionamiento moral. Es decir, la perfección de la persona humana en este mundo se ubica en la dimensión del obrar, que es el campo de la moral.

Si, entonces, la personalización del hombre está en el obrar, síguese que debe gozar de una autonomía para escoger los medios que le permitan la obtención de sus fines naturales: esa autonomía es la libertad. Lógicamente, la libertad, que realza aún más al hombre, y cuya raíz es, según Santo Tomás, la inteligencia[16], no debe entenderse en forma absoluta[17], sino restringida, o sea, como poder de obrar en orden a la consecución del Fin último e intermedios naturales, conforme los dictados de la naturaleza.

De este modo, la persona es lo más perfecto en toda la naturaleza, y de allí, entonces, el fundamento de su dignidad[18]. Aún más, la propia asunción del Verbo de la naturaleza humana para salvarnos, nos elevó a la condición de hijos adoptivos del Creador. Esto, más allá de las creencias personales, constituye una realidad que quienes descendemos de la misma raíz cristiana no podemos negar[19]. Por ello, por esta relación filial, la naturaleza humana acredita títulos suficientes para ser cualificada como digna[20].

[16] *De Veritate*, q. XXIV, a.2, in c.

[17] Contrariamente, la libertad absoluta conduce en definitiva a la limitación de la libertad personal y la de las otras personas.

[18] SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, 2-2, q. 29, a. 3 y q. 32, a. 5.

[19] No podemos olvidar tampoco que el cristianismo se une filialmente a una común raíz judía. Por ello, más allá de las respetables actitudes respecto a la figura de Cristo, no cabe duda que el cristianismo y el judaísmo sostienen –con sus lógicas particularidades– valores de la misma raíz ética, que son, en definitiva, de trascendencia fundamental para la visión del Derecho y del Estado. Edith Stein, Santa Teresa Benedicta de la Cruz, religiosa carmelita de origen judío, asesinada en Auschwitz el 9 de agosto de 1942, en una carta dirigida a un familiar el 17 de octubre de 1936 le agradecía fervorosamente el envío de un libro de oraciones del pueblo hebreo, que ella había utilizado luego de bautizada para rezar una oración en especial, agregando: "Le volví a abrir de nuevo por la misma oración y encontré una vez más la misma fe, que nos es tan connatural y que constituye mi apoyo. No es esta fe algo ajeno al judaísmo ...". *Selección Epistolar de Edith Stein*, Madrid, 1976.

[20] "El mismo Dios ha venido al mundo y, asumiendo la naturaleza humana, ha corroborado la semejanza divina impresa en el alma humana, testimoniando con ello que el valor de la persona ('dignidad personal'), consecuencia de su alma espiritual, es superior a cualquier valor terreno, de modo que no pueden equiparársele la sociedad, el Estado, la nación, la raza y ni siquiera el mundo entero." MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967, pág. 18.

2. El hombre a través de su actividad en el mundo pone de manifiesto su existencia personal. La existencia es, a su vez, la manifestación del ser. Ahora bien, la manifestación del ser implica un movimiento dirigido a una superación que se denominará perfección. Esa perfección está dada por la puesta en acto de todas sus potencias. Significa, en definitiva, la consecución de un fin impreso desde su creación en el mismo ser. En este sentido, todo ser animado tiende a actuar sus potencias en orden a cumplir acabadamente los fines a que su naturaleza está llamada por su creador.

El hombre como ser personal tiene un fin que cumplir. Ya se ha hecho mención a su dignidad, producto, esencialmente, de su creación divina[21]. Pero esa dignidad aun se acrecienta al ser llamado el hombre a compartir la gloria divina. De allí que este llamado puesto en el alma humana sea la causa final que produce el movimiento del ser personal del hombre hacia la búsqueda de su causa eficiente creadora, que es Dios, el Bien absoluto[22].

Dios es el fin último del hombre, que se alcanza luego del paso terrenal en el cual se van llevando a cabo en la medida de lo posible aquellos fines intermedios o secundarios coadyuvantes al logro del Fin. De esta manera, los fines intermedios o secundarios cobran una importancia fundamental en el desarrollo y perfeccionamiento de la persona humana.

Los fines existenciales, denominación que engloba el Fin último o trascendente y el fin inmanente o secundario[23], son los que dan su razón a toda ciencia e institución humanas y fijan el marco de actuación de los poderes públicos, sea tanto en sentido positivo como negativo. Apartarse de ellos significaría quitar toda base ética a la ciencia y al ejercicio del poder.

3. El movimiento del ser al que se ha hecho referencia en el número anterior se interioriza o actualiza en el hombre a través de su obrar. La acción, entonces, es la manifestación de la existencia del hombre. Ella puede, a grandes rasgos, dividírsela en aquella que le es común a él y a las otras creaturas irracionales, como lo son los fenó-

[21] "El fin último es el fin por excelencia, porque en él radica la razón suprema del movimiento de las causas eficientes y de su fuerza de atracción participan los fines intermedios y en él se aquieta toda apetencia, una vez obtenido." DERISI, *ob. cit.*, pág. 86.

[22] "El Acto Puro está en el principio del orden eficiente determinando la existencia de todo ser y en el término del orden final determinando la actividad perfectiva de toda creatura." DERISI, *ob. cit.*, pág. 105.

[23] Se recoge aquí la denominación que da MESSNER, *ob. cit.*, pág. 39 y sigs.

menos biológicos, esto es, aquellos actos que le son impuestos orgánicamente en forma, en general, independiente de su voluntad; son los denominados actos del hombre. A su lado se encuentran los que son propios de su esencia superior, caracterizada por su racionalidad; son los actos en los que actúa el hombre conforme su querer y se los denomina actos humanos[24]. Los segundos son los que interesan aquí, aunque, claro está, que los primeros también pueden, en cierto modo, ser abarcados por aquéllos en cuanto ingresen en el ámbito del dominio de la voluntad.

Los actos humanos son actos necesariamente orientados por los fines existenciales; por ello no puede sostenerse que sean libres en forma absoluta, como pretende el individualismo, sino que el Fin y los fines intermedios, sujetos a aquél, encauzan al hombre en su acción[25]. El encauzamiento referido está dado por las normas o reglas de conducta que el hombre va conociendo en su vida, originariamente familiar y luego comunitaria. En la familia, primera comunidad que conoce el ser humano, aprende que existen normas a las cuales debe sujetarse para convivir y lograr sus objetivos; más tarde, al vivir y relacionarse con las otras comunidades intermedias, conocerá otras reglas que moldearán y conformarán su personalidad y que le harán tomar conciencia de lo que debe cumplir para convivir civilizadamente y de lo que puede exigir a la comunidad y a sus integrantes.

Esto nos lleva necesariamente al tratamiento del segundo componente de la tríada que integra la noción del derecho público: el concepto de Derecho.

- III -

1. El Derecho es una realidad, anterior al Estado. Es preciso advertir que el orden seguido hasta ahora no sólo es lógico, sino también moral. Parte de la convicción del carácter entrañable de la relación persona-Derecho. Para que éste exista es necesaria la presencia del querer, producto de la voluntad humana. Pero ese querer encuentra su límite –en definitiva la restricción a la libertad en orden al bien común– en la imposición de normas que, en principio, son heterónomas, externas a él. Ellas configuran –genéricamente hablando– el Derecho.

[24] MILLÁN PUELLES, A., *Fundamentos de filosofía*, 4ª ed., Madrid, 1966, pág. 610.

[25] La persona humana, "si bien lleva en su naturaleza una dirección esencial hacia su último Fin, para el cual no es libre es ella misma quien debe encauzar su vida hacia su conquista mediante el empleo ordenado de sus actos, como de otros tantos medios que a él conducen." DERISI, *ob. cit.*, pág. 225.

En dicha inteligencia, el ser humano en su desarrollo, luego de conocer ese pequeño mundo que es su familia, aprehende que existen normas que debe cumplir en orden a algo. Y así como se da en la vida de toda persona, otro tanto ha ocurrido en la evolución de la humanidad, en la medida que las distintas formas adquiridas por la comunidad humana para organizar su existencia partieron de reglas que les venían impuestas por la propia naturaleza o por la tradición.

Es decir, al conformar las comunidades y establecer las reglas –o si queremos, *lato sensu*, el "derecho"– a que estarían sometidas, ellas no surgieron espontáneamente o como producto del "acuerdo" constitutivo, aunque posteriormente se pudieran instituir como consecuencia de un pacto sustentado en convicciones o valores previos. Es decir, si una comunidad política se constituyó como consecuencia de un acuerdo fundacional, la raíz de las reglas constitutivas se sustentaba en las creencias que habían conformado al grupo humano respectivo. No fueron "creadas" en ese momento fundacional. El acto normativo constituyente de la comunidad fue en todo caso el punto de partida de formación de la institución entendida como orden político y ordenamiento jurídico.

Pero lo real y cierto es que esas reglas de las que estamos hablando ya existían. Ciertamente, existían en su esencia, pero su completamiento o perfilamiento correspondería a la autoridad comunitaria. De tal manera, todas las normas que, en definitiva, surgieran tanto del "acuerdo" fundacional como del seno de la organización comunitaria, se sustentaban en otras normas (escritas o no) que ya existían en el grupo humano. De allí que si se quiere hablar en términos de precedencia, el Derecho (*lato sensu*) sea anterior al mismo Estado. Valga como ejemplo el Derecho Comunitario: cuando se instituyó este nuevo derecho de específica conformación y novedoso como ordenamiento, los países integrantes de la Comunidad (en las distintas instituciones que la conformaron desde su origen hasta la actualidad), partieron de las bases comunes que nutrían sus respectivos derechos (enraizados a su vez en valores y tradiciones jurídicas particulares) y sobre todo a los principios generales del Derecho, como lo demuestran los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, tomaron instituciones jurídicas que ya existían y las adaptaron a la nueva realidad.

2. Todo conocimiento humano parte de los sentidos. A través de ellos el hombre aprehende el ser de las cosas. En esa realidad ontoló-

gica se descubren los principios primeros del orden creado, siendo el de causa final uno de ellos y básico en el orden moral. Se configura así una aptitud especial del ser humano que permite que la razón capte aquello que, estando ontológicamente en el orden creado, adquiera intelectivamente carácter de norma que por su especificación conductiva hacia el bien se denomina norma moral[26].

La norma moral constituye un vínculo que aparece con carácter obligatorio a la razón porque sólo a través de la sujeción a ella el hombre logra su perfeccionamiento. De tal manera, cumplimiento de la norma moral y felicidad del hombre (logro de sus fines) se relacionean con un vínculo obligatorio que se funda en la ley natural, en la que se injertarán todas las leyes morales positivas, recibiendo de aquélla su carácter obligatorio[27].

La ley (moral) natural ocupa un lugar intermedio entre la suprema ordenación divina y la ordenación humana; la primera es la llamada ley eterna y la segunda es la ley humana; las tres se escalonan jerárquicamente, por donde la ley eterna se fundamenta en la voluntad divina, la ley natural en la ley eterna y la humana en la ley natural. Ésta es, como antes se vio, producto del conocimiento que el hombre adquiere aprehensivamente del orden del ser, ínsito en la realidad, y que se representa en su mente como un orden impuesto a su conducta, independientemente de que el hombre conozca que ese orden deviene racionalmente de la ley eterna. A esa aptitud humana para conocer el orden moral a través de la realidad de las cosas o hábito de los principios morales, la denominamos sindéresis.

La ley natural, fundamento de la norma moral, tiene dos aspectos: uno individual y otro social. El primero se orienta a la perfección personal; el segundo, a su vez, si bien perfecciona igualmente al hombre, también, y principalmente, perfecciona a la comunidad. Este aspecto es el de la alteridad o relacional de la ley natural.

El Derecho está ínsito en el orden moral, orden en el que se desarrollan las relaciones humanas. Si bien la moral busca la perfección individual y social del ser humano, y como hemos dicho, el Derecho

[26] "El concepto de 'norma' equivale a regla o medida, y norma moral será aquella por la cual discernimos la bondad o malicia de un acto humano." DERISI, *ob. cit.*, pág. 268.

[27] DERISI, *ob. cit.*, pág. 300. "Así, en cualquier campo de la vida personal, familiar, social y política, la moral –que se basa en la verdad y que a través de ella se abre a la auténtica libertad– ofrece un servicio original, insustituible y de enorme valor no sólo para cada persona y para su crecimiento en el bien, sino también para la sociedad y su verdadero desarrollo." JUAN PABLO II, Encíclica *Veritatis Splendor*, N° 101.

posee un fundamento moral, su esfera es la acción humana, su ámbito externo. De allí que tradicionalmente se haya señalado que una de las características de la ley –*lato sensu termino*– es la exterioridad[28].

En otros términos, el Derecho ("*ius*") es "algo" que está en el mundo, algo que es externo a la persona y que denominamos la "cosa justa" (*res iusta*), que es una realidad. "Eso" que es "lo justo" es aprehendido bajo la forma de ser o ente. Tal aprehensión no es neutra, no es una simple admiración o contemplación de la "cosa justa", sino que por la sindéresis la conciencia "mueve" al intelecto en forma preceptiva. Y el "ser" o realidad aprehendida por la inteligencia en virtud del estímulo que lleva en sí, se torna en deber ser[29]. Es decir, el indicativo ("lo justo"= ser) pasa al modo preceptivo o deóntico ("norma" o "ley"= deber ser)[30].

Con lo dicho se pretende señalar que así como en el hombre existe una realidad exterior a él y que se le impone, la moral, y que en una de las fases de ésta, el Derecho, ocurre otro tanto, del mismo modo cuando nos encontramos a esa otra realidad que es el Estado –emanación del impulso gregario del hombre– podemos decir lo mismo. Esto lo veremos al tratar el Estado de Derecho.

Es preciso señalar que aunque lo desarrollado hasta ahora parte de una idea de cariz aristotélico-tomista en punto a las relaciones existentes entre la moral y el Derecho, existen valiosas doctrinas iusfilosóficas que han reconocido o sostenido la vinculación entre el Derecho y la Moral[31].

[28] GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza, Buenos Aires, 1978, pág. 40.

[29] Sobre la obligatoriedad de la ley natural, Javier Hervada ha dicho: "La ley natural o prescripción de la razón es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber", *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1981.

[30] Estas consideraciones las desarrollé en la monografía "El Derecho: ¿Realidad o norma moral? A propósito de la tesis de Michel Villey", *Prudentia Iuris*, N° 29, págs. 49-67, esp. pág. 67. Los términos utilizados son propios de Villey en sus distintas obras: "Les origins de la notion de droit subjetif", en *Archives de philosophie du droit*, 1953, 1954, pág. 163 y sigs. Compendio de filosofía del Derecho, Navarra, 1979 (t. I) y 1981 (t. II). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, 1978.

[31] "La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral". RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la ed. alemana de 1948, 1a. ed., 1a. reimpr., México, 1955, pág. 56.

Robles ha escrito al respecto: "Es preciso un retorno a la ética en serio, no a una ética meramente procedimentalista. Sin descuidar la importancia, sin duda enorme, del procedimiento para la toma de decisiones colectivas (también las de índole moral), se impone la reflexión sobre los problemas reales que hoy tenemos, tanto en el

- IV -

1. El Estado constituye una institución necesaria para el desarrollo del hombre. Se ha dicho, en frase ya tradicional, que el hombre es un ser político, con lo cual no se ha hecho otra cosa que señalar una realidad innegable, que las ideas iluministas y roussonianas no pudieron superar. La sociedad obedece –fatalmente, si se quiere– a ese impulso social que se manifiesta desde el núcleo fundamental, la familia, hasta culminar, escalonadamente a través de las asociaciones intermedias, con la que, hasta en época reciente, fue la institución política por excelencia: el Estado. Y esto se afirma porque la nueva realidad que es la comunidad de naciones (la Unión Europea es la figura típica) puede abrigar alguna duda respecto a si con el tiempo podría existir una figura institucional que supere a aquélla. Mas sea como fuere, en la actualidad la institución política por excelencia continúa siendo el Estado.

El impulso del hombre a vivir en sociedad, en la "polis" o "ciudad" griega, es algo natural y no el producto de la conveniencia, como quiso postularlo el liberalismo. Si el hombre se asocia y, a través del encadenamiento social, llega a conformar la familia, el club, el gremio, la empresa, el partido, el barrio, el municipio, la provincia, para culminar con el Estado, no es porque exista solamente un interés personal para ello, sino por el contrario, la sociabilidad nace a partir de su propia naturaleza y no del "pacto" originario. Éste, en todo caso, podrá existir para el establecimiento u organización de la comunidad (recordemos el pactismo español del medioevo o se los pactos que establecieron en nuestra Nación); pero será como consecuencia del impulso social, ínsito en la naturaleza humana, y no el pacto el determinante de la sociedad organizada. Es decir, entonces, aplicando la teoría de las causas al estudio de la realidad estatal, el impulso social constituye la causa eficiente del Estado.

ámbito de la vida personal como en el de la vida social o política. El relativismo moral que constituye hoy por hoy el rasgo predominante de nuestro actual momento cultural ... ha de ser superado. Al menos hay que lograr un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana. Hoy la ética se ha transformado en una necesidad radical, pues sin ella el género humano sucumbirá a la destrucción. Es preciso un nuevo pacto: el pacto que nos impulse a la contemplación de la humanidad como un todo y nos permita salvarnos juntos. No un pacto a favor del Estado, como los modernos, sino un pacto en favor de la humanidad." ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, 1992, págs. 184-185.

También puede consultarse la obra del destacado pensador Jaime BARYLKO, *El humanismo judío*, Buenos Aires, 1981, donde destaca la relación entre la moral y el Derecho y la ordenación a la ley de Dios.

Hay otra realidad acerca del hombre que es preciso poner de resalto: no es sólo un ser social o político, es además un ser institucional. ¿Qué quiere significarse con ello? Simplemente, que el ser humano está situado en una porción del mundo y su vida se desenvuelve alrededor de instituciones permanentes, semipermanentes y transitorias que le son necesarias para su desarrollo y sin las cuales no resultaría posible su desarrollo individual y social. Quedará para otro estudio determinar si en otros tiempos el hombre fue o no "institucional", aparte de "social". Pero la realidad de este siglo con la interrelación de los hombres a través de los medios de comunicación social –con lo cual se ha incrementado el sentido de solidaridad–, nos muestra que en estos tiempos mentar simplemente la mera "sociabilidad" del hombre no sería suficiente para describir el sentido profundo del impulso social de la naturaleza humana.

La institución, como la describió su creador, el maestro de Toulouse Maurice Hauriou[32], constituye una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. La idea institucional permite así superar la mera sociabilidad del hombre inspirada en fines utilitarios –típica del liberalismo– por la concurrencia hacia un fin que es común al grupo, más allá que en la institución cada miembro obtenga su bien particular. La idea institucional es la que más evoca y afirma en la persona la virtud de lealtad.

2. La aplicación de la teoría de las causas al Estado, permite distinguir las cuatro clásicas: la material, que es el territorio y la población; la formal, que es el Derecho; la eficiente, que es el impulso social del hombre; y la final, que es el bien común. Para el presente trabajo interesan la segunda, la tercera –sobre las que ya se expuso– y la última.

La causa final es la que da sentido al Estado, su razón de ser. El carácter medial del Estado respecto a la persona se perfila en la medida que se aprecie que su fin está intrínsecamente vinculado a ella. El Estado no tiene un fin para sí, sino para las personas. De esta manera la persona no aparece en esta visión como un "instrumento" al servicio del Estado, sino que éste se presenta ante la comunidad como una organización a su servicio. Tal servicialidad es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado, como uno de los gerentes del

[32] La teoría de la institución y de la fundación, trad. esp. de Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires, 1968, pág. 41. Hay también otra traducción española de Juan Antonio Santamaría Pastor y de Santiago Muñoz Machado en la obra Maurice HAURIOU, *Obra escogida*, Madrid, 1976.

bien común, deba velar por su logro, dirima los conflictos que en la confrontación entre los distintos intereses comunitarios puedan existir (característica típica de la función judicial, si bien existen notas similares, aunque no sustanciales, en las actividades de los otros dos Poderes), distribuya las cargas sociales conforme principios de justicia y adopte las decisiones políticas (de índole legislativa o administrativa) ordenadas al bien común.

La idea de bien común es de raíz cristiana, toda vez que fue Santo Tomás de Aquino quien la acuñó[33]. Hoy en día la locución ha tenido un efecto expansivo que permitió que aun bajo ideas ajenas al catolicismo o al cristianismo se la utilice, y ello a tal punto que términos aparentemente irreductibles por su raíz individualista como utilidad general o interés general se los ha considerado equiparables al bien común[34]. Con ello dichos términos han tomado un giro diferente –más solidario, ético y sustancial– que permite su utilización en forma intercambiable con el de bien común.

Se definió el bien común como "aquellas condiciones externas que son necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades y de sus oficios, de su vida material, intelectual y religiosa"[35] o como "un conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres sociales el desarrollo integral de su propia persona"[36].

El bien común no tiene un carácter cuantitativo (que lo identificaría con el interés general), sino que es netamente cualitativo, puesto que son "condiciones" que deben darse para el desarrollo individual y social de la persona, y comprende tanto bienes materiales como espirituales. A diferencia del interés general –en su concepción clásica de suma de intereses colectivos coincidentes– el valor del bien común se configura a partir de su cariz ético y no simplemente estadístico. Ello determina que se distinga el bien común del bien particular[37]. No significa que uno se oponga a otro, puesto que por ser cualitativo,

[33] SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, 1962, pág. 167.

[34] JEAN RIVERO, quien fue uno de los grandes administrativistas franceses, e inspirado en el pensamiento católico, sostuvo que la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del interés general o bien común: *Droit administratif*, 8ª ed., Paris, 1977, pág. 10. Ver también la 18ª ed. escrita con la colaboración de Jean Waline, pág. 10.

[35] PÍO XII, *Alocución Con sempre*, nº 13.

[36] JUAN XXIII, Encíclicas *Mater et Magistra*, nº 58 y *Pacem in Terris*, nºs 55-57.

[37] WELTY, Eberhard, *Catecismo Social*, t. I, Barcelona, 1962, pág. 29 y sigs.

el bien común incluye el bien particular. Maritain escribió que el bien común está al servicio de la persona humana y que el adagio de la superioridad del bien común no es comprendido adecuadamente sino cuando se hecha de ver que ese bien común implica referencia a la persona humana[38]; mas como entre uno y otro existe una relación de prevalencia, en caso de oposición, el bien común o bien del todo será siempre mayor al bien de la parte.

Para disipar toda duda que pudiera categorizar equivocadamente la doctrina del bien común, es preciso acentuar la dimensión estrictamente personal que ella tiene, pero a través de una visión situada de la persona; es decir, fuera de la cosmovisión individualista, sino moralmente comprometida con la realidad social. Y si se habla de la persona, se hace referencia de su vida, su dignidad y su libertad. Como lo describió Messner: "el orden del bien común es, ante todo y fundamentalmente, un orden de libertad, según el criterio de las esferas de responsabilidad del hombre individual y de las sociedades miembros, que se funda en los fines existenciales y en el orden de estos fines"[39].

El bien común no constituye un fin en sí mismo. Es un concepto instrumental orientado al logro de los fines existenciales del hombre. Conforma un orden para que la persona logre esos fines. Como se aprecia, el bien común afirma y favorece la libertad auténtica de la persona, por lo que se encuentra bien distante de las concepciones que subordinaron la persona al Estado o sólo la vieron como instrumento de él (propia, entre otros, de los colectivismos) y de las que negaron la raíz social de la persona, acentuando, en algunos casos, la libertad a extremos radicales. Esto se desarrollará más adelante cuando se exponga el principio de subsidiaridad.

3. La vinculación y fuerza creadora del Estado respecto al Derecho es una cuestión de antigua data que en los últimos siglos cobró particular vigencia. Si el Derecho es obra del Estado, sea como voluntad del príncipe o de la decisión soberana del pueblo expresada en el cuerpo legislativo, resultará que éste no encuentra otro límite que no sea su voluntad, monárquica o democrática. En cambio, la postura inversa que confiere preeminencia al Derecho confirmará la limitación del poder del Estado, en la medida que aquél es anterior a la constitución de la comunidad política. De tal forma, al reconocerse que la limitación de la potestad estatal ya existe al momento de su

[38] *La persona y bien común*, trad. esp., Buenos Aires, 1981, págs. 30-31.
[39] MESSNER, *ob. cit.*, pág. 208.

constitución, perderá vigor la tesis de la "autolimitación" invocada como único sustento de dichas restricciones, sin perjuicio que la autolimitación sea una de las fuentes de sujeción estatal a la norma[40], en el entendimiento que existe un orden normativo superior al Estado.

Por otro lado es necesario tener presente que, como se ha destacado, la potestad tiene un carácter funcional o servicial: está dada en beneficio o servicio de terceros y no del propio detentador[41]. Por ello se ha sostenido que el poder es "benefactor" en la medida que representa a un árbitro de las disputas posibles, una garantía de paz, un gestor de bienes que han de beneficiar a todos[42].

4. El Estado de Derecho constituye la institución típica del derecho público continental europeo, obra de los juristas alemanes del siglo pasado[43], aparece como una de las construcciones más acabadas jurídicamente para restringir el poder del Ejecutivo, al mismo tiempo que, en otra variante tomada de la misma construcción, los juristas franceses tomaron otro camino: incluyeron en la restricción al propio Legislativo[44]. La diferencia entre los juristas alemanes y franceses estaba dada en que mientras aquéllos sostenían la autolimitación estatal, éstos afirmaban la heteronomía del Derecho, puesto que la ley estaba configurada para la defensa de los derechos del hombre, conceptuados anteriores al Estado.

Vale destacar que para el iusnaturalismo no constituyó una materia novedosa, puesto que desde la Biblia se reconoció dicha limitación, y no sólo los pensadores mediavales lo afirmaron, sino que también encontramos el mismo pensamiento en la escolástica española[45].

[40] "Quien enuncia el derecho se obliga a respetar la norma que él establece." STEIN, EDITH, *De l'État*, trad. fr., Friburgo, 1989, pág. 97

[41] DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986, *passim.*

[42] SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*, reimpr. de la 6ª ed., Madrid, 1979, pág. 86.

[43] Se atribuye la formulación y desarrollo de la doctrina a Robert von Mohl –en los años 1842/43– y a su contemporáneo Julius von Stahl. Estos autores buscaban limitar la autoridad del Ejecutivo por medio de la ley, emanada del Parlamento. No obstante, la doctrina vigente era la de la autolimitación, obra de los grandes juristas Ihering, Laband, Mayer y Jellinek. Ver al respecto, LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, El Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública* (RAP) N° 6-6; CHEVALLIER, JACQUES, *L'État de Droit*, París, Montchrestien, 1993, págs. 11 y 15.

[44] CHEVALLIER, *ob. cit.* pág. 18 y sigs.

[45] LEGAZ, art. cit. COVIELLO, "Concepción cristiana del Estado de Derecho", *ED*, 129-923. Id. "La denominada 'zona de reserva de la Administración' y el principio de la legalidad administrativa", en AAVV: *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, 1998, págs. 193-222.

No obstante, el mérito de la formulación del Estado de Derecho está dado porque a partir de ella se estructura toda una dogmática occidental acerca de los alcances y límites del poder estatal.

Puede sostenerse que hay coincidencia en cuanto al contenido de la institución: primacía de la ley –uno de cuyos derivados es el principio de la legalidad administrativa–, la división de poderes, la afirmación y defensa de los derechos humanos, el control judicial y la existencia de un sistema de responsabilidad del Estado[46].

La primacía del Derecho sobre el Estado, consecuencia de su anterioridad y heteronomía respecto a él, se manifiesta no sólo en las cartas constitucionales como las de nuestro país y Estados Unidos de Norteamérica, que reconocieron en sus preámbulos a Dios como fuente de toda razón y justicia, sino en las más modernas como la Carta Fundamental de Bonn y la Constitución española que declararan la limitación de los poderes públicos no sólo por la ley sino también por el Derecho (arts. 20.3 y 9.1 y 3, y 103.1, respectivamente). La misma idea campea en los autores del derecho público y iusfilósofos, aunque el punto de discusión se configura a partir del basamento Derecho (entendido como anterior al Estado), es decir, si puede cimentarse en la Moral y, de ser afirmativa la respuesta, cuál es a su vez el sustento de ella.

5. Al ser el Derecho anterior al Estado, cabe determinar su grado de incidencia en la actividad estatal. En este sentido, el Derecho u ordenamiento jurídico postula un orden o marco de desenvolvimiento del Estado y los particulares. Ese orden estatuido se incardina hacia el bien común. Orden, tranquilidad, paz, son objetivos del Derecho, fines, en definitiva, ínsitos en la consecución del bien común[47]. De ello se desprende que ese orden conformado crea un ámbito para el desenvolvimiento de la propia personalidad de los componentes del grupo social para el logro de sus fines existenciales. En definitiva, es un orden de libertad. De allí se sigue la íntima vinculación entre el Derecho y el principio de subsidiariedad, del cual no puede estar en modo alguno alejado el Estado[48].

Y aquí vemos cómo aparece nuevamente la libertad como un componente fundamental en la relación Estado-persona que entre ambos se establece a través del Derecho. Claro está que la relación con el

[46] LEGAZ, art. cit. Entrena CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1973, pág. 33 y sigs.

[47] GRANERIS, *ob. cit.*, pág. 56.

[48] Ver MESSNER, *ob. cit.*, pág. 331 y sigs.

Estado no es sólo con las personas, como se pretendió en el siglo pasado, sino también entre él y los componentes intermedios del grupo social. Al llegar a este punto se constituye en tema insoslayable el tratamiento del alcance y límites de la actuación estatal porque ellos están dados, precisamente, por la importancia que se asigne a la actuación de la persona y los grupos intermedios, situación en la que cobra singular relevancia el principio de subsidiaridad.

Surgido de la doctrina social de la Iglesia a partir de su utilización por el Papa Pío XI en su encíclica *Quadragesimo Anno*, del año 1931, dicho principio comporta el reconocimiento de los distintos roles que corresponden a la comunidad política, los cuerpos o grupos intermedios y las personas. Significa admitir que existen actividades que deben ser llevadas a cabo libremente o bajo regulación por las personas o grupos intermedios y con el adecuado marco de autonomía, y por otro lado, la comunidad política, al lado del cumplimiento de sus fines específicos, debe intervenir en el medio social –a través de las distintas técnicas de intervención– para favorecer su desarrollo[49].

Si volcamos la idea al rol que el Estado debe cumplir, se destaca que no importa una postura negativa o abstencionista, sino atenta y vigilante a lo que ocurre en la sociedad. Es, por lo tanto, una actitud positiva; importa un rol comprometido con el orden social. En ese contexto, el Estado promueve, ayuda, coordina, controla, vigila y cuando determinadas situaciones así lo exigen por razones de bien común o de justicia distributiva, "suple", es decir, reemplaza o sustituye.

No existen fórmulas determinadas para establecer cuándo debe intervenir el Estado. Sin embargo, aunque es una cuestión de hecho, puede decirse, con fundamento en dicha doctrina, que en la medida que los individuos y el grupo social puedan cumplir eficazmente sus fines y actividades, la intervención estatal en estos campos constituirá un hecho grave e ilegítimo. Sería prácticamente un despojo hacia la sociedad.[50]

[49] En la versión española se tradujo la expresión *subsidiarii officii principio* por "principio de función subsidiaria". El origen de la palabra subsidiario es militar, *subsidiarii cohortes*, cuya traducción es "cohortes de reserva", que intervenían cuando las formaciones principales no podían cumplir acabadamente su misión. Con ello se señala que subsidiario no significa "ayuda", sino servir como reserva cuando no se pueda cumplir con el cometido principal. MESSNER, *ob. cit.*, pág. 336.

[50] Sobre el rol del Estado en la realidad de los siglos XIX y XX, ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, 1983, págs. 25, 28 y 29. DEBBASCH, Charles, *Science administrative*, 3ª ed., París, 1976, págs. 415 y sigs. CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2ª ed., 1994. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid, 1993. MARTÍN MATEO, Ramón: *Liberalización de la*

Subsidiaridad y solidaridad son hoy en día bases del actual rol del Estado, puesto que entre todos los componentes sociales hay una interrelación que no admite un desentendimiento ni de los componentes de la comunidad ni del aparato estatal. Ambas, subidiaridad y solidaridad son pautas claves del actual rol del Estado en el medio social, del que no están excluidos los individuos[51]. No existe ni puede existir un modelo fijo y definido que nos señale el grado de intervención del Estado en dicho medio. Sólo pueden darse pautas a partir de los principios señalados. La vuelta a supuestos abstencionismos propugnados por el liberalismo en su sentido más recalcitrante no es tal. No se vive la realidad del siglo XIX, con las nefastas consecuencias a que dicha ideología llevó. La cuestión social no surgió por obra y gra-

---

economía, Madrid, 1988. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: *La privatización de la empresa pública*, Madrid, 1991. RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J., *Privatización de la empresa pública y post privatización*, Buenos Aires, 1995.

Lo que ocurre es que aún bajo esquemas liberales no faltó la tentación estatista de asumir roles empresariales y, para colmo, con sustento en razones espurias de bien común o de aplicación del principio de subsidiaridad, el Estado llegó hasta adquirir o hacerse cargo de empresas en quiebra o en dificultades económicas. Pero, por otra parte, el enquistamiento del personal dentro de las empresas públicas, bajo una falsa idea corporativa, llevaba a que se las erigiera como bastiones de la Nación y del ser nacional; ello, claro está, al costo de que toda la comunidad tuviera que pagar sus monstruosos déficit. Es decir la "soberanía" estaba asegurada sin que como contrapartida las empresas devolvieran beneficios a la comunidad, sino gastos y más gastos. No es que lo dicho constituya patrimonio exclusivo de nuestro país. En todos, en mayor o menor medida ocurre.

La pregunta que cabría formularse es si toda intervención empresarial del Estado es mala. La respuesta es negativa. Pero esa intervención debe ser excepcional y sólo puede estar justificada en la medida que se transfiera en momento oportuno la actividad a los particulares.

Es que el Estado es mal empresario. Sus esquemas de actuación son demasiado rígidos, aún bajo las formas societarias similares a las del derecho privado. No es ésta la solución que quienes vieron, por ejemplo, en la figura de la sociedad del Estado creada por la ley 20.705, que en la práctica se mostró más apta para superar las anotadas falencias: ellas igual continuaron.

La solución, ciertamente, aboca siempre –la experiencia nacional y extranjera lo demuestra– en la privatización. El problema está en si todo lo que no es función estatal específica (por ejemplo, la defensa nacional) hay que privatizarlo. La respuesta positiva es peligrosa. No puede negarse que existen ciertos campos en los que por los intereses nacionales en juego y –sobre todo– por la eficiencia y rendimiento de la actividad sea conveniente mantener la presencia estatal en la actividad, sin perjuicio de la concurrencia de la actividad privada. Todo el campo de la investigación y la ciencia es un ejemplo típico y la falta de subsidio estatal sería, sí, nefasto.

[51] "Es preciso decir que siendo el bien común temporal un bien común de personas humanas, por ello mismo, cada una, subordinándose a la obra común, se subordina la realización de la vida personal de las otras, de las otras personas." MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, trad. esp., Santiago de Chile, 1955, págs. 200–201.

cia de la espontaneidad. Por ello, como bien lo dijo Comadira, "el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global"[52].

De ahí que si bien la solidaridad es propia de los componentes de la comunidad, es propio del Estado configurar las condiciones para que ella se de y fructifique[53]. Hoy en día, sin duda, el mercado es el que marca el natural desenvolvimiento de la sociedad y favorece el desarrollo personal y social. Sin embargo, las meras fuerza naturales no son suficientes para impedir que los fuertes puedan predominar sobre los más débiles o indefensos. El Estado, entonces, con sustento en el principio de subsidiariedad, debe necesariamente intervenir a través de su rol regulador para que no ocurran dichas situaciones u otras de injusticia social que el propio medio natural de las relaciones interindividuales pueda resolver.

- V -

Llegados a este punto corresponde determinar cómo se refleja lo dicho en el Derecho Administrativo. Ciertamente en mucho. Algunas veces se han escuchado voces fatídicas sobre aquél, en las que aparecía como la destrucción del Derecho. Por vía de principio, cabe puntualizar que entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo existe un vínculo sustancial (en realidad es de todo el Derecho), toda vez que el primero nutre a éste. Pero mientras el Derecho Constitucional fija los principios, las bases jurídicas fundamentales, su puesta en práctica en relación al Estado es a través del Derecho Administrativo, quien a través de sus instituciones permite que la actuación estatal encuentre su quicio jurídico. Por ello se ha dicho que el Derecho Administrativo es el momento dinámico de la Constitución, o también, el procedimiento o Derecho Procesal de la Constitución[54].

En los puntos siguientes se describirá la forma en que se enraizan los principios desarrollados en las instituciones del Derecho Administrativo.

[52] COMADIRA, Julio Rodolfo, *Los sujetos reguladores en la posprivatización, Régimen de la Administración Pública*, 183-26.

[53] Ver al respecto ARIÑO ORTIZ, *ob. cit.*, págs. 91-93.

[54] BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1966, t. I, pág. 144.

1° El principio de legalidad administrativa. Es la emanación de los valores ínsitos en el Estado de Derecho. Es bueno recordar que Jacques Leclerq escribió –con la claridad y profundidad que trascienden sus obras– lo siguiente: "El papel del derecho del hombre en la civiliazción occidental se manifiesta y refleja como en su punto central en la noción del Estado de Derecho, porque el sentido del Derecho está estrechamente ligado al de la dignidad del hombre, del hombre en cuanto hombre y, por consiguiente, de todo ser humano"[55]. De donde se extraen dos cuestiones básicas: primero, que el Derecho se sustenta en la dignidad del hombre y, en último término en el Derecho Natural, como derivado de la Ley Eterna; en segundo lugar, el Derecho "marca" los caminos por donde debe desenvolverse la acción estatal.

Este último aspecto es trascendental. Frente a peligrosas y desmedidas ideas que con asombro he escuchado de ciertos politólogos que pretenden que la actividad estatal está guiada por la política y que el Derecho toma un lugar secundario, sometido a la política (no sé si con "p" mayúscula, que la eleva a un nivel virtuoso y al servicio del bien común, o con la minúscula de prostituida por la coyuntura y el interés del dirigente de turno), el Derecho Administrativo, como Derecho Público, opone la sujeción al ordenamiento jurídico como forma de afirmar los valores democráticos y los derechos del hombre[56]. Así, frente un decisionismo oportunista se oponen los valores jurídicos y su lugar preeminente[57].

2° Los derechos de los particulares. El Derecho Administrativo busca organizar jurídicamente la actividad estatal en punto a permi-

[55] *Filosofía e historia de la civilización*, Madrid, 1965, pág. 246. Sobre el principio de legalidad y su desarrollo me remito a mi monografía sobre la zona de reserva de la Administración.

[56] Valga como triste ejemplo la cantidad de decretos de "necesidad y urgencia" (art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional) que se han dictado hasta el presente, que estuvieron más guiados por conveniencias políticas que por necesidades reales y conducentes al bien común. Y es triste también ver que juristas olvidados de su responsabilidad profesional y académica prefieren seguir los dictados de la política o del partido antes que obedecer a su conciencia de hombres de Derecho.

[57] "En el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los adversarios políticos; la tutela de los derechos de los acusados contra procesos y condenas sumarias; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costo el poder, son principios que tienen su base fundamental –así como su urgencia singular– en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los Estados." JUAN PABLO II, Encíclica *Veritatis Splendor*, N° 101.

tir el mejor servicio a su destinatario final y a quien sirve el Estado, dado su raíz vicarial: la persona, en su faz individual y social. No es una herramienta para favorecer la arbitrariedad, sino para impedirla. De allí que el régimen jurídico exorbitante es el paradigma que en nuestro derecho argentino se ha utilizado para describir la relación iusadministrativa: prerrogativas, para que el Estado pueda cumplir sus fines, y garantías, para que los particulares puedan ejercer sus derechos frente al Estado por los daños que les ocasione o para que su acción se encauce por las vías jurídicas.

El particular, también denominado –aunque el término ha merecido críticas– "administrado", cuenta al efecto de una serie de garantías de distinto tipo, que algunas son propias del Derecho Administrativo y otras no: el derecho al debido proceso (también denominado, por la influencia española de su autor, el profesor Eduardo García de Enterría, el "derecho a la tutela judicial efectiva"), que es una derivación del derecho de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional; principio *in dubio pro actione*, que permite que en caso de duda se permita el acceso a la jurisdicción en el proceso contencioso administrativo; la acción de amparo; el amparo por mora de la Administración; las medidas cautelares contra la Administración Pública; la seguridad jurídica y el principio de protección de la confianza legítima; los principios de claridad y transparencia; también, en los últimos años, el derecho de participación en la toma de decisiones públicas[58], por ejemplo en la regulación de los servicios públicos (art. 42 de la Constitución Nacional), etcétera.

3° La responsabilidad estatal. Una de las instituciones claves para asegurar un Estado de Derecho es permitir que los particulares puedan ser indemnizados por las actuaciones estatales que provocan daño en las personas o en su patrimonio. El Derecho Administrativo concibió como institución propia y específica la responsabilidad del Estado, que se ha desligado de los principios del Derecho Civil, tomando así una conformación propia. Los principios de este último derecho

[58] Con lo que se demuestra que la democracia de partidos, fórmula clásica de la democracia, precisa en los últimos decenios –y como "signo de los tiempos"– el encauzamiento de la participación ciudadana a través de otras formas no menos democráticas que no son exclusivamente las resultantes de la representación a través de los partidos políticos, sino que, incluyéndose a ellos que son la faz ideológica de la democracia, es necesaria la intervención de otros cuerpos intermedios, como las asociaciones de consumidores y usuarios, de los gremios, de las asociaciones empresarias o del mismo habitante como modo de integrar las representaciones sectoriales para enriquecer la república.

ciertamente son los que en un primer momento se aplicaron cuando se trataba de una actividad antijurídica y dañosa, como igualmente cuando se trataba de una responsabilidad contractual.

Dicha etapa constituyó un paso importante habida cuenta de los reparos que se oponían al reconocimiento de la responsabilidad estatal, puesto que al actuar el Estado en favor del interés general y siendo, sobre todo, soberano, no era concebible responsabilizarlo. En todo caso, respondería el agente o funcionario, pero no el Estado. Hasta no hace muchos años era esta línea doctrinaria la que campeaba en los derechos inglés, norteamericano y en ciertos supuestos, en Alemania (donde la responsabilidad se rige por el Derecho Civil). Al reconocerse la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita extracontractual el paso era importante (la responsabilidad contractual no fue en general motivo de discusión).

Pero más decisivo fue el reconocimiento de la responsabilidad por la actividad lícita, entre la que se destaca la actividad normativa (legal o administrativa). Aquí ya no corre el Derecho Civil, que sustenta la responsabilidad en la idea de culpa en sentido subjetivo (el riesgo creado es una forma de culpa). Evidentemente, el principio que anima tal responsabilidad es que el administrado no puede ser obligado a soportar el daño antijurídico que sufre en su persona o patrimonio por la acción estatal, cuando de su parte no hubo negligencia o imprevisión. Por cierto, es este tramo de la responsabilidad estatal el que más obstáculos encuentra hasta el presente.

4° El control jurisdiccional de la actividad administrativa. Es una de las consecuencias del principio de división de poderes. Si no hay control judicial del Estado, todo lo dicho cae en el vacío y es mero formulismo. Admitido el control (que puede ser a través de un tribunal administrativo o judicial), el punto crucial es el alcance del control. Mientras que no caben dudas que cuando la actividad estatal es reglada el control es pleno, porque se trata de comparar la actuación administrativa y su reflejo en la norma. Pero si la actividad es discrecional, ello es, aquella que en un marco de opciones axiológicas en la toma de decisión donde cualquiera de ellas es correcta, el control aparece menos perfilado. Ello es lógico, porque el juez no puede ocupar el lugar que le corresponde a otro poder del Estado.

De allí que se haya tratado de vedar el control del ejercicio de las potestades discrecionales a los jueces invocándose entre otras razones que si ello hicieran estarían violando el principio de división de poderes. La división de poderes no impide el control judicial del ejer-

cicio de la discrecionalidad, siempre que ella se desenvuelva dentro de los cánones del ordenamiento. Quienes sostienen la posición negatoria del control judicial coadyuvan en definitiva al ejercicio de la arbitrariedad. De allí que algunos autores sostuvieron que el control del ejercicio de la discrecionalidad constituye la historia del Derecho Administrativo. En tal sentido, el profesor García de Enterría en una clásica monografía señaló que la reducción de las inmunidades del poder "podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo"[59]. Y, por último, la palabra del eminente iuspublicista norteamericano Bernard Schwartz, quien dijo: "Ciertamente, ¿qué es el derecho administrativo si no el control de la discrecionalidad?"[60].

La posición actual o tendencia que se aprecia en esta materia es que toda la actividad estatal es controlable por los jueces, pero el alcance varía. Así, será más intenso en la actividad reglada (porque prácticamente en un caso de adecuación normativa típica) mientras que cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales será más limitado. Lo importante es que la opción elegida por la Administración no esté teñida de irrazonabilidad o arbitrariedad, objetivamente comprobada. Uno de los aspectos a tener en cuenta para quitar toda mácula de arbitrariedad es verificar si la decisión está debidamente fundada en los antecedentes del caso, explicitándose, a través de la motivación del acto, las razones que llevan a su dictado. Un acto sustentado en una causa inexistente o falsa, o un acto sin motivación explicitada en sus considerandos, es un acto arbitrario.

Y la idea que aquí campea es que la actuación estatal no puede fincar en la mera voluntad o capricho de la autoridad[61], sino que debe tener sustento fáctico y jurídico, motivación suficiente, entendida como la explicitación de los antecedentes (que en realidad es una consecuencia de la forma republicana de gobierno), puesto que el servicio al bien común exige legalidad, claridad y trasparencia de las decisiones estatales. El control judicial constituye de tal forma el último remedio para asegurar la corrección de la actución del Estado.

[59] *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2ª ed., Madrid, 1979, pág. 22. Del mismo autor, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1.ª ed., Madrid, 1995, pág. 23.

[60] *Administrative Law*, 3ª ed., Boston, 1991, pág. 652, § 10.14.

[61] "Una resolución absolutamente 'arbitraria', sin ningún fundamento es impensable." E. STEIN, *De l'État*, cit., pág. 66.

- VI -

Como conclusión de lo expuesto conviene puntualizr que no se ha pretendido fundar exclusivamente en una fe las instituciones del Derecho Administrativo. Ellas tienen un basamento dado por la historia, las ideas, las luchas y la realidad cotidiana que les dan razón y que las renueva para responder a nuevas exigencias de control de los poderes públicos y de las necesidades comunitarias que exigen una Administración eficiente, transparente y justa.

Pero el iusnaturalismo católico no puede permanecer ajeno a ello, porque cuenta con el bagaje ético necesario y la visión total de la persona humana y del Estado que aquel que la técnica de la ciencia del Derecho Administrativo no puede por sí sola brindar. En definitiva, confiere el espíritu que da la razón nutricia ética y renovadora del Derecho Administrativo.

No significa esto que por sí sola no pueda nuestra ciencia servir a los fines a que está destinada. Pero, ciertamente, con la visión iusnaturalista mejor se logran. Tampoco se pretende que quienes no son católicos no puedan compartir el mismo criterio profundo de las instituciones del Derecho Administrativo. Si esas personas buscan los mismos ideales y valores, no habrá dificultad en la coincidencia sustancial. Valga lo dicho, aunque en otro contexto, por Edith Stein: "He estado siempre muy lejos de pensar que la misericordia de Dios se ciñése a las fronteras de la Iglesia visible. Dios es la verdad. Quien busca la verdad, busca a Dios, séale o no manifiesto"[62]. Y es el encuentro en esa verdad superior compartida lo que permite la búsqueda de valores y principios que dan sustrato ético al Derecho Administrativo.

[62] *Selección epistolar*, carta del 23 de marzo de 1938, págs. 120-121.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FENÓMENO ORGANIZATIVO. ORGANIZACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

RODOLFO CARLOS BARRA *

1. La organización, introducción y concepto

Recordemos a nuestro imaginario hombre de las cavernas, aquel que representaba –siempre en aquella construcción hipotética que ensayáramos– a la primitiva configuración del Estado-sociedad perfecto, último punto de resolución de los conflictos sociales (ver BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de derecho administrativo,* t. I, Principios. Fuentes, Buenos Aires, Depalma, 2002, Cap. I, 7).

Dijimos, en aquella ocasión, que aquel jefe de tribu o de grupo, desde un punto de vista meramente material, administraba, juzgaba y legislaba, y esto lo hacía porque debía organizar las actividades del grupo que se encontraba sometido a su conducción, es decir, a su poder de organización. Administraba, juzgaba y legislaba, espontáneamente, al organizar las actividades y la vida del grupo.

Por ello, aquel personaje primitivo era el Estado, es decir, hacía en esencia lo mismo que hace el Estado moderno y que hizo el Estado en cualquiera de sus etapas históricas. Así podemos afirmar, con un alto grado de aproximación al meollo de nuestro tema, que el Estado a la vez que emanación natural de los seres humanos organizados en sociedad política, es el centro o poder organizador de esa forma especial de asociación humana.

* Abogado UCA. Doctor en Derecho UCA. El artículo corresponde a su obra en preparación *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco.

Desde este punto de vista, ni el uno ni la otra –Estado y organización– se anteceden recíprocamente. Al nacer la organización política, nace el Estado, y en ese mismo instante el impulso organizador se radica en ese centro o núcleo de la organización.

Corresponde aclarar, sin embargo, que el fenómeno o hecho material de la organización no es una característica exclusiva de la sociedad política.

Toda asociación que tenga pretensión de un mínimo de perdurabilidad exhibe una cierta organización, es decir, una especial y deliberada disposición de los medios materiales con que cuenta y de los individuos que la integran, disposición que se encuentra racionalmente[1] dirigida para el servicio de la finalidad buscada por sus integrantes a través de aquella unión de esfuerzos.

En consecuencia, la disposición racional de determinados medios materiales y personales al servicio de una finalidad común a los miembros, es lo que, básicamente, define a toda organización[2].

La existencia de la organización pone de manifiesto que en el grupo predomina una idea determinada de orden, es decir, una deliberada, voluntaria e inteligente disposición de los medios en el lugar que a cada uno de ellos le corresponde por su naturaleza y por su funcionalidad para cumplir con la finalidad querida por el grupo organizado.

El término "orden" que utilizamos arriba no es, por sí solo, suficiente, ya que podría indicar el momento estático de la organización, mientras que esta última sugiere dinamismo, funcionalidad, dirección[3] que, en sí misma, absorbe el orden en el que se apoya. Natural-

[1] Sin duda, la organización es un producto racional, es decir, humano. Esto no quiere significar que los animales no racionales, por lo menos los gregarios, no se unan de acuerdo con una cierta forma de organización, aunque ésta no sea voluntaria y deliberada, sino, en lo que podemos saber, meramente instintiva.

[2] No agregamos el elemento temporal en esta básica definición, ya que es también organización la que se establece para obtener una finalidad de un solo objeto, cuya concreción pueda ocurrir casi inmediatamente a la misma constitución de la misma. Aun así, es voluntad de sus miembros que el grupo perdure organizado hasta aquella concreción de la finalidad buscada. Por el contrario, los grupos que se forman como tales por accidente y que desaparecen inmediatamente a la obtención de un fin que, también accidental o casualmente, comparten, no constituyen una organización en el sentido propio del término, aun cuando, materialmente, se encuentren en cierta manera organizados, como ocurre con los asistentes a un espectáculo público o los usuarios de un transporte de pasajeros.

[3] La "biblioteca mueble" es un conjunto ordenado de libros, según un determinado criterio ordenador. Pero la "biblioteca institución" es una organización que su-

mente, este dinamismo que supone la organización contiene no sólo una idea de orden sino también una idea de finalidad; se trata de un orden "direccionado" capaz de actuar según niveles, etapas, pasos para llegar a los objetivos inmediatos y a los fines mediatos a los que la organización sirve.

Dicho orden "direccionado" actúa, entonces, según una lógica procesal, de manera que, en cierto sentido, la organización es un proceso[4] en lo interno y en lo externo. En lo interno, ya que la organización de cualquier grupo humano difícilmente pueda considerarse un dato final, un producto terminado; siempre es perfectible, siempre se renueva, aun cuando se mantenga fiel a sus principios esenciales contenidos en aquella idea de orden "direccionado" que le da vida. Pero también lo es hacia el exterior de ella misma, ya que –especialmente en las organizaciones complejas– sus productos –bienes, servicios, decisiones– no pueden sino ser generados por una secuencia de trabajos coherentes, coordinadas, en fin, ordenadas en la dirección perseguida.

Así entonces, se reitera, todo grupo permanente –en el sentido de no accidental– que realice una determinada actividad exige un orden y una organización, aun cuando no todas estas organizaciones tienen los mismos efectos sobre la actividad del grupo.

Sin embargo, en todos los casos, la organización permite la misma subsistencia del grupo como tal. Éste no existiría de no poder cumplir con su actividad y ésta sería de imposible realización de no mediar una, siquiera, forma elemental de organización. Desde esta perspectiva, la organización es un hecho, un dato de la realidad presente en casi todas las actividades humanas.

Pero para ciertos grupos, la organización, amén de ser la condición indispensable para su existencia y para el despliegue de su acti-

---

pone mucho más que el orden de los libros. Requiere de personal con una estructura jerárquica, con división de trabajo, un sistema informático, la disposición de determinados servicios para el usuario, además de instalaciones muebles e inmuebles, etcétera. La "biblioteca mueble" es un objeto útil para el orden, en cuanto permite la ubicación ordenada de los libros; la "biblioteca institución", en cambio, es una organización. Estrictamente hablando la "organización" sólo puede predicarse con respecto a un grupo; en la vida individual sólo corresponde hablar de "orden", que es un elemento importantísimo para que el sujeto pueda realizar sus fines, aunque habitualmente a una persona ordenada la califiquemos como "organizada". De todas maneras una persona "desordenada" o "desorganizada" –es decir, que no sabe ordenar su tiempo, sus cosas, sus estudios y ocupaciones, incluso sus deseos– es alguien que encontrará serias dificultades en la vida.

[4] DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo, t. II*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, pág. 18, llega a identificar a la organización "como un puro proceso", aunque

vidad propia, es también el dato relevante de la validez jurídica, interna y externa, de aquella actividad. Esto ocurre, generalmente, cuando el accionar del grupo no se agota en el interior del mismo sino que trasciende hacia el exterior, con efectos jurídicos sobre terceros, sin que nos interese, en este momento, el problema de la atribución o imputación, según los casos, de los actos cumplidos en nombre y beneficio de la organización y, a través de ella, de sus miembros.

2. Organización y ordenamiento jurídico

Continuando con lo señalado más arriba, es un dato de la realidad la existencia de organizaciones con valor y, otras, sin valor jurídico, esto es, en sí mismas indiferentes para el mismo ordenamiento general. Incluso existen organizaciones con un valor jurídico negativo o reprobado por el ordenamiento, como ocurre por ejemplo con la denominada "asociación ilícita", así calificada y tipificada como delito por el art. 210 del Código Penal[5].

---

vincula esta afirmación principalmente con su estructura interna. En efecto, la organización se manifiesta también como un proceso administrativo en el que interactúan insumos y productos de una manera sistémica.

[5] La norma citada establece: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión." El art. 210 bis impone penas más severas cuando la asociación se encuentre destinada a la comisión de delitos que pongan "en peligro la vigencia de la Constitución Nacional", encuadrando esa asociación en algunas de las características que la norma describe. La "asociación ilícita", en cualquiera de los casos, constituye delito por su mera configuración. Ha dicho nuestra Corte Suprema, *in re* "Stancanelli, Néstor Edgardo s/ abuso de autoridad... incidente de apelación de Yoma, Emir F.", causa S.471. XXXVII, sentencia del 20 de noviembre de 2001, Fallos, 324:3952, que la asociación ilícita "...no requier(e) la existencia de otros delitos consumados y ni siquiera de principio de su ejecución...". Por ello debe ser diferenciada cuidadosamente del mero "acuerdo criminal, ya que aquélla requiere un elemento de permanencia ausente en este último, que puede tener por finalidad la comisión de varios delitos pero que es esencialmente transitorio. En otros términos, la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos. Desde otro punto de vista –continúa– es elemental que la expresión 'asociación', por más que su sentido no pueda ser equiparado al que tiene en derecho civil, requiere un acuerdo de voluntades, no necesariamente expreso pero al menos tácito", acuerdo que debe encontrarse destinado a "...ejecutar actos calificados por la ley como delitos del derecho penal pues si estos no se tipificaran como tales no habría ilicitud de la asociación". Señala también la Corte que el bien jurídico protegido por el legislador al crear la figura delictiva es la "tranquilidad pública" que puede verse alterada por

Las agrupaciones sin valor jurídico son meros grupos dotados de una organización informal, simplemente ordenados. Igualmente y desde un punto de vista material se trata, como tales y en la medida que sean lícitas, de ordenamientos, ya que esa misma organización genera los elementos que la califican de aquella manera –de lo contrario serían, simplemente, grupos de individuos accidentalmente unidos y sin vocación de permanencia– aunque, formalmente, para el ordenamiento general, comprensivo o inclusivo, carezcan de trascendencia jurídica. Es decir, por razones de su escasa incidencia social, aquél no las reconoce como ordenamientos en el sentido formal del término, de manera que, y esto es lo más importante, no genera con aquellas relaciones "intraordenamientos"[6].

En cambio, las que reconocen valor jurídico –positivo– son las que, en sentido formal o estricto, pueden ser calificadas como "ordenamientos" en los términos que hemos estudiado en nuestro *Tratado ...*, Cap. I, § 2, 3 y 4, y ello porque así las reconoce el ordenamiento general.

Desde el punto de vista del "ordenamiento", la organización puede ser considerada desde una doble perspectiva. En una, la organización es la que da vida al ordenamiento e, incluso, se confunde con él de manera que no es erróneo afirmar que toda organización es un ordenamiento. Pero, en una visión más detallada, en un análisis de los "particulares", es posible observar que, dentro del ordenamiento,

---

la "alarma colectiva" que nace de la existencia misma de la asociación criminal (considerando 5 del voto de la mayoría, Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez y Belluscio, subrayados agregados). Como se ve, la mencionada figura penal supone una organización –acto voluntario de poder emanado del grupo organizador, jefatura, permanencia, idea rectora o de empresa– que en sí mismo genera el ordenamiento que la rige. Sin embargo, esta organización es repudiada –por antisistémica o antifuncional– por el ordenamiento mayor (el estatal), repudio que al colocarla en el ámbito de la ilicitud excluye su misma calificación jurídica como ordenamiento (menor). Es decir, los ordenamientos menores sólo pueden ser tales si se generan en organizaciones aceptadas por el ordenamiento mayor. Puede también esta idea expresarse diciendo que una asociación ilícita es materialmente un ordenamiento (BARRA, Rodolfo Carlos, *ob. cit.*, Cap. I, p. § 4), pero contrario a los fines del ordenamiento que sobre aquél tiene poder de inclusión o de exclusión. Así el ordenamiento mayor, como dijimos, lo repudia y al repudiarlo lo excluye de su seno. En el ejemplo de la asociación ilícita, por su peligrosidad para los fines del ordenamiento mayor, éste la reprime excluyéndola de su seno y castigando, para ello, su mera constitución.

[6] Adelantamos ahora que las que denominamos "relaciones intraordenamiento" son aquellas que establece el ordenamiento general inclusivo con los ordenamientos menores, por aquél reconocidos como tales, que existen en su seno, y también las relaciones de estos entre sí. Estas relaciones estarán regidas por la justicia distributiva, en el primer caso, y por la justicia conmutativa en el segundo. Las "relaciones extraordenamiento" son las que el ordenamiento general establece con otros ordenamientos de igual naturaleza, regidas, en principio, por la justicia conmutativa.

la propia organización genera normas, instituciones –sub-organizaciones– relaciones jurídicas y, sobre todo, proyecta la "idea de orden" o "idea rectora" que la justifica a aquélla y, a la vez, a las normas, instituciones y relaciones jurídicas[7] que sólo adquieren sentido dentro de la misma organización.

Así entonces, la organización es también un elemento del ordenamiento por ella misma generado y se vincula con los restantes elementos del mismo conforme a relaciones específicas y determinadas, que gozan, igualmente, de valor jurídico. La organización es un elemento del sistema-ordenamiento, sin perjuicio de ser, en sí misma un sistema (ver nuestro *Tratado...*, Cap. VI, § 54)[8] y un ordenamiento.

Lo expuesto pone en evidencia la imposibilidad de analizar las normas, o las instituciones, o las relaciones jurídicas, o la misma organización, sin considerarlos como elementos de un sistema, es decir, sin su visión conjunta que incluye la incidencia recíproca de todos estos elementos, es decir, su recíproca funcionalidad organizada, en definitiva, su misma existencia como ordenamiento.

Recordemos, además, que en la realidad existen diversas categorías de ordenamientos (ver en el *Tratado...*, Cap. I, § 4), que conviven en el que podemos denominar ordenamiento general o global, es

[7] Así destaca ROMANO, Santi, *L'Ordinamento Giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945, pág. 13, que el ordenamiento jurídico es mucho más que un conjunto de normas, como si estuviese condensado en las colecciones legislativas. Es "...por el contrario algo más y más animado: es en primer lugar la compleja y variada organización del Estado italiano o francés; los numerosos mecanismos y engranajes, las relaciones de autoridad y fuerza, que producen, modifican, aplican, garantizan las normas jurídicas, pero no se identifican con ellas..." Nosotros, en el *Tratado...*, Cap. I, § 4, hemos sugerido que el ordenamiento no sólo se integra con las normas y la organización, sino con los restantes ordenamientos-organización que en aquél se encuentran contenidos, como también con los sujetos y sus relaciones jurídicas y con la misma "idea rectora", que si bien da vida a la organización y con ella, al ordenamiento, su presencia orienta a las normas, a las organizaciones menores, a los sujetos y a las relaciones jurídicas, como la propia justicia general –en el *Tratado...*, Cap. III– ya que es la forma como la organización entiende y afirma a aquélla. Así, por ejemplo, el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional.

[8] GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, pág. 546 y sigs., Pamplona, Eúnsa, 1993. En la edición de 1987, González Navarro describe el sector público como "una constelación de organizaciones jurídico-públicas –personificadas o no personificadas– todas las cuales aparecen relacionadas entre sí por vínculos de eficacia y alcance distintos, pero cuya existencia sólo puede entenderse con una perspectiva sistémica. Esa constelación de organizaciones públicas constituye, en efecto, un sistema, esto es 'un conjunto dado de elementos, con sus comportamientos permanentes, un conjunto de relaciones entre éstos y el entorno'" (págs. 611/612). También JIMÉNEZ NIETO, Juan Ignacio, *Teoría General de la Administración; La ciencia administrativa a la luz del análisis sistémico*, pág. 26, Madrid, Tecnos, 1975.

decir, el formado por la voluntad de un grupo humano que decide convertirse en el pueblo de una Nación.

Dentro de tal ordenamiento global es posible establecer una primera clasificación –para lo que aquí interesa– en dos grandes grupos: el ordenamiento estatal –que a su vez puede ser plural, especialmente en el sistema federal[9]– y el ordenamiento social, compuesto por la multitud de agrupaciones con trascendencia jurídica –subordenamientos, reconocidos como tales por el ordenamiento estatal– que integran, junto con los restantes sujetos, el entramado de la vida social[10].

Cuanto mayor sea la trascendencia jurídica o importancia social del ordenamiento, mayor será la complejidad de la organización.

[9] Es distinta la pluralidad de ordenamientos públicos o estatales según nos encontremos frente a sistemas unitarios o federales, y aún así, dentro de cada sistema nacional en particular.

[10] En este sentido, BERTI, Giorgio, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968, págs. 64/65, destaca que la presencia de la "comunidad" (o "sociedad", como elemento diferenciado de lo estatal) en la consideración de la actividad de la Administración Pública se manifiesta "...mediante relaciones entre ordenamientos, cada uno de ellos cualifica un cierto momento de la comunidad frente al ordenamiento general o comprensivo. Cada ordenamiento particular es por así decir especializado con respecto al comprensivo, no sólo en sentido material, sino también y sobre todo por representar el interés comunitario concreto e indicar la medida de la satisfacción en el momento originario de cada proceso jurídico" (ver también en pág. 65, nota n° 6). La idea de los ordenamientos particulares o menores especificados –precisamente "ordenados a"– por la necesidad a satisfacer, fue expuesta por nosotros, en otros términos, al desarrollar la "imagen" de la "pirámide social" en el *Tratado...*, Cap. II, § 10.b. Es cierto, como lo señala DEL VECCHIO, Giorgio, *Crisis del Derecho y Crisis del Estado*, Madrid, Librería V. Suárez, 1935, pág. 96, que el Estado puede ser definido "como el sujeto de la voluntad que pone (impone) un ordenamiento jurídico" (ver también en el *Tratado ...*, Cap. 1, § 2), pero lo es sólo en la medida que torna vigentes, dentro de un sistema unitario, a un conjunto de ordenamientos que existen –en algunos casos, preexisten– como tales, no creados sino reconocidos y, reiteramos, unificados coherentemente por el ordenamiento global, de procedencia estatal (ver en el *Tratado...*, Cap. 1, & 4). Esto también lo destaca DEL VECCHIO (*ob. cit.*, pág. 99): "La formación de agregados sociales con ordenamientos específicos propios, cuyo origen no está en conexión con el Estado, es un fenómeno que suele observarse sólo respecto a algunas figuras típicas o de mayor relieve, cuales son, por ejemplo, ciertas organizaciones corporativas de la Edad Media y sobre todo, las grandes sociedades religiosas, y la primera entre todas, la Iglesia romana. Pero, verdaderamente, el fenómeno, salvando las proporcionales diferencias, tiene un carácter universal, porque toda agrupación social tiende naturalmente a engendrar un derecho propio..." Antes, págs. 97/98, DEL VECCHIO subraya el límite entre Estado y sociedad, el límite, diríamos nosotros, de lo impuesto por exigencias de la adjudicación distributiva del bien común con relación a la adjudicación conmutativa y voluntaria de todos los bienes sociales. Dice el autor: "Es verdad, que las voluntades individuales, encontrándose, pueden establecer un límite de las recíprocas exigibilidades (en el que consiste el derecho), aun antes de que exista el Estado e independientemente de él. No sólo como principio abstracto o en el terreno de la pura razón, sino por concre-

Los ordenamientos menores, subordinados al estatal, requieren de la organización que sus miembros establezcan –normas dispositivas– y de las que aquél imponga –normas de orden de público (ver nuestro *Tratado...*, Cap. III, § 23.a)– a los efectos de garantizar su utilidad social.

Más allá de aquella presencia del ordenamiento estatal –que en el sentido expuesto es un ordenamiento mayor, o comprensivo o inclusive– los ordenamientos sociales se rigen por las reglas de la tendencia a la simplicidad de la organización, para no generar cargas de magnitud en sus miembros, y de la reducción de sus efectos jurídicos hacia terceros, para no generar incertezas intolerables para estos últimos y para el mismo funcionamiento del ordenamiento general. Debe advertirse que aquí nos referimos a los efectos jurídicos de la organización como tal en lo que respecta a su regular incidencia sobre la validez de las relaciones jurídicas que aquélla establece con terceros. Éstos sufrirían incertezas si el valor jurídico de dichos negocios se encontrase de manera general y absoluta vinculado con la regularidad de la constitución y actuación de la organización que sustenta al sujeto contraparte.

Pero la complejidad del ordenamiento, cuanto más creciente sea, impondrá un proporcional e inevitable debilitamiento de aquellas re-

---

tas emergencias de la vida y con cierto grado de incipiente positividad, una relación jurídica puede germinar y determinarse entre varios sujetos naciendo de la misma relación, la regla (según el profundo concepto romano...) aquella regla que el Estado, al sobrevenir, atribuirá a sí mismo, por una especie de exclusividad que se hace necesaria a fin de asegurar la unidad del sistema. Que éste sea el verdadero orden de las cosas, aparece no sólo de las fases históricas ya pasadas, sino también de la moderna. Cuando, por ejemplo, el Estado declara que los contratos "tienen fuerza de ley para quienes los han celebrado", es cierto que expresa una voluntad suya, pero solamente en el sentido de reconocer la existencia de una voluntad ajena y de aumentar su eficacia. ¿Debemos acaso, por homenaje a un preconcepto dogmático, afirmar que la voluntad privada de los cocontratantes es en realidad la voluntad del Estado , y que cada uno de ellos, al contratar, es un órgano del Estado? Lo violento de la construcción sería evidente. La verdad es que la estructura jurídica de la relación no debe aquí su existencia, como real entidad, al Estado, sino que tan sólo el Estado es un punto ideal de convergencia, al cual deben referirse todas las determinaciones jurídicas que pertenezcan a un sistema, en cuanto que, sin tal referencia, su unidad positiva aparecería cortada y minada, y las singulares determinaciones no podrían, a su vez, poseer plenamente el carácter de la positividad..." (subrayado del original). Sobre esta argumentación –en nuestro caso concreto, fundada en la regla del art. 1197 del Código Civil– gira gran parte de las tesis desarrolladas en los capítulos I a V de nuestro *Tratado...*, t.I, con el fundamento del orden de repartos según las reglas de la justicia, ya sea distributiva o conmutativa.

glas, es decir, tenderá a apoyarse en organizaciones más extendidas y estructuradas y con mayor incidencia jurídica sobre las relaciones con terceros, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las sociedades anónimas comerciales, en especial aquellas que cotizan en bolsa[11].

En consecuencia, el estudio de la organización, tanto desde el punto de vista de la ciencia de la administración (ver en el *Tratado...*, Cap VI, § 48) como desde su perspectiva jurídica –lo que no excluye los análisis, por demás fundamentales, sociológicos, políticos, económicos y filosóficos– interesa por igual a los sectores público y privado.

Precisamente, si bien la organización en tanto que disposición racional de medios para lograr un resultado de manera eficaz y eficiente es, fundamentalmente, materia de estudio de la ciencia de la administración –la organización es un momento de la administración, tanto que se la ha definido como "el instrumento básico mediante el cual se mantiene en funciones el proceso administrativo"[12]– y por ello responde a criterios comunes tanto para el ámbito público como privado, no puede ni debe olvidarse que, en el caso de la Administración Pública, ésta se encuentra especificada por su naturaleza eminentemente política. Debemos tener siempre presente que la Administración Pública es el mismo Estado, un sector orgánico funcional de la compleja estructura estatal y que lo estatal es necesariamente político, ya que la realización del bien común es una tarea específicamente política[13].

Es así entonces que, aun sujeta a principios científicos comunes, la organización administrativa, cuando se trata del sector público, se encuentra condicionada, influida, dirigida, por reglas y necesidades políticas que, dado que ésta fundamentalmente se realiza a través de un ejercicio prudencial, nunca podrán ser fijas.

Ahora bien, cuando analizamos la organización desde la perspectiva de su régimen y, sobre todo, efectos jurídicos, las diferencias entre el sector privado y público son todavía más notables, como veremos en los siguientes parágrafos.

---

[11] Sobre el particular, ver la excelente y ya clásica monografía de COLOMBRES, Gervasio R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

[12] DIMOCK, Marshall y DIMOCK, Gladys, *Administración Pública*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1967, pág. 188.

[13] Ver nota n°19 e *infra* § 6, especialmente puntos D) y E).

Sintetizando lo expuesto, es posible advertir que la organización puede ser estudiada desde dos enfoques: como medio de producción y como elemento del ordenamiento jurídico.

3. La organización como medio de producción

Es un hecho comprobable por simple observación que todo grupo persigue una finalidad común a sus miembros[14] y a la vez es también un dato de la experiencia, que todo grupo posee una organización puesta al servicio de aquella finalidad común.

La finalidad del grupo es, por tanto, siempre productiva, se expresa o manifiesta en productos. Con ello queremos significar que el resultado de los esfuerzos unificados genera o produce algo para el grupo, y a través de éste, para sus miembros individualmente considerados.

En algunos casos lo producido consiste en un efecto beneficioso exclusivamente para los miembros del grupo, sin incidencia –por lo menos directa– sobre terceros, como pueden ser los casos de grupos de lectura y discusión filosófica, o de apoyo psicológico o espiritual, etcétera[15]. En otros casos, el grupo, para lograr un beneficio propio (en definitiva, de sus miembros) produce bienes o servicios para terceros, como los grupos industriales, comerciales, deportivos (si es que prestan espectáculos públicos) religiosos, políticos, etcétera. Algunos tendrán una finalidad lucrativa, otros no; pero en todo caso, satisfacen sus finalidades con prestaciones –bienes o servicios– hacia personas ajenas al grupo.

[14] Nos referimos a los grupos en donde la unión de sus miembros –generadora del grupo– es necesaria para la obtención de los fines que los individuos no pueden lograr por sí solos. No se trata entonces, como ya vimos, de grupos accidentales, meros conglomerados ocasionales de mujeres y hombres, como los espectadores de un evento público, los pasajeros de un medio de transporte colectivo o los paseantes en un espacio público. En todos estos casos el logro de la finalidad individual es indiferente al hecho grupal: se puede contemplar un espectáculo, utilizar un medio de transporte público, pasear por un parque, solo. Basta la existencia de un servidor, un empleado o un guardia de seguridad. En todo caso la organización es la que se pone a disposición del espectador o usuario. En aquellos casos, entre los que disfrutan agrupados de los beneficios de una organización en principio ajena (esto requiere de matices en el caso del dominio público) no hay una finalidad de logro común, sino, simplemente, una finalidad coincidente. En estos grupos accidentales, los miembros son meros sujetos pasivos y substancialmente involuntarios del hecho grupal. En los grupos propiamente dichos, los miembros son sujetos activos y voluntarios, es decir, dan y mantienen voluntariamente la vida del grupo.

[15] Aun estos grupos requieren de cierta organización: un lugar de reunión, fechas preestablecidas, programas de trabajo, un coordinador, etcétera.

La producción, tanto considerada como beneficio del grupo o como prestación de bienes o servicios para terceros, se obtiene por la utilización de determinados medios o elementos que, por estar al servicio de aquélla, se denominan "medios de producción": personal, instalaciones, equipos, materiales, capital financiero, etcétera. Todos estos elementos son elegidos y establecidos coordinadamente, reiteramos, al servicio de la producción a través de, precisamente, la organización. Así el grupo es organizado mediante la adecuada disposición de los elementos o medios de producción, en un proceso donde la misma organización adquiere "substancia" propia –aun cuando intangible– convirtiéndose, ella misma, en otro medio para la producción.

Considerada de esta manera, la organización adquiere una dimensión táctica y estratégica de trascendencia en el proceso productivo. Ella es determinante a los efectos de maximizar la eficacia y eficiencia del grupo, es decir para lograr el producto deseado y para hacerlo de la mejor manera posible con el mayor ahorro o el mejor aprovechamiento de los otros medios disponibles.

En este sentido, como hemos señalado arriba, organizar es casi sinónimo de administrar, o por lo menos, es uno de los aspectos centrales de la administración del grupo[16]. Los servicios contables, las estructuras para las "decisiones de mercado", las plantas o niveles para la producción del bien o la prestación concreta del servicio, las áreas de planificación de políticas de personal, las de gestión financiera, las de compra y venta, los niveles decisorios –y hasta los mismos procesos para la toma de decisión– son todas sub-organizaciones de la entera organización del grupo, tanto que el grupo es, en sí mismo, una organización global que utiliza a sus propias organizaciones internas para el eficaz y eficiente logro de sus resultados o productos.

Por lo expuesto, como ya hemos dicho, la organización ocupa un lugar central en los estudios de ciencia de la administración, tanto pública como privada. Debemos recordar, al respecto, que la Administración Pública –en realidad, todo el Estado– es una gran productora de bienes y servicios, donde la organización, amén del valor jurídico que luego analizaremos, es un aspecto central de la gestión, con eficacia y eficiencia, de los asuntos públicos[17].

[16] Aun cuando corresponda separar el área de administración propiamente dicha –contabilidad, personal, compras, etc.– del área de producción, de manera que la primera actúa en función de apoyo de la segunda, lo cierto es que, desde una apreciación global, la producción misma precisa de ser organizada, es decir, administrada. En conjunto, ambas forman parte de la organización del grupo.

[17] Como ya hemos visto, la organización es un concepto dinámico, no sólo por su dirección hacia un resultado –lo que da idea de movimiento– sino por su perma-

Este elemento, el organizativo, es aún más complejo en la Administración Pública, no sólo por su tamaño, pluralidad institucional u organizativa (complejo de organizaciones con o sin personalidad jurídica bajo la jefatura común, en nuestro caso, del Presidente de la Nación) y heterogeneidad de fines inmediatos y concretos que persigue[18] (mediatamente y de manera genérica es siempre el bien común) sino, como ya vimos, por la importancia determinante del elemento político aun dentro del mismo sistema organizativo. Éste viene signado por la forma de gobierno, por las exigencias democráticas y participativas, por el juego natural del proceso democrático de toma de decisiones en una estructura fundamentalmente representativa, de base electoral y de competencia partidaria por el ejercicio del poder.

En la Administración Pública, la organización es también una herramienta para el ejercicio del poder, es decir, una materia que no sólo debe ser estudiada por la ciencia de la administración sino también por la ciencia política[19].

nente necesidad de adaptación a las exigencias del entorno, fundamentalmente del constituido por los terceros hacia los cuales se dirige la producción de la organización, es decir, por el mercado. Las necesidades a satisfacer cambian de acuerdo con las circunstancias, como también cambian las condiciones de disposición de los restantes elementos de producción, como la preparación del personal, los medios tecnológicos, el aprovechamiento del capital, etcétera, lo que impone la imperiosa necesidad de la adaptación de la organización, su permanente reforma. Esto también explica la idea de la Reforma del Estado –que fundamentalmente es reforma de la Administración Pública– como un proceso permanente y de grave exigencia democrática, según lo adelantamos en el *Tratado...*, Cap. II, § 18.

[18] Conf. SUBIRATS, Joan, *La Administración Pública como problema. El análisis de políticas públicas como propuesta.* Documentación Administrativa n° 224-225, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, octubre 1990-marzo 1991.

[19] Las formas o sistemas de gobierno –no interesa aquí precisar esta terminología– influyen determinantemente sobre el comportamiento de la Administración Pública, tanto que según SHARKANSKY, Ira, *Administración Pública*, Mexico, Asociados, 2da. ed., 1974, las decisiones de los poderes legislativo y judicial, como también las emanadas del nivel político del ejecutivo, deben tomarse como "insumos" en el proceso de la toma de decisión administrativa, sobre lo que volveremos mas adelante. El punto también ha sido analizado por los NIGRO (Félix y Lloyd) en Administración Pública moderna, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1981, págs. 12 a 19. Más adelante los autores analizan la relación entre la política y la Administración (pág. 19) destacando la evolución del pensamiento científico sobre el tema, desde la desconfianza u oposición a tal relación –expresión de la errada y utópica idea acerca de un cuerpo administrativo estatal absolutamente profesionalizado e independizado de la política– hasta la más realista aproximación que asume a esa relación como un hecho objetivo y natural, acompañado de vicios y virtudes. El reconocimiento de esta realidad es el punto de partida para tratar de disminuir los vicios y acrecentar las virtudes. Debe notarse, precisamente, que los prime-

4. La racionalidad de la organización

Pero, aun cuando se trate de una realidad de mucho mayor complejidad, la Administración Pública admite la aplicación de reglas y principios organizativos que, substanciamente, son los mismos que rigen para las administraciones privadas. En definitiva, en todos los casos, se trata de desarrollar y llevar a la práctica un modo racional[20] –el mejor posible– para incrementar la eficacia y eficiencia de la organización, lo que es sinónimo de una buena administración.

Al mencionado desarrollo racional –en algunos casos excesivamente racionalista– dedicaron sus esfuerzos las distintas escuelas que estudiaron los métodos de organización de los grandes grupos humanos productivos.

---

ros no se generan exclusivamente por la influencia de los políticos –ya sean de la rama ejecutiva o de la rama legislativa del gobierno– sobre los administradores profesionales, influencia no siempre practicable teniendo en cuenta la temporalidad de los cargos políticos y la falta de herramientas de la que los políticos habitualmente adolecen para enfrentar por sí solos, sin el concurso determinante de la burocracia, los problemas administrativos. La influencia real, muchas veces, sucede al revés: es de los administradores –profesionales sin origen y responsabilidad democrática alguna– sobre los políticos, que siempre serán considerados por los primeros como unos advenedizos, ignorantes en la materia, volubles y acomodaticios a las circunstancias. Los autores antes citados destacan esta situación: "Es más, dado que la política es 'el proceso mediante el cual se obtienen y ejercitan tanto el poder como la influencia' (citan a Pfiffner y Sherwood), los funcionarios públicos se mueven en este ambiente dado que, tratan de alcanzar el poder así como el obtener la influencia correspondiente con los legisladores y ante los grupos de presión, a favor de los programas que ellos administran"(pág. 28). Es decir, los administradores –la "línea" burocrática– nunca son políticamente neutrales, aunque pudiesen ser "apartidistas". De hecho, cuanto más profesionalizada está la "línea", más apartidista es, pero también es, en mayor medida, portadora de intereses propios no siempre coincidentes con los intereses del electorado y sus representantes. El problema planteado, teniendo en cuenta la decisiva influencia de la Administración Pública en las sociedades modernas, es un indudable desafío para la vigencia del sistema democrático. Los británicos LYNN, Jonathan y Jay, Antony, en su extraordinario Sí, Ministro, vol. 1 y 2, Barcelona, Ultramar, 1986, supieron expresar esta situación con gran agudeza y humor al relatar las desventuras del imaginario Ministro James Hacker y sus luchas con el funcionario de carrera Sir Humphrey Appleby. En esta fantástica sátira política y por medio de un finísimo humor inglés, se destaca la constante de la lucha por el poder de decisión, en este caso encarnados los bandos por un lado en el atribulado ministro político, quien debe soportar las presiones permanentes del Parlamento, del Primer Ministro, de sus colegas del Gabinete, de los partidos políticos (el propio y el de la oposición) y, sobre todo, de la prensa, mientras desde el otro bando se lo pretende manipular (no siempre con éxito) por el funcionario de carrera, quien domina todos los hilos del aparato burocrático del ministerio y cuenta con el apoyo de sus colegas de las otras áreas ministeriales, pasando en gran medida inadvertido para todos aquellos factores que alientan el "estrés" del ministro. Finalmente cabe preguntar-

En realidad, las teorías acerca de la organización –teorías que fueron llevadas a la práctica con mayor o menor éxito– nacieron, como pensamiento también "organizado", con el desarrollo del sistema industrial de fábrica y de empresa económica en gran escala[21], es decir, en función de las necesidades del originario capitalismo industrial[22].

En esta formulación primera se destaca, a finales del siglo XIX, la teoría de la "dirección científica" de Frederick Taylor quien pretendió –y en gran medida logró– desarrollar un enfoque estrictamente racional de la organización que con frecuencia fue denominado como "el modelo de la máquina", es decir, la concepción de la organización como una especie de maquinaria –en definitiva un sistema– donde cada pieza cumple con una función determinada, sin una necesaria visión del conjunto. El sistema pretendía reemplazar un modelo de organización –el existente dentro de la economía corporativista– en cierto sentido anárquico, en el que cada trabajador participaba del integral proceso productivo, y así decidía acerca de los métodos de trabajo a seguir y herramientas a emplear, de acuerdo con criterios tradicionales que hacían de su tarea una suerte de ejercicio artesa-

---

se: en los modernos gobiernos de gran complejidad organizativa ¿quién gobierna realmente? ¿los políticos o los burócratas?. Ésta es la pregunta que se hace –ya en un tono académico– WALDO, Dwight, en *Teoría política de la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1961: "¿Quiénes deben gobernar" es, precisamente, el título del Capítulo VI de la obra. La respuesta de Waldo no es concluyente y posiblemente no pueda serlo de una manera absoluta, habida cuenta que, de hecho, ambos gobiernan. El esquema ideal es el del político conductor y el del administrador asesor y ejecutor de las decisiones del político. Éste es un juego inestable de fuerzas que debe ser permanentemente ajustado. El tema puede ser ampliado en GUY PETERS, B., *La Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1995, especialmente los capítulos I, III y VII. Volveremos sobre estos temas, infra, § 6 no sin dejar de puntualizar aquí, con Dimock y Dimock, *ob. cit.* pág.103, que "Toda la administración gubernamental funciona dentro de un medio político. Ya se trate del puesto inferior del servicio civil o de los más altos cargos políticos, el medio político es un hecho central en la vida administrativa de los funcionarios gubernamentales".

[20] La organización es una disposición racional de medios, lo que la convierte en valorable por el ordenamiento jurídico, conf. BERTI, *ob. cit.*, *La Pubblica Amministrazzione...*, pág. 80, nota 19: "...la juridicidad de la organización se inicia en el momento en el cual ésta deviene en racional..."

[21] NIGRO y NIGRO, *ob. cit.*, pág. 128, a quienes seguimos en el punto; ver págs. 128 a 155 de la obra citada.

[22] El advenimiento del capitalismo industrial significó una "reorganización", decididamente revolucionaria, de toda la vida social y política. En lo social, baste con considerar el urbanismo y su profunda incidencia demográfica y política, con la formación de grandes conglomerados de viviendas pobrísimas en las vecindades de las fábricas. También fue modificado el sistema de trabajo, la noción de autoridad dentro de la fábrica –el capataz– el esquema familiar, etcétera.

nal. Sin duda, ésta era una concepción, podemos decir, personalista o personalizante del trabajo, pero que muy mal encajaba con las necesidades del industrialismo naciente: eficacia y eficiencia en las producciones masivas destinadas a competir en el mercado.

En la teoría de la "dirección científica", fuertemente racionalista, predomina el sistema y no el hombre. Éste debe limitarse a cumplir con su parte del trabajo, conforme a lo estipulado por la dirección que es, e incluso esto parcialmente según los niveles jerárquicos en una organización estratificada, la única que tiene la visión completa del conjunto productivo. Es la concepción del "trabajador engranaje" que debe realizar sus trabajos de una manera repetitiva y carente de toda creatividad. Sólo a la dirección le corresponde definir los alcances de cada tarea, del conjunto de repeticiones permanentes, definición que se encuentra destinada a identificar el *one best way*, el único y mejor procedimiento en el conjunto de la producción.

Pueden encontrarse aquí las primeras aproximaciones antropomórficas de la organización, diseñada así anatómicamente, con partes específicas mecánicamente al servicio del todo, y también los principios que luego iban a ser desarrollados y aprovechados por Henry Ford en su modelo de la "línea o cadena de montaje" (ver *Tratado...*, t. I, Cap. VI, § 48).

Los principios básicos del "modelo de la máquina" son los siguientes: a) la división del trabajo y la especialización, que se refleja en una estructura organizativa "departamentalizada" y subdividida (departamentos, secciones, unidades); 2) la unidad de mando y la centralización de la toma de decisiones; 3) la autoridad en un sentido único, ejercida de arriba hacia abajo a través de la línea jerárquica; 4) el control según los niveles de división de la estructura.

Sin contradecir al taylorismo y su *one best way*, el sociólogo alemán Max Weber desarrolló –en realidad comprobó, utilizando el resultado de sus verificaciones para la construcción de un modelo teórico– su concepción del "tipo ideal" de organización, también de matriz racionalista, si bien no dirigida al fenómeno productivo fabril, como los anteriores, sino especialmente al modelo administrativo en sentido restringido, estrictamente servicial a la fase productiva propiamente dicha. Este modelo se caracteriza por los siguientes rasgos: a) la división del trabajo o distribución de competencias; b) la estructuración jerárquica; c) la regulación o previa definición por reglas o normas –o aun precedentes de conductas– de los modos y contenidos del trabajo a realizar; d) la impersonalidad en las relaciones

internas; e) la selección en base a la competencia a los efectos del ingreso en el empleo.

Volveremos sobre el análisis weberiano de la burocracia aunque podemos adelantar que tanto las ideas de Taylor como las de Weber, más que preceptivas, son descriptivas de una realidad social que nace espontáneamente de la mera organización racional de un grupo de trabajo. Ciertamente, por lo menos hasta la irrupción informática, el método tayloriano y su versión "burocrática" en Weber, constituyen el indiscutible e insuperable *one best way*.

Aún dentro del esquema de la organización racionalista y burocrática, otros autores, como los de la Escuela de Harvard, bajo la dirección de Elton Mayo, enfocaron a la organización como un "sistema social" o entramado de "relaciones humanas", donde el incentivo personalizado hacia el trabajo –que es variable de acuerdo a las circunstancias y no necesariamente económico, y que debe ser descubierto y apropiadamente utilizado y fomentado por las jerarquías de la organización– como la existencia de las "organizaciones informales" que subyacen en el seno de toda organización formal, y que pueden impulsar u obstaculizar el desempeño de la organización formal, y la "ética del grupo", que se desarrolla espontáneamente de abajo hacia arriba, tienen tanto "valor" o aptitud productiva como los esquemas racionalistas descubiertos por Taylor y Weber.

En la misma línea se encuentran las teorías del denominado "humanismo industrial" con su idea de la "organización centrada en el hombre", que también alienta toda forma de incentivo personalizado a los efectos de incrementar la eficacia de la producción.

Más modernamente y ya no tanto como una escuela propiamente dicha sino como un conjunto de métodos organizativos, se han desarrollado diversos modelos denominados "gerenciales"[23], incluso en las mismas administraciones públicas. Aquí se destacan las siguientes notas: a) predominio de las definiciones estratégicas o proceso decisorio orientado y definido por resultados; b) descentralización; c) flexibilidad organizativa y de procedimientos; d) competitividad, incluso dentro de las mismas estructuras o dependencias de la organización general; d) responsabilidad por los resultados.

Según Falcao Martins estas notas pueden encontrarse por igual en tres concepciones ideológicas de la Administración que, en la reali-

[23] Falcao Martins, Humberto, *Administración pública gerencial y burocracia. La persistencia de la dicotomía entre política y administración*, www.clad.org.ve, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, Brasil, 1997.

dad, coexisten, aun dentro de los mismos sistemas unitarios. Así la ortodoxa –muy identificada con las concepciones de Taylor y de Weber– con gran distinción entre los niveles políticos y burocráticos de la organización; la liberal que en definitiva, con el mismo esquema organizativo, vincula en mayor medida a las decisiones estratégicas de la Administración con las exigencias del mercado, relativizando la distinción entre políticos y burócratas y otorgándoles a estos mayores responsabilidades políticas con gran utilización del método de decisión basado en la ecuación costo-beneficio; la empresarial, con una mayor orientación técnica en el proceso decisorio, aunque sin llegar a configurar el modelo tecnocrático que analizaremos en el punto 6. Esta última visión muestra una tendencia hacia la producción de bienes y servicios públicos conforme a las exigencias del mercado (lo que la asemeja a la mencionada anteriormente) aunque sin renunciar a una suerte de potencialidad tanto selectiva como impulsora por parte de la propia organización pública.

Como ya hemos señalado, ninguna de las posturas o escuelas enumeradas en este parágrafo excluye de manera absoluta a las otras: todas son complementarias. Posiblemente el modelo weberiano continúe siendo el más perfecto, especialmente en su aplicación a la Administración Pública[24], ya que encaja perfectamente con la idea de la "Administración de legalidad" o Administración estricta y objetivamente sometida a la norma.

[24] WALDO, Dwith, en *Administración Pública*, págs. 68 y sigs., México, Trillas, 1978, menciona, y relativiza la tesis de Ludwig VON MISSES, *Bureaucracy*, Yale, 1944, según la cual la diferencia entre la Administración Pública y las privadas reside en que estas últimas tienen "un incentivo y un método de cálculo", que es la utilidad económica lograda por la organización, criterio que es inaplicable a la Administración Pública, la que carecería de un método válido para calcular la eficiencia de su "producción". Es cierto que la eficiencia de la Administración Pública –de las administraciones públicas– no puede valorarse desde la perspectiva del beneficio económico. Los bienes que produce son muchas veces intangibles –por ej., el incentivo de ciertos valores morales, que constituyen una riqueza social– como también lo son muchos de sus costos. Sin embargo, podemos argumentar nosotros, existe un "producto" de la acción administrativa que, en principio puede encontrarse en el objeto de la competencia de cada órgano, en las finalidades previstas por las normas –partiendo de la Constitución– a los efectos de autorizar sus decisiones. Los costos pueden tener distintas mediciones, desde las estrictamente presupuestarias, mensurables en dinero, hasta otros, como los políticos, etcétera. Responder a la pregunta ¿cuántos medios han sido empleados para obtener el resultado querido por la norma? es una manera de medir la eficiencia de una organización pública. De todas formas, esta valoración –y aquí radica, es cierto, la principal diferencia– es siempre y en última instancia política: el juicio de la opinión pública, de los administrados, del electorado. Es de notar que las administraciones privadas carecen de "administra-

Tanto en el campo público como en el privado, sin embargo, la moderna sociedad informática es capaz de producir cambios revolucionarios en los modelos organizativos. La organización del trabajo "en red" puede, incluso, modificar el ambiente en el que aquél se desarrolla, el que puede trasladarse del ministerio o de la empresa al domicilio de los empleados, como también alterar la materialidad –y velocidad– de los procesos de toma de decisión, la tramitación de expedientes, las relaciones jerárquicas, la publicidad de los procedimientos y actos, etcétera.

Lo expuesto no significa, como veremos luego, que el modelo de organización burocrática se encuentre totalmente superado, o que resulte inconveniente mantenerlo. El desafío para los expertos en la materia –que hoy deben complementarse con los expertos en sistemas informáticos– consiste en desarrollar un sistema de organización burocrática –es decir una organización "regular" o sometida a reglas preexistentes, profesionalizada, jerarquizada, previsible, etcétera en red. Esto es parte de la reforma administrativa, siempre entendida como un proceso permanente destinado a adaptar el sistema a su entorno, es decir, a sus necesidades funcionales.

5. Los principios de la organización

Bajo la perspectiva expuesta en el parágrafo anterior deben analizarse los clásicos principios de la organización[25], de gran valor incluso para las organizaciones públicas. Estos principios tienen también una importante trascendencia jurídica, ya sea por su utilidad interpretativa como, y conjuntamente, por su valor como fundamento de diversas instituciones del Derecho Administrativo.

– Coordinación: se trata de la disposición ordenada de los esfuerzos de los miembros del grupo, que permite la unidad de acción[26]

---

dos" (los accionistas de una sociedad anónima que cotiza en bolsa sólo se encuentran interesados por los dividendos y el valor de sus tenencias accionarias) mientras que en las administraciones públicas la felicidad (un concepto por demás intangible) de aquél conjunto heterogéneo de personas –y de intereses que sustentan– es la finalidad de la acción de la organización.

[25] Seguimos a WALDO, *Administración Pública*, pág. 109 y sigs. Ver también ALVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas*, Estudios de Derecho Público, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986, pág. 20 y sigs. y BERTI, *ob. cit. La pubblica Amministrazione...*, págs. 75 a 78, especialmente nota 14.

[26] HERVADA, Javier, *Diritto Costituzionale Canonico*, Milano, Giufrè, 1989, pág. 175, se refiere a la "unidad de actividades", directamente vinculada con la "distribu-

en la persecución de la finalidad común[27]. Este principio es tan importante para toda organización que hasta puede afirmarse que es la esencia de esta última –toda organización implica la coordinación de las actividades y papeles de sus miembros[28]– y que absorbe al resto de los principios, que, así, no serían más que aproximaciones de detalle o particularizaciones de la misma. De la coordinación se derivan otros principios, como el de la gradación jerárquica o de escala, de la competencia, de la delegación y avocación, de la centralización y descentralización, de la concentración y desconcentración, que son de gran trascendencia en el ámbito de la Administración Pública y de sus relaciones jurídicas, como mencionaremos más adelante.

- Autoridad o jerarquía: es el supremo poder de coordinación, y su fuente, aunque se encuentre distribuida en los niveles –escala gradual– exigido por la misma coordinación[29]. Aún distribuida, como señalamos, en niveles, el centro jerárquico importa en general una concentración de competencias, de manera que los

---

ción de funciones" dentro del grupo –nosotros, provisoriamente, diríamos "distribución de cometidos"– que permite distinguir a una organización de una masa de individuos meramente ordenada.

[27] ALVAREZ RICO, *ob. cit.*, p. 73, cita a Fayol para quien coordinar "es darle armonía y equilibrio al todo, es asignar a las cosas y a las acciones sus proporciones, es adaptar los medios a los fines y unificar esfuerzos y hacerlos homogéneos." La coordinación tiene una indudable trascendencia sistémica, como lo destacó el Tribunal Constitucional español en sentencia del 18 de abril de 1982 (ALVAREZ RICO, *ob. cit.*, pág. 81): "La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema." La importancia de la coordinación para toda organización resulta clara si advertimos que un aspecto central de la actividad de organizar es establecer los centros de actuación (órganos) y sus cometidos (competencias) lo que desde ya exhibe la trascendencia jurídica, no sólo productiva, del principio de coordinación. Insistimos en que, siempre desde una perspectiva global, administrar, organizar y coordinar son momentos de una misma actividad social.

[28] BERTI, *ob. cit.*, pág. 90, nota 28, (la coordinación) "no es un instrumento para organizar, es un modo de ser, esencial, de la organización. Un núcleo organizatorio de coordinación es científicamente necesario para construir la organización". Al establecer la relaciones entre competencias diversas, la coordinación permite la coexistencia de los "poderes" que se ejercitan a través de aquellas competencias (ver págs. 94 y 97). La competencia tiene un aspecto "coordinatorio", en la medida que también expresa una relación entre "poderes" u órganos productores de actos con relevancia jurídica (pág. 94, nota 32). En último análisis –afirma BERTI (pág. 74)– la organización puede ser reconducida a un orden de competencias, siempre entendiendo a éste desde un punto de vista dinámico, de actuación o producción de actos con efectos jurídicos.

[29] Hasta un equipo de fútbol, que es una organización, debe actuar en forma coordinada, y así posee una autoridad: el "director técnico", que define la "doctrina" (tácticas y estrategias) del grupo y el "capitán" que fundamentalmente se responsabiliza por la disciplina de los integrantes del equipo en el campo y los representa ante

órganos inferiores gozan de una competencia derivada y parcializada de la genérica que corresponde al centro jerárquico, que así actúa como elemento de unificación o de síntesis de las competencias distribuidas en la escala gradual[30] de la estructura administrativa.

- Servicio mutuo: la organización es siempre una "comunidad de intereses" que genera obligaciones de asistencia recíproca. Cuando los integrantes internos de la organización no se confunden con los titulares o beneficiarios de la acción del grupo, como ocurre con las administraciones públicas, la comunidad de intereses hacia el interior de la organización depende de que sus miembros asuman tales objetivos como propios –la "doctrina" de la organización tiene que ser asumida como la "doctrina" de cada uno de sus miembros– lo que permite la afloración de los elementos funcionales del "servicio mutuo", como la cooperación, la integración, la relación funcional, el funcionamiento integrado, la solidaridad, etcétera.
- Doctrina: se trata de la definición del objetivo del grupo, pero también la definición de los medios o procedimientos para lograrlo. Sin estas "doctrinas", el grupo no puede existir como tal, sería un mero agregado de individuos que desorganizadamente ponen en juego sus esfuerzos individuales. La definición de la doctrina puede tener una base autoritaria –nace de la cúspide de la organización para ser aceptada por la totalidad del cuerpo organizado– o democrática, cuando es establecida por la totalidad o mayoría de los integrantes de la organización o de sus beneficiarios. Pero, en cualquier caso, es necesario que la doctrina sea sentida por cada miembro como propia, lo que hace que el miembro se identifique con el grupo, se "embandere"[31], cuestión que es uno de los objetivos principales de la teoría de las "relaciones humanas"[32].

---

el árbitro del juego. La autoridad del grupo mantiene la existencia de éste aun cuando se encuentren en suspenso sus objetivos externos, como ocurre –ejemplifica WALDO (*ob. cit.*, págs. 109 y 110)– con las fuerzas militares en tiempos de paz. Este objetivo interno (encontrarse preparados para la movilización de guerra) es "eficiencia organizada". "Existe –dice Waldo– una constante necesidad en la organización, esencial para la existencia de la organización misma" que no es otra cosa que la necesidad de un principio de autoridad o centro de poder organizador.

[30] BERTI, *ob cit.*, págs. 120 y sigs., especialmente nota 60.

[31] En términos "futbolísticos" diríamos que cada miembro del grupo debe "ponerse" –y "sentir" y "sudar"– la "camiseta", sentir el orgullo por la divisa propia, que es el orgullo por la propia organización. Las naciones –o sus fundadores– supieron utilizar (en el buen sentido de la palabra) estos incentivos psicológicos, con la bandera, la escarapela, el himno y otros "símbolos patrios".

[32] La organización "informática" a la que hacíamos referencia antes, en la medida que rompa con la vinculación personal del grupo, puede conspirar contra la

6. La burocracia

A) Delimitación del campo de estudio

Una organización adecuada exige la aplicación de los principios que hemos estudiado en el parágrafo anterior los que, como vimos, pueden resumirse en el de la coordinación de esfuerzos, de manera que los restantes, también enumerados en el lugar citado, pueden perfectamente considerarse particularizaciones de aquél.

Aquélla es una coordinación que no puede nacer de manera espontánea, casi casual. Se trata de una integración armónica de trabajos deliberada, con un fin o fines (sobre todo intermedios) prefijados, con definición de los instrumentos aptos para alcanzarlos, sobre todo de los medios personales.

La organización es, entonces, una coordinación racional de esfuerzos, donde se destaca la intervención del factor humano en el conjunto. Se coordinan los esfuerzos de los que integran la organización, lo que, en el caso de la estatal, nos enfrenta con la necesidad de efectuar una distinción. Son miembros de aquélla todos los ciudadanos o súbditos o administrados (como quiera llamárselos), es decir, el pueblo organizado como base "natural" o "física" de la organización devenida en ordenamiento. Cada uno de los miembros del pueblo sin duda compromete su esfuerzo coordinado, según las exigencias del ordenamiento, para el logro del bien común y de la idea directriz de la organización.

Pero aquélla, recordemos, adquiere en el sistema-ordenamiento un valor propio en tanto que elemento del mismo. Ya en este plano –es decir, como elemento del ordenamiento– la base física de la organización se reduce enormemente: son miembros, no ya todo el pueblo, sino sólo el sector del mismo que actúa en el interior de la organización, prestando su esfuerzo personal –su fuerza de trabajo– para el

---

asunción, también personalizada, de la doctrina. Debe lograrse, en todo caso, siquiera una mínima vinculación física, naturalmente por sectores, ya que en una organización compleja sería materialmente imposible tal vinculación de todos sus integrantes. Nótese que la religión –que infunde una doctrina común entre todos los creyentes (pensemos en nuestro "Credo")– se vive, en la mayor parte del tiempo individualmente, sobre todo en el caso de los laicos, con oraciones, actos de contricción y obras o acciones dirigidas a terceros, pero individualmente decididas y ejecutadas. Pero la misma doctrina hace sentir a los creyentes que son parte de una organización, los embandera, sin descuidar la necesidad de una regular vinculación física, como la que se logra con asistencia a misa, independientemente de su finalidad salvífica, y a otros actos de culto.

logro de los objetivos de aquélla, fenómeno que no se presenta sólo en una organización pública sino en cualquier otra donde los beneficiarios de la acción de la misma sean distintos de los que trabajan para ellos.

Así, entonces, se repite en el plano personal lo que antes señalamos en el plano estrictamente organizativo: el pueblo organizado en Nación da vida al ordenamiento general que lo engloba en su totalidad; aquél, a su vez, puede ser distinguido, en una visión particularizada, en el ordenamiento específicamente estatal o público –integrado por los funcionarios o las personas que cumplen cometidos funcionales a la organización global– y el ordenamiento social, integrado por la totalidad de las personas a las cuales aquellos cometidos sirven.

Este factor personal de la organización puede ser también distinguido en dos niveles principales[33]. El primero es el político, de conducción, de definición de la doctrina o doctrinas de la organización[34], que puede o no confundirse con el grupo fundador. Debe aquí aclararse que este último define la idea directriz, mientras que la doctrina se refiere siempre a estrategias o tácticas –donde hay una sucesión escalonada de objetivos concretos a alcanzar y sus medios de obtención– pretendidamente apropiadas para servir a la idea directriz. Este nivel es ajeno a la burocracia como estamento organizativo, aunque deba proceder, ya lo veremos, fundamentalmente conforme a métodos burocráticos[35].

El segundo nivel es el propiamente burocrático, el dedicado específicamente a la elaboración y desarrollo material de los procedimientos destinados a la toma de decisión y, en general, a servir y asistir a los decisores a fin de facilitarles el cumplimiento de sus cometidos[36].

[33] Estos pueden aceptar, a la vez, varias subdivisiones especialmente jerárquicas, cuyo estudio detallado es ajeno a nosotros.

[34] Como señalamos en el texto, lo mismo puede ser predicado en una organización privada, especialmente en los casos en que el grupo conductor representa a los directamente beneficiarios de la organización, como ocurre con los directores de una sociedad por acciones con relación a los accionistas de ésta.

[35] En los regímenes políticos totalitarios de partido único donde este último se confunde con el Estado, como en los comunistas, era perceptible una burocratización del nivel político, es decir una transferencia "cultural" de los valores propios del estamento burocrático al estamento político, desplazando los valores propios de éste. Volveremos sobre el tema.

[36] La división entre los dos niveles no es, en la realidad, absoluta. Como veremos existe una gran influencia del estamento burocrático en el contenido de la decisión, además de que, en cierta medida, el nivel político no se puede excluir asimismo de verse involucrado en la realización de las tareas materiales.

Mediante la expresión burocracia se quiere indicar, entonces, al estamento o sector personal de la organización –empleados, funcionarios– que cumple con su tarea conforme a determinados procedimientos, precisamente denominados burocráticos. Al modelo de organización que identifica al tipo de funcionamiento del grupo organizado, basado en aquellos procedimientos cumplidos o llevados a cabo mediante aquella especie de personal, se lo denomina, lógicamente, organización burocrática[37]. Éste es el campo de delimitación de nuestro rápido estudio.

B) El pensamiento de Max Weber. El modelo burocrático

Hasta la aparición de la obra de Weber que más específicamente trata el tema de nuestro interés –*Economía y sociedad*, 1922– las dos escuelas teóricas más importantes que se habían adueñado del pensamiento del Siglo XIX hasta el final de la Primera Guerra, la liberal y la marxista, contemplaban a la burocracia desde una perspectiva

[37] Cabe destacar que simplemente describiremos el modelo, el cual, a su vez, es una descripción esquemática y "fácilmente manipulable" o de sencilla utilización instrumental de una realidad compleja ya existente (*Tratado....*, t. I, Cap.VI, § 54). Es decir, obviamente Weber no es el "inventor" de la burocracia; su mérito es la descripción y valoración de un sistema ya existente en la realidad. Explica NIETO GARCÍA, Alejandro, *La Burocracia*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, págs. 67 y sigs., que esta expresión deriva de la palabra latina "bure" o pieza de lana, en definitiva "el paño de tela que cubre la mesa en la que se despachan los negocios oficiales". De *bure* deriva la palabra francesa *bureau*, seguramente el antecedente más cercano a nuestro término "burocracia". *Bureau* es, por extensión, la mesa cubierta por el *bure* y cualquier tipo de escritorio. También el recinto donde se encuentran los escritorios o muebles destinados a servir a la escritura. En los siglos XVII y XVIII se comienza a utilizar el neologismo de *bureau*, *buraliste* para indicar a diversas categorías de empleados administrativos. Hacia mediados del siglo XVIII "la fértil imaginación de de Bernard de Gournay pone en circulación dos nuevas declinaciones del término: *Bureaumanie* ("una enfermedad que padece Francia, llamada buromanía") y *bureaucratie*, que busca intencionalmente la connotación de la aristocracia y democracia aristotélicas." La palabra burocracia adquiere así una significación crítica, peyorativa –que García Nieto la encuentra originada en la reacción de la vieja aristocracia contra la nuevas formas de organización social y política– sentido que perdura –quizás agravado– hasta nuestras épocas. Seguramente fue Max Weber el que otorgó, de manera más exitosa, una significación técnica a la palabra burocracia, y sin duda, como veremos, de alta valoración positiva. Para Mosher, Frederick y Cimmino, Salvatore, "La Ciencia de la Administración", Madrid, Rialp, 1961, pág. 73, burocracia viene del latín *burrus*, que indica un color obscuro y triste; de ahí pasó al francés *bure*, o pieza de tela, y luego sigue la evolución que conocemos. DEL VECCHIO, Giorgio, en el apéndice dedicado a la "Burocracia y servicio a la Nación", *ob. cit.*, *Crisis del Derecho y crisis del Estado*, pág. 219, con mucha elegancia señala: "La palabra burocracia no es solamente ... un cómodo barbarismo; es también un barba-

fuertemente crítica[38]. Para los primeros la burocracia significaba la instalación de una maquinaria estatal destinada a intervenir en la –por naturaleza– libre esfera privada de los ciudadanos. La burocracia era una carga ineficiente e improductiva soportada por los tributos impuestos por los burócratas que influían determinantemente en las decisiones estatales para, en gran medida, satisfacer a su propio sostén, prejuicio que aún hoy no se encuentra del todo abandonado. Para los marxistas, la burocracia no dejaba de ser un instrumento de dominación de la clase propietaria y capitalista sobre la proletaria. En definitiva, el Estado liberal, burgués y capitalista, no podía ser sino burocrático, de la misma manera que no podía ser sino represor.

Weber[39] realiza una aproximación neutral, eminentemente sociológica, de este modelo de organización y de producción, especialmente vinculado al modelo capitalista de principios del siglo XX. Así,

---

rismo polémico, casi una caricatura verbal, que toma su sabor del anacrónico injerto de un moderno vocablo francés en otro griego muy antiguo. ¿Qué es ese *poder de las oficinas*, que no se encuentra ni en las clásicas teorías de las formas de gobierno, ni en la distinción o separación de los poderes?...Con ella se quiere designar, en sustancia, no tanto las atribuciones, como los defectos, verdaderos o presuntos, de las oficinas administrativas y de quienes pertenecen a ellas, en una determinada organización del conjunto del Estado."

[38] NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, pag. 478 y sigs.

[39] MAX WEBER, alemán, 1864-1920, fue uno de los sociólogos –también, sin duda, puede ser considerado un economista y politólogo, aunque siempre desde una visión fundamentalmente sociológica– más notable del cruce de los siglos XIX y XX. En *La ètica protestante y el espíritu del capitalismo*, 1904/05, especialmente, Weber aportó una visión original en orden a explicar el nacimiento y consolidación del capitalismo, relacionándolo con el predominio de la por él denominada "ética protestante". Según lo resume el profesor mexicano MOLINA GARCÍA, Cuauhtémoc, *La teoría de la Administración; Max Weber y la bureaucretie*, http://cmg–uv.tripod.com/MAX.htm, México, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1998, para el sociólogo alemán, " el cristiano protestante (..considera que..) el trabajo duro y arduo es un ofrecimiento a Dios...una forma de expiación del pecado original. A partir de esta visión del mundo, otras ideas complementarias apoyan la ética del capitalismo: la actitud puritana y ascética hacia la vida personal y social, la frugalidad como sustento del ahorro (que es la base del capital social) entre otras visiones, constituyen los cimientos de la reinversión de las rentas excedentes, en lugar de su gasto suntuoso, en lugar del consumismo como símbolo de falsa vanidad y prestigio personal y social." Seguramente son muchas más las razones que explican el nacimiento de una nueva concepción de una forma organización social –y no sólo económica– como un todo. Aqueélla, como cualquier otra, comienza a ser influida por distintos elementos culturales donde la cosmovisión y especialmente la ética religiosa ocupan un lugar destacado. Luego la nueva concepción se impone por su propio éxito, el que muy probablemente se encuentra incentivado por el ambiente favorable producido por aquellos valores culturales. Pero no podemos dejar de reconocer que en los medios intelectuales católicos existió, hasta

el corazón del sistema se encuentra en la racionalidad entendida como la adecuación entre los medios y los fines. "Las organizaciones son núcleos de trabajo; en las organizaciones, a un hombre se le paga para que actúe y se comporte de una manera preestablecida y minuciosa. El trabajador, animado por el espíritu burocrático –que es la base del capitalismo sustentado en la ética protestante– será un componente racional de la estructura industrial; sus emociones, sus anhelos psicológicos quedan al margen puesto que su devoción al trabajo está plenamente apoyada en sus anhelos de salvación."[40] Así la "racionalidad" como signo de los nuevos tiempos inaugurados –culturalmente– por Lutero y Calvino, se expresa tanto en el "capitalismo", como en la "ciencia moderna" y la "burocracia", "las tres íntimamente ligadas entre sí en su génesis y en su devenir"[41]. Se trata aquélla de una racionalidad meramente formal[42], es decir vinculada con el método de trabajo dentro de la organización y no con su resultado, frente

---

no hace mucho, una fuerte desconfianza hacia el sistema capitalista, el que, sin embargo y dentro de los límites de las imperfecciones humanas, se ha demostrado, en las actuales condiciones socio-culturales, como el mejor en orden a la generación y distribución de la riqueza. Quizás también, en un actitud cultural que refleja un fondo católico distorsionado, existe, en las comunidades de base católica, como una cierta desconfianza hacia el éxito, lo que se encuentra más neutralizado en las protestantes, donde el éxito y la riqueza expresan también una suerte de gracia o elección preferencial divina. Para los católicos los pobres son los elegidos de Dios –la "opción preferencial por los pobres" es una gran manifestación de amor apostólico, pero debería comenzar, culturalmente, por una "opción táctica por los ricos" (sin abandonar el aspecto pastoral, por supuesto) que son los que, al generar riqueza, hacen que haya menos pobres– mientras que para los protestantes, en general, los pobres son personas desgraciadas, hasta "predestinadas" a la pobreza, a ser "perdedores", a las que, simplemente, hay que ayudar, y no alabar como un prototipo humano. Naturalmente que es posible la síntesis, y así de hecho ocurre. Pero esa "cosmovisión", siquiera de manera inconsciente, influye sobre la predisposición hacia la acumulación de la riqueza, hacia la consideración del rico como un "ganador" –lo que también representa un desaliento a la envidia– y no como un maléfico explotador y, seguramente, corrupto. No debemos olvidar que son los ricos –es decir, los formadores del capital– los que movilizan la economía, generan puestos de trabajo y progreso social. Debo reiterar que esta es una crítica a una concepción distorsionada de las bases culturales del catolicismo y que se expresa socialmente, seguramente cada día menos, de una manera inconsciente, aunque sea el sustento ideológico de grupos "tercermundistas" y "populistas" todavía diseminados en nuestros países latinoamericanos.

[40] MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*

[41] MOLINA GARCÍA, *ob. cit.* "De hecho –agrega la autora– son también, para Weber, la explicación del progreso y del desarrollo social y económico de ciertos países como Inglaterra, Holanda y Alemania."

[42] NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 480, a quien seguimos en lo fundamental de su síntesis del pensamiento weberiano.

al irracionalismo de otros métodos organizativos, basados en la tradición, en la sangre o parentesco, etcétera.

Luego de analizar los conceptos de "orden social" y "legitimidad", la base de la teoría burocrática descansa en la idea de "asociación" "entendida como una relación social en la que el mantenimiento del orden viene garantizado por la conducta de un director y, en su caso, de un aparato administrativo"[43]. En toda asociación hay, entonces, un "dominador" y un "dominado", una relación de dominio que es "legítima" cuando aquellos dos términos subjetivos "creen" –por la razón que sea– que es de derecho para unos mandar y para los otros obedecer tales órdenes. En el dominio basado sobre la autoridad legítima se practica un poder o "potencial para ejercer influencia sobre otras personas"[44], aunque no todo ejercicio del poder se base, en la realidad, en relaciones de dominio legítimas. Frente a los modelos donde la legitimación del poder se encontraba en la tradición o en el carisma, se presenta otro donde aquélla es "racional, legal o burocrática"[45], donde "la obediencia se basa en unas reglas racionales de general aceptación."[46] Así, "cuando el actuar social se apoya en tal legitimación, su expresión orgánica es la burocracia."[47]

En una organización donde la dominación legítima se articula a través de un aparato o estructura –es decir, el modelo considerado en su punto de estabilidad– burocrática, se pueden advertir la vigencia de los siguientes principios:

- se establecen normas abstractas e impersonales que son aceptadas por todos los miembros del grupo;
- la autoridad, al mismo tiempo que manda, está sometida a esas normas;
- los subordinados no obedecen al superior, sino a las normas y sólo en cuanto se obligan como miembros del grupo, es decir, no existe una relación de dominio personal, indeterminada, de naturaleza estamentaria;

[43] Ibidem, pág. 484.

[44] MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*

[45] Ibidem. Ya vamos advirtiendo cómo la concepción burocrática desarrolla un modelo de organización adaptado al nuevo orden político nacido con la Revolución Francesa, como también se adaptará a las necesidades del industrialismo y capitalismo.

[46] NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 486.

[47] Ibidem.

- en consecuencia, la obediencia sólo se refiere a las órdenes emanadas dentro de una competencia racional y objetivamente limitada[48].

De lo expuesto se siguen determinadas consecuencias de tipo organizativo y que, especialmente, configuran una especial metodología de trabajo:

- los asuntos se desarrollan de manera reglada y dentro de una competencia predefinida, lo cual implica un ámbito de deberes determinados por una distribución objetiva;
- una jerarquía orgánica, es decir, un orden de autoridades de mando y de control, que pueden corregir, incluso a pedido de parte interesada, las decisiones de los inferiores;
- los asuntos se llevan según determinadas reglas de procedimiento, ya sean técnicas o jurídicas, para cuya aplicación racional se requiere de una capacitación especializada, cuyo dominio es propio de los funcionarios o cuerpo de burócratas;
- los burócratas no son propietarios del cargo ni de los medios de trabajo; todo pertenece a la organización;
- la tramitación de los asuntos debe ser formal, documentada, sólo así se puede comprobar el respeto por las reglas, en especial las de competencia y procedimiento, lo que obliga a la forma escrita y a la unión ordenada y secuencial de los documentos escritos en cuerpos denominados expedientes.

Dentro de este esquema, Weber ya alcanza a destacar la distinción entre el nivel político y el nivel profesional, dentro del aparato burocrático. Los jefes son, generalmente, quienes han alcanzado su posición gracias a un acto de apropiación, designación o elección, pero siempre ejerciendo competencias legales. En cambio, los funcionarios reconocen las siguientes características:

- están profesionalizados;
- viven de su trabajo profesional burocrático;
- son designados por los superiores de acuerdo a reglas preestablecidas;
- realizan una carrera de ascensos en la escala jerárquica que mejora su posición dentro de la organización, su prestigio social y su nivel de retribución;
- sirven a la organización de manera plena, a "tiempo completo";
- actúan de acuerdo a reglas impersonales de procedimiento[49].

[48] Ibidem.
[49] Ibidem, págs. 486 a 488.

Con estas bases, para Weber, la organización burocrática resulta de un diseño científico que persigue la más absoluta eficiencia y que puede describirse según el siguiente modelo[50]:

- carácter abstracto e impersonal de las normas que la rigen, de manera que exista una "estandarización" de las funciones de la organización, precisamente para fomentar y facilitar la economía y la racionalidad;
- carácter formal de las comunicaciones internas y externas, con su procedimiento escrito y archivado en un cuerpo único por tema;
- racionalidad en la división del trabajo, no sólo en la distribución formal de competencias sino con puestos o cargos perfectamente definidos en nombre, categoría, funciones generales y específicas, autoridad y responsabilidad, todo ello conforme a manuales de organización, métodos y procedimientos; de esta manera se obtiene una gran economía de procedimientos casi "tayloriana" o quizás "fordiana", teniendo en cuenta que, así, el procedimiento decisorio de las administraciones se asimila a la línea de montaje industrial;
- impersonalidad en las relaciones de trabajo que, además de las notas ya señaladas (profesionalización, cargo impersonal, etc.) se manifiesta también en la "estandarización" de rutinas y de desempeños;
- jerarquía o principio de autoridad, según también reglas abstractas e impersonales;
- rutinas y procedimientos de trabajo "estandarizadas" en reglas y manuales; lo que aumenta la eficiencia y facilita el control: el desempeño y el rendimiento es fácilmente evaluable según los patrones predeterminados en los manuales;
- comportamientos de trabajo, que se trasladan al contenido de las decisiones, conforme a las reglas escritas y a otras no escritas denominadas "precedentes";
- competencias técnica y "meritocrática", que permiten medir la aptitud del candidato al ingreso o ascenso en la carrera según patrones también predeterminados;
- concepción de los administradores como un cuerpo profesional, separado de los propietarios de los bienes de la organización y de los usuarios de sus productos;
- previsibilidad del desempeño de los funcionarios y de sus resultados.

[50] MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*

Finalmente, debemos agregar otro elemento al modelo, que puede muy bien servir, incluso, de síntesis lógica de los restantes o de gran parte de ellos. La burocracia, especialmente en las organizaciones públicas, tiende a girar en derredor de una racionalidad determinantemente jurídica, que encaja perfectamente –casi retroalimentándose– con el Derecho Administrativo.

C) Burocracia y tecnocracia

Tomamos prestado el título de un excelente libro de García Pelayo[51], para utilizar también su análisis comparativo de estas dos estructuras organizativas, si es que la tecnocracia puede ser así calificada.

La tecnocracia puede ser definida como el sistema social en el cual los gobernantes "se justifican a sí mismos por apelación a los expertos técnicos, quienes, a su vez, se justifican a sí mismos por apelación a las formas científicas de conocimiento". Y contra la ciencia no existe apelación alguna[52].

Aparece así una nueva clase política, la "tecnócrata", compuesta por especialistas en procesos productivos y en management[53]; economistas, ingenieros, administradores de empresa que pretenden encontrar y exhibir una base absolutamente científica en todas sus decisiones y que, con tal vestimenta, la imponen a los políticos abrumados por la complejidades de la vida moderna.

Desde esta perspectiva, la tecnocracia no es esencialmente distinta de la burocracia, aunque desplace a la "racionalidad predominantemente jurídica", característica de esta última, por una "racionalidad predominantemente técnica". En definitiva, llevadas a un plano exorbitante, sacadas del lugar servicial que les corresponde frente a la política, ambas tratan de otorgarles un valor absoluto a las explicaciones racionales, olvidando que la conducción política es prudencia, negociación, aproximación, consenso, oportunidad e imaginación creativa.

Sin embargo también pueden ser distinguidas, como vimos, por la diferente racionalidad o lógica que emplean en su funcionalidad.

[51] García Pelayo, Manuel, *Burocracia y Tecnocracia*, Madrid, Alianza, 1974.

[52] Ibidem, pág. 32.

[53] Ver Nieto García, *ob. cit.*, Cap. VI. Sobre el "management técnico ", pág. 647 y sigs., quien lo analiza desde sus precedentes "tayloristas" (aunque estos no eran tecnocráticos en sentido propio) en adelante.

La racionalidad técnica es distinta de la burocrática, altamente "juridizada". Ésta se apoya, como hemos dicho, en reglas abstractas y generales; quiere actuar con apego a ellas independientemente del resultado. En cambio, en el mundo de la "técnica" las reglas son aquellas científicas que corresponden a los objetos manipulados; no existe legalidad sino corrección o acierto en el resultado; la organización, sus jerarquías, procedimientos, cargos, etcétera, no dependen de normas anteriores sino de las necesidades concretas de cada tema a resolver[54]. Así, la tecnocracia es absolutamente flexible –salvo en lo que hace a la aplicación de las reglas científicas– pero también totalmente imprevisible y a-jurídica.

D) Valoración de la burocracia. La preeminencia de la decisión política

Quizás la última nota mencionada sea la más destacada característica identificatoria del modelo burocrático: la previsibilidad –que no deja de ser un aspecto de la racionalidad de las conductas– lo que también asimila el modelo a la lógica interna del capitalismo y del Estado de derecho. La relación costos-beneficios que debe ser analizada antes de emprender cualquier actividad capitalista, es decir, antes de decidir la inversión de capital, requiere de la previsibilidad de las condiciones económicas (por lo menos, de las dependientes del medio social más cercano) y de las condiciones jurídicas[55] y políticas. A la vez, las libertades básicas también exigen, como garantía de su respeto, previsibilidad del sistema jurídico, como la democracia exige la previsibilidad del sistema político de toma de decisiones, de elección de gobernantes, etcétera. Es decir, el capitalismo, la democracia, el

[54] La comparación detallada, "modélica", se encuentra en GARCÍA PELAYO, *ob. cit.*, pág. 30.

[55] Este aspecto lo destaca muy bien una sentencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, en el caso "United States v. Winstar" 518 U.S. 839 que tuvimos ocasión de comentar brevemente en Barra, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado y seguridad jurídica", diario *Ámbito Financiero* del 25 de setiembre de 1966. Esta decisión debe ser especialmente tenida en cuenta en el momento de analizar el instituto de la responsabilidad del Estado, y también al estudiar la naturaleza de la relación jurídica administrativa y su "sustantividad". Sin perjuicio de ello, el caso "Winstar" implica, en sí mismo, una fuerte definición del valor de la previsibilidad del comportamiento del Estado en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, principios que son fácilmente trasladables al conjunto del funcionamiento del ordenamiento jurídico y de su sector público en particular, donde el procedimiento burocrático para la toma de decisión tiene una trascendencia especial.

Estado de derecho y la burocracia, forman un conjunto, un sistema, que califica al ordenamiento jurídico todo[56].

La esencia del modelo burocrático es, entonces, la racionalidad del método de trabajo dentro de la organización, racionalidad que es la nota constante de las distintas escuelas de ciencias administrativas según lo mencionáramos rápidamente, *supra* N° 4.

Como ya vimos, el gran mérito de Weber consistió en saber plasmar en un modelo descriptivo una organización racional del trabajo en general y del desempeño administrativo en particular, cuya bondad se impone de una manera obvia.

Ya veremos la enorme importancia que lo anterior tiene al trasladarlo al plano jurídico. Elementos integrantes de la decisión estatal –sin bien con gradaciones, nos referimos a las decisiones estatales en cualquiera de sus formas jurídicas, como fuentes del ordenamiento– tales como la competencia y el procedimiento, o la misma concepción de la "Administración de legalidad" se encuentran íntimamente vinculados al modelo burocrático que, no sólo debe ser valorado desde un punto de vista estático sino sobre todo dinámico. Es decir, no es sólo organización, sino organización al servicio de la producción, producción que en nuestra materia es la toma de decisión con efectos normativos.

Por supuesto que el burocrático no es un sistema perfecto, ya que no existe tal en la realidad humana. La burocracia sufre específicas "disfunciones"[57] que provocan ineficacia en la obtención de los resultados e ineficiencia en cuanto a la relación costos invertidos y benefi-

[56] Si eliminamos uno de estos elementos o alteramos sus relaciones mutuas, el sistema-ordenamiento cambia. El soviético era también un sistema altamente burocratizado, un capitalismo de Estado, con reglas de poder político preestablecidas. Pero no era un Estado de derecho. Es decir, no se debe confundir burocracia con capitalismo o con democracia. Aquélla es un elemento que si bien puede ser funcional para distintos ordenamientos –p. ej., en el llamado "Estado de policía"– salvo para algunos de organización más rudimentaria y de base personalista, patrimonial y carismática, como el feudal, etcétera, es perfectamente funcional al sistema democrático capitalista. Sobre el particular, DEL VECCHIO, *ob. cit. Crisis del Derecho...*, apéndice. FRIAS, Pedro J., "Algunos problemas que suscita la burocracia en el Estado moderno", *El Derecho*, Derecho Constitucional del 22/3/02, advierte claramente aquella relación funcional: "En el proceso de racionalización del poder, la objetividad del mando permitió, entre otras realidades sociales, el nacimiento del constitucionalismo moderno y de la burocracia, entendida, claro está, no como empleomanía al modo argentino, sino como órgano de ejecución de la política del gobierno."

[57] MOLINA GARCÍA, *ob. cit.* Sobre el estudio del modelo y sus disfunciones, también SAUVY, Alfred, *La burocracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1976.

cios logrados. Así como, según explicaban los clásicos, la demagogia es la corrupción de la democracia y la tiranía de la aristocracia, el "burocratismo" es la corrupción de este sistema de organización que, para la opinión pública, ya nació con un nombre peyorativo, según vimos en una nota anterior.

Estas disfunciones pueden resumirse en el exagerado apego a normas, manuales y precedentes rutinarios, tanto como transformarlos de medios a fines –lo importante es cumplir con la norma, no importan el costo y el resultado– exceso de formalismos y papeleo, muchas veces como excusa para no decidir; resistencia al cambio[58]; despersonalización de las relaciones con ignorancia de las relaciones informales[59]; transferencia de las decisiones a funcionarios de mayor jerarquía o de distinta área de competencia; autoritarismo; "autismo" o tendencia a la autosatisfacción de las necesidades de la organización con falta de consideración hacia clientes y usuarios; tendencia al crecimiento indefinido[60],etcétera.

Para combatir estas "disfunciones" existen medios técnicos y político-jurídicos. Los primeros han sido siempre estudiados desde la perspectiva de generar formas de competencia entre las distintas oficinas burocráticas, medir su "productividad", establecer un permanente monitoreo de la relación costo-beneficio o eficiencia del desempeño de la oficina, generar incentivos de mérito y remuneratorios,

[58] Ésta es una actitud humana, en cualquier actividad y no sólo en la burocrática. El individuo tiende a sentirse seguro cuando domina lo que hace. El cambio le significa un desafío, un peligro, una grave sensación de inseguridad. "Quizás esto nuevo no lo sepa hacer; para esto quizás no me necesiten o tomen a otro más capaz o adaptado; el cambio refleja una intención deliberada de desplazarme..." , etcétera. Por eso una organización correctamente conducida debe saber imponer psicológicamente la doctrina del cambio y su conveniencia, preparando a los empleados y ejecutores para ello, con un adecuado entrenamiento y haciédoles creer que ellos son una pieza clave para la introducción de las nuevas rutinas, con adecuados incentivos de prestigio y remuneración.

[59] También aquí se trata de una realidad humana que el conductor de la organización debe saber constatar y aprovechar. Él debe convertirse en el centro, y también conductor, de las relaciones informales y aprovecharlas para el bien de la organización.

[60] Esto no es sólo producto del "clientelismo" político, que también influye muchísimo, sino de la tendencia de las organizaciones a justificar su existencia con la asunción de nuevos cometidos, reales o fictos, con consiguiente crecimiento del personal. En esta visión distorsionada, cuanto mayor sea el personal de la organización –no tanto la global sino de las dependencias o divisiones internas– más importante se la considera.

etcétera[61], en todo lo cual deben tener un papel destacado las estructuras de control, especialmente, en nuestro caso, la dependiente del Congreso, como ocurre con la Auditoría General de la Nación.

Los medios político-jurídicos deben tender a responsabilizar al conductor político de la organización –es decir, quien se encuentre fuera del nivel propiamente burocrático– por los resultados logrados por aquella, poniendo en sus manos los instrumentos adecuados para escapar, fundadamente, del papeleo, la rutina, el precedente, aunque siempre respetando "normas marco" de actuación. Esto nos introduce en el meollo del procedimiento decisorio, en el instituto de la discrecionalidad cuyo estudio, que debe ser encarado de manera especial, no corresponde en este momento.

Sin embargo, es oportuno ahora adelantar algunas argumentaciones al respecto. Centrando nuestro análisis exclusivamente en las burocracias de las organizaciones públicas, sin perjuicio del empleo de aquellos medios técnicos de corrección de sus "disfunciones", lo esencial del modelo debe ser respetado, ya que de lo contrario se afectaría la seguridad y la previsibilidad indispensable para la vigencia del Estado de derecho. Aun más, se correría el riesgo de "saltar" la línea divisoria entre los niveles político y burocrático, dejando la decisión en cabeza de funcionarios sin ningún nexo con los niveles representativos democráticos. Aquí la expresión "burocracia" adquiriría sí la plenitud de su significado semántico, pues pasaríamos a ser gobernados, en la práctica, por las oficinas administrativas.

La burocracia –es decir, las notas destacadas del modelo, que enumeramos más arriba– es un costo imputable a la Administración de legalidad, a la garantía de la adjudicación o reparto del bien común según las exigencias de la justicia distributiva, al respeto de los derechos de los administrados frente a la Administración. Además, a pesar de sus "disfunciones", siempre corregibles y que siempre deben estar en proceso de corrección, hasta el presente no se conoce un mejor método de administración de los asuntos del Estado[62].

[61] Estos se encuentran muy bien resumidos en la obra de NISKANEN, Willian A., *Cara y cruz de la burocracia*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980. Un buen proyecto para llevar a cabo estos criterios se encuentra expresado, en nuestro país, por el "Plan Nacional de Modernización" aprobado por el decreto 103/01, que comentamos en el *Tratado...*, t. I, Cap. 2, § 18, nota 56, en el marco del estudio de lo que hemos llamado la necesidad de la reforma permanente del Estado.

[62] No se trata sólo de un modelo organizativo propio de la Administración Pública, aunque principalmente a ella corresponda. El proceso judicial reconoce, en ciertos aspectos, importantes notas burocráticas, aunque matizadas por la trascen-

Pero la responsabilidad política –que por definición es dinámica, innovativa, imaginativa– corresponde a los políticos. Son estos los que realmente deben conducir el aparato burocrático. Para ello hace falta valentía y, por supuesto, conocimientos. Los necesarios para decidir, cuando así corresponda, en contra de lo aconsejado por la "línea", para aprovechar las salidas normativas en orden a adoptar caminos y soluciones imaginativos, flexibles. Para disponer abreviación de plazos, de tramitaciones no substanciales, sancionar las demoras y tramitaciones injustificadas, generar en sus subordinados una cultura de la eficacia y la eficiencia. Sobre todo, ante la "línea" imponer su responsabilidad de conducción: saber escuchar, saber mandar, saber asumir la responsabilidad de los procedimientos y de las decisiones. Todo esto se encuentra, como puede fácilmente advertirse al estudiar los institutos correspondientes, autorizado por las normas. Basta con aplicarlas[63].

En aquel punto se encuentra la línea divisoria entre la burocracia –y también la tecnocracia– y la política: en el momento, en la fuerza, en la creatividad de la decisión. Creemos que este límite no debe ser anulado, ya que importa una distinción "sistémicamente" útil.

---

dente intervención de las partes y la, en definitiva, decisión solitaria de los jueces, aún en los tribunales colegiados. El proceso legislativo tiene un mayor dinamismo político, con muy pocos elementos burocráticos.

[63] Es en cierta medida lógico que los funcionarios burócratas no quieran asumir ciertas responsabilidades, ya que éstas son propias de la conducción política. Cuando el político no lo hace, a pesar de que para ello está en el cargo, el burócrata tiende a enmascarar la indecisión con el papeleo y formalismo "burocratista". Con esto se protege él mismo y no molesta al político, que naturalmente se encontrará cómodo en esa situación. No decidir nada, dejar que lo haga otro, es la ley del timorato. Debo reconocer que esta actitud tan común se encuentra acrecentada por una grave situación de corrupción que nos envuelve, que es la jucialización de la política. Esa es la verdadera corrupción, que lleva la lucha política al terreno de las permanentes denuncias penales, sin fundamento en la gran mayoría de los casos, aunque de gran acogida por la prensa. En ese "medioambiente" altamente viciado, se encuentra más expuesto el político que decide, especialmente cuando lo hace con soluciones imaginativas, que quien no hace nada, como si le faltaran las manos. Precisamente esta idea es reflejada con inteligencia por una gran película cinematográfica protagonizada por Marcello Mastroianni, "Ojos negros", donde el personaje central, por él encarnado, recorre las más lejanas provincias de la Rusia zarista con la intención de lograr un cierto permiso industrial. En una ocasión se enfrenta con un funcionario de jerarquía decisoria ante cuya entusiasta aprobación expone su proyecto. Cuando llega el momento de firmar, el funcionario sube sus puños hasta taparlos con las amplias mangas de su casaca rusa y mirándolo desolado le dice a Mastroianni: "No puedo firmar, no tengo manos".

Mientras el político debe caracterizarse por la fuerza y la voluntad de realización, el burócrata –y el adecuado modelo burocrático– es el contrapeso necesario frente a aquella energía en estado casi puro. El proceso burocrático genera tiempos, siempre necesarios para la reflexión, sustentabilidad técnica de la decisión, que debe encontrarse adecuadamente "causada" y "motivada", garantías de respeto por el ordenamiento normativo; en síntesis, vigencia de la "Administración de legalidad".

Pero todo sistema actúa armónicamente y con una suerte de retroalimentación entre sus distintos elementos. Si a los funcionarios les corresponde "calmar" a los políticos, es deber de éstos "agitar" a aquéllos y, llegado el caso, asumir la responsabilidad de decisiones discrecionales tomadas en los tiempos exigidos por las distintas situaciones a enfrentar que, por otra parte, se encuentran autorizadas por el mismo ordenamiento.

Es cierto que, sobre todo en las cuestiones técnicas complejas, el político a cargo de una organización administrativa –ministro, secretario de Estado– puede sentirse "prisionero" de la "línea", que, si bien respondiendo con un cortés y sumiso "sí ministro" (como en la sátira citada en nota 19) finalmente conduce al funcionario político a tomar la decisión –o a no tomar ninguna– que a los propios burócratas interesa. Es que el político muchas veces se siente abrumado por la multitud de problemas a resolver, los conflictos inherentes al debate democrático incluso dentro del propio partido, las presiones de la prensa, etcétera. No tiene más remedio que apoyarse en la línea, es decir, el cuerpo profesional y permanente de funcionarios burocráticos, estructurados según un orden jerárquico por grados, quienes, muchas veces, sólo pueden ofrecer una lealtad personal y política relativas y de compromiso.

La solución que el ordenamiento ofrece o debería ofrecer –siempre parcial y sin perjuicio de lo que hemos dicho en los párrafos anteriores– es darle la oportunidad al político de constituir un cuerpo de asesores con *expertise* o especialidad técnica y compromiso político, para que trabajen juntamente con los funcionarios de línea en el desenvolvimiento del proceso decisorio en los asuntos más trascendentes, con habilitación para emitir dictámenes o pareceres con valor equiparable, aunque no sustitutivo, de los emitidos por los cuerpos consultores permanentes, incluso formando grupos especiales de trabajo con los funcionarios de línea para el tratamiento de aquellas cuestiones trascendentes y hasta actuar en paralelo de las estructuras formales de división de trabajo dentro de la organización.

Se trata del trabajo en *staff*[64] o grupo de funcionarios no permanentes designados *ad hoc* por el político, siempre de manera oficial y remunerada, ya sea para intervenir en una cuestión determinada o por todo el tiempo de su gestión, que puede ayudar a encontrar una síntesis entre la visión burocrática y la política en cuanto a los manejos de los asuntos públicos, naturalmente bajo la conducción y última responsabilidad del político –por tanto, una responsabilidad substancialmente política, de cara al partido y al electorado– elemento imprescindible en todo sistema democrático.

E) Distinción de los niveles políticos y burocráticos

Para lograr las finalidades señaladas en el apartado anterior, la organización debe hacer un permanente esfuerzo de distinción entre los niveles políticos y burocráticos de su fuerza de trabajo. Entendamos bien esto último. Todos los funcionarios (en sentido genérico) prestan su fuerza de trabajo en beneficio de la organización. En consecuencia los políticos, aunque no se encuentren vinculados con la Administración por un contrato de empleo, no pueden excluirse de la responsabilidad que los obliga a desempeñarse conforme a las reglas técnicas correctas, es decir, deben actuar conforme a los mismos principios técnicos o profesionales que obligan a los burócratas. Pero estos últimos no deben olvidar que los funcionarios con responsabilidad electoral –directa o indirecta– y, por tanto, con legitimidad democrática, son los políticos, lo que debería constreñirlos a ajustarse y servir con lealtad a las finalidades políticas –tácticas y estratégicas– definidas por los primeros.

Éste es el "vaso comunicante" entre los dos niveles, cuya existencia no es obstáculo para la distinción entre ellos, es decir para la distinción entre los niveles del "decisión *making*" y del "decisión *taking*". Un esfuerzo significativo en tal sentido podemos encontrarlo en la experiencia italiana, que puede, aún críticamente, resultarnos aprovechable.

Por decreto legislativo nº 29 del 3 de febrero de 1993 –luego modificado parcialmente por diversas normas, entre ellas, la más impor-

[64] Ésta es una palabra inglesa que literalmente significa " palo " o " bastón", de ahí "soporte", "apoyo", "sostén"; sin duda en materia de organización deriva hacia la idea de "personal de apoyo", como en lo militar refiere al personal del "estado mayor", aun cuando la expresión también puede abarcar el conjunto del personal de la organización y no el sentido restringido –asesores extraños a la línea– que se utiliza en el texto.

tante y que contó con la participación activa de Sabino Cassese, el decreto legislativo nº 470 del 10 de noviembre del mismo año– se disciplinó el régimen "de racionalización de la organización de las administraciones públicas y revisión de la disciplina en materia de empleo público"[65]. La norma que nos interesa especialmente, art. 3, bajo el título de "dirección política-administrativa; funciones y responsabilidades", reza como sigue: "1. Los órganos de gobierno definen los objetivos y los programas a ejecutar y verifican la correspondencia de los resultados de la gestión administrativa con las directivas generales impartidas. 2. A los dirigentes les corresponde la gestión financiera, técnica y administrativa, incluida la adopción de todos los actos que comprometen a la administración con el exterior, mediante poderes autónomos de gasto, de organización de los recursos humanos e instrumentales y de control. Ellos son responsables de la gestión y de sus resultados. 3. Las administraciones públicas cuyos órganos de vértice no sean directa o indirectamente expresión de representación política, adecuaran sus ordenamientos al principio de la distinción entre dirección y control, por un lado, y de gestión por el otro...".

[65] Sobre el particular, ver D'ORTA, Carlo, en "La sopraordinazione dei ministri sencondo el D.L. 3 febbraio 1993 N. 29", revista *Foro Amministrativo*, 1994, págs. 1329 a 1347, relata la evolución histórica de esta relación gobierno-burocracia desde los orígenes del Estado nacional italiano, originalmente centrada en un sistema político de estilo inglés, donde primaba la plena responsabilidad de los ministros frente al Parlamento, no sólo por la dirección de la actividad administrativa sino incluso por su ejecución, a la vez que se adoptaba un modelo de organización administrativa napoleónico, centralizado y jerárquico. "Nacía así –indica el autor citado– la equívoca figura del ministro itálico, que enfatizaba el bifrontismo del órgano-ministro (como punto de coexistencia de la actividad política y de la administrativa) intríseco a todos los ordenamientos." El modelo subsistió (con variantes más jerárquicas durante el veintenio fascista) hasta la década de 1960/70, amparado incluso en una –para el autor– contradicción entre los arts. 95 y 97 de la Constitución de 1948 . Así mientras uno afirma que los ministros son responsables por los actos del propio "dicasterio", lo que daría impulso al modelo francés, según el otro ordenamiento determina las esferas de competencia, atribuciones y responsabilidad de los "oficios públicos", lo que daría lugar a una distinción entre los momentos de la "opción política y la actuación cotidiana". Es en la década del 60 en que se comenzó a impulsar doctrinariamente la distinción, encontrando argumentos integrativos de aquella aparente antinomia constitucional especialmente fundados en el principio de la descentralización administrativa establecido por el art. 5 de la misma Constitución. En 1972 se instituyó la figura de la "dirigencia estatal", que comentaremos en el texto, y así se llega a la actual reforma que estamos analizando, cuyo antecedente puede encontrarse en la ley del 8 de junio de 1992, n. 142, referida a los ordenamientos locales; conf. BATTINI, Stefano, "Il Personale", en la obra colectiva dirigida por CASSESE, Sabino, *Trattato di Diritto Amministrativo*, t. I., Milano, Giuffrè, 2000, pág. 335 y sigs., especialmente pág. 481.

La norma se refiere, primero, a "los órganos de gobierno", lo que parece ser un intento de precisar la expresión contenida en su redacción original, que mencionaba a "los órganos de dirección política". Este último es seguramente un término más amplio y hasta más ambiguo, ya que pueden existir distintos niveles de dirección política e, incluso, ésta puede ser interpretada de diferentes maneras. Como sea, la reforma al régimen original, utilizo aquella expresión citada más arriba en el lenguaje constitucional (art. 92) tiene un sentido bien preciso: los órganos del Gobierno de la República son el Presidente del Consejo de Ministros y los ministros que lo integran. La práctica permite considerar a otros órganos, como el Vicepresidente del Consejo y, con un grado mayor de discusión, secretarios y subsecretarios. Los ministros "sin cartera" sin duda se encuentran incluidos en la previsión constitucional, que de ninguna manera distingue entre categorías ministeriales[66]. Precisamente es el Gobierno el que adquiere la legitimidad democrática con el acto de "fiducia", que debe obtener y conservar, por parte del Parlamento (art 94). Mediando esta "confianza", el Presidente del Consejo con los ministros "dirige la política general del Gobierno" a la vez que "Mantiene la unidad de dirección política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los ministros." (art. 95).

En el siguiente nivel se encuentran "los dirigentes", figura instituida en 1972 por decreto n° 748 y que comprende a la alta burocracia funcionarial. D'Orta[67] explica que la "dirigencia del Estado", que así se denomina, fue articulada en tres categorías jerárquicamente ordenadas: "primer dirigente"; "dirigente superior" y "dirigente general", aunque podían existir categorías aun superiores en otras administraciones especiales, como por ejemplo la del servicio exterior[68]. Lo buscado por este modelo, complementado y perfeccionado por la norma de 1993, fue excluir a la alta burocracia de la plena dependencia jerárquica con respecto a los ministros, convirtiéndola en un cuerpo de colaboradores del vértice político, dotado de competencias y poderes decisorios en cierto sentido independientes[69].

[66] Sobre la cuestión de la integración de órganos no ministeriales dentro de la figura del gobierno, ver CRISAFULLI, Vezio y PALADIN, Livio, *Comentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, págs. 571 a 575.

[67] *Ob. cit.*, pág. 1332.

[68] Actualmente la cuestión se encuentra regulada, en general, en el art. 15 del decreto 29, reformado por el 470.

[69] Ibidem. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, quien afirma, pág. 111, que las regulaciones italianas "han desapoderado, pura y simplemente, al personal polí-

Así, entonces, se diferencia de manera cortante el nivel de la conducción política, de donde emanarán los actos de contenido normativo y las directivas destinadas a orientar la actividad de los órganos burocráticos como así también el control y evaluación de su desempeño, del nivel directivo burocrático, encargado de la gestión administrativa propiamente dicha. Ésta comprende, principalmente, el desarrollo del procedimiento administrativo, la adopción –nada menos– de actos administrativos y de toda aquella actividad que compromete jurídicamente a la Administración hacia el exterior de ella misma[70], incluso con "autónomos poderes de gasto", como lo establece el art. 3°, apart. 2 de la norma antes transcripta.

¿Se trata de la distinción entre *indirizzo* o dirección y administración de la misma a la que nos hemos referido en *supra* t.I, Cap. VI, § 46, es decir, entre "gobierno y administración"?

Para nosotros gobierno es conducción, la que se ejerce a través de la jurisdicción, de la legislación y de la administración. El gobierno es siempre *indirizzo*, al que hemos llamado "acción de impulso direccionado", pero un impulso que no es abstracto, sino concreto a través de aquellas tres actividades que, en la organización, se distinguen como funciones constitucionales. La abstracción, aunque nunca de manera absoluta, la tiene aquella que hemos denominado "concepción política", es decir la actividad de definición de los valores, fines y medios principales para lograrlos, pero la conducción es, reiteramos, principalmente concreta. No se reduce a señalar objetivos que luego van a ser cumplidos o ejecutados por un nivel distinto. La acción de administrar es la continuación necesaria de la conducción en esa rama del gobierno, que puede ser incluso un acto unitario, como lo es en el caso de la legislación, donde el legislador gobierna con la ley que sanciona, o de la justicia, ya que el juez, especialmente la Corte Suprema, gobierna también directamente –y casi exclusivamente– con sus sentencias.

En consecuencia no es posible establecer una distinción tan nítida como la que, en principio, deriva del decreto 29, por lo menos según ha sido esta norma interpretada por la doctrina que hemos recordado más arriba[71]. Debe advertirse –sin perjuicio de que necesi-

---

tico de la facultad de dictar actos administrativos, trasladando tal facultad a los funcionarios de carrera, actuando bajo la orientación política general y con el control de ese personal político...."

[70] BATTINI, *ob. cit.*, págs. 482 y 483.

[71] Las afirmaciones acerca de la intensidad de la distinción son terminantes. Ya hemos escuchado a García de Enterría. También Battini y D'Orta en los lugares

taríamos una adecuada comprobación práctica acerca del funcionamiento del sistema comentado– que mientras, recordemos, los órganos de gobierno definen los "objetivos y programas", emiten "directivas generales" y verifican el cumplimiento de todo ello, los administradores toman las decisiones concretas, muchas de ellas discrecionales. Estas decisiones, en muchos casos, tendrán efectos económicos, sociales y político trascendentes, sobre las cuales los representantes del pueblo quedan marginados. Es, lisa y llanamente, un sistema tecnocrático, completamente alejado de las exigencias democráticas, lo que no se neutraliza por la potestad de *indirizzo*, teniendo en cuenta que, en las acciones humanas, la relación entre la concepción y la ejecución difícilmente puede ser "matemática". Tampoco es suficiente el control posterior, que sólo podrá comprobar que la voluntad del político no fue respetada, que el administrador siguió un camino diferente. La nueva instrucción orientada a una también nueva decisión correctora de la anterior, no siempre podrá poner las cosas en la situación anterior, como si nada hubiese sucedido.

Creemos percibir en este diseño una errada concepción doctrinaria –quizás hasta ideológica– previa. Se pretende así la existencia de una "Administración neutral" de la política, exclusivamente técnica, profesional, como una suerte de aplicación del principio de la "Administración de legalidad", es decir, la Administración sometida a la ley.

Pero, según nuestro criterio, "Administración neutral" y "Administración de legalidad" no son sinónimos ni términos equivalentes.

La obligación de respeto por "la ley", por la norma jurídica en general, es común a todos los miembros de la organización, es una exigencia vital del ordenamiento que se dirige a todos sus sujetos, tanto en su sector público como en su sector privado. Lo que diferencia a los dos sectores, de cara a tal principio, es la cualidad de tal sujeción: para los privados es sólo una sujeción negativa, para los sujetos públicos se trata de una sujeción positiva, además de la negativa. La Administración, concretando nuestro análisis en ella, no sólo debe abstenerse de lo prohibido, sino que sólo puede, o debe, según los casos, hacer lo permitido por el ordenamiento normativo.

---

citados. El primero, de todas formas, no deja de advertir que hay una necesaria comunicación entre los dos niveles, a través de un mecanismo de participación que los dirigentes burocráticos tienen habilitada sobre la toma de decisión política mediante la figura de la "propuesta" que aquellos deben presentar en el nivel político, y, en el camino inverso, del control ejercido por el nivel gubernamental (pág. 486), lo que otorga cierta circularidad al sistema.

Pero no debemos reiterar el error dieciochesco de creer que la ley –cualquier clase de norma– siempre tiene una y sólo una posibilidad de ejecución. En algunos casos esto es así, en otros no. Precisamente la técnica de la "decisión discrecional" supone optar por las ejecución de una entre varias alternativas válidas, elección que será legítima, pero no siempre políticamente neutral. El beneficio político, tal como éste es entendido por el representante popular, es también un ingrediente a valorar por el decisor en el momento de la toma de decisión discrecional. Ese ingrediente político no puede dejar de ser partidario, ya que en un régimen de partidos políticos, es decir, en un sistema donde la representatividad política se encuentra confiada a los partidos, como constitucionalmente es el nuestro (art. 38 de la Constitución Nacional), la valoración del bien común necesariamente se realizará desde una óptica partidaria, por considerar que el programa y los ideales del partido son los que más convienen al todo social –por ello los partidos existen y compiten entre sí– sin perjuicio del debido respeto al pluralismo, también fundamental en una sociedad democrática y libre.

En esta perspectiva ¿cuál será la neutralidad del administrador burocrático, libre de la sujeción al nivel político? Puede ser política –no siempre, ya que el administrador también podrá tener sus compromisos políticos– podría ser de política económica, o de convicciones religiosas, de valores en general. Pero parece imposible que sea todo aquello a la vez. El administrador no vive –no debe hacerlo– en una campana de cristal, no es un ser aislado de la realidad y de sus problemas, y así, aséptico con respecto a cualquier tipo de juicio de valor. El administrador también tiene que ser un hombre comprometido con algo –no sólo con respecto a las reglas técnicas de su profesión–; de lo contrario, no servirá para nada. En la medida que se encuentre comprometido, siquiera inconcientemente, no será neutral.

Tampoco tomará decisiones neutrales, simplemente porque las decisiones de los seres humanos siempre tienen una orientación subjetiva. Realizará, al decidir, juicios de valor, sólo que sin responsabilidad política, es decir, sin responsabilidad electoral.

Lo paradójico es que esta responsabilidad electoral por la decisión administrativa queda, naturalmente, trasladada al político. Si las decisiones son, a juicio popular u objetivamente, desacertadas, se perjudicará el político y su partido, a través del castigo electoral. El administrador continuará en su puesto, salvo algún supuesto de conducta dolosa o gravemente negligente.

Esto es lo característico de la "tecnocracia". No es el gobierno neutral de los técnicos, sino el gobierno "partidista" –dicho en general, con respecto a cualquier clase de influencia valorativa, no técnica, en la decisión– de quienes son electoralmente irresponsables.

La no discriminación, el trato igualitario, la objetividad, son todas exigencias del ordenamiento, ajenas a la cuestión de la "neutralidad" en el sentido que la estamos críticamente analizando, es decir, como actitud "a-valorativa"[72]. Lo mismo cabe decir acerca de la imparcialidad. Ésta tiene que ser una imparcialidad subjetiva, es decir, vinculada al trato del administrado o grupos de administrados, con o sin personalidad jurídica. Pero no puede ser una imparcialidad "a-política" o "a-valorativa". Ésta es sencillamente imposible; la valoración ocurrirá de todas maneras. Lo importante es que no se encuentre enmascarada, aun de buena fe, bajo el disfraz de una pretendida neutralidad técnica.

¿Por qué se exige neutralidad a la Administración y no al Congreso? La ley también tiene que ser respetuosa de la Constitución, de los principios generales de derecho, de la equidad, del derecho natural, de los derechos de las minorías. Pero ello no quiere decir que la ley debe ser políticamente neutra, redactada y sancionada por profesionales bajo el *indirizzo* de los representantes del pueblo.

Con el Poder Judicial la situación es distinta. Éste resuelve litigios entre partes, donde la neutralidad es una exigencia insoslayable[73]. Aun así, las sentencias no dejan de reflejar las opciones concretas de los jueces, sino políticas partidistas, si en el plano de los principios y de los valores. ¿O acaso esto último no se halla en el fondo del debate entre "originalistas" y "no originalistas", que hemos mencionado en el *Tratado...*, t. I., Cap. VII, § 65, nota 15.

De todas maneras, nuestro régimen constitucional, como hemos visto en el lugar antes citado, Cap. VI, § 51, coloca la responsabilidad del direccionamiento político en cabeza del Presidente de la Nación, mientras que la ejecución de la gestión administrativa se encuentra asignada al Jefe de Gabinete de Ministros (art. 100), y ya en cada

[72] GARCÍA DE ENTERRÍA se refiere, apoyándola, a "neutralización política", *Democracia...*, pág. 112.

[73] La Administración, como también el legislador, adjudican el bien común, guiados por los principios de la justicia distributiva, resolviendo los conflictos sociales, no los litigios entre partes. Cuando la Administración realiza una actividad materialmente jurisdiccional, no cabe duda de que deberá asumir la misma conducta neutral que los jueces.

área particularizada, de los ministros respectivos, como lo establece el art. 103 de la Constitución –los ministros deciden en las materias que conciernen "al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos"– y el art. 2° del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos, que confiere amplias competencias a los ministros y órganos equivalentes a los efectos del impulso de la acción administrativa de sus ministerios[74]. Una distinción tan absoluta y tajante como la que mencionáramos más arriba, no sería coincidente con nuestro ordenamiento jurídico.

7. La organización administrativa y el proceso de toma de decisión

En *supra* § 3 hemos contemplado la organización en tanto que medio de producción de los bienes y servicios a los que la voluntad y necesidad del grupo se dirige.

Pero tanto en las organizaciones públicas como en las privadas, la producción supone la previa toma de decisión. Qué producir, cómo, con qué medios, cuándo, para quién, con qué costos, para obtener qué beneficios, cómo balancear tales costos y beneficios para determinar el grado de eficiencia, tanto el óptimo como el posible, con quién competir, en qué condiciones, son las principales preguntas que el grupo conductor o centro de poder de la organización debe responder permanentemente.

Estas respuestas se expresan en decisiones, las que tendrán un grado cualitativamente diverso de libertad y formalidad según se trate de una organización pública o privada, pero siempre serán decisiones. La toma de decisión es por tanto un momento central en el desempeño funcional, dinámico, de la organización. Sin ella, la organización se paraliza y tiende a su desaparición, directamente por la imposibilidad de lograr los fines definidos por el grupo fundador.

Pero la toma de decisión no es un momento aislado. En realidad es fruto de un desarrollo dinámico, que si bien debe generarse en un proceso interno –rígido o flexible, como principios generales, según se trate de organizaciones públicas o privadas– se encuentra necesariamente vinculado con el exterior de la misma organización. Se trata no de una vinculación ocasional o accidental sino integrada de una manera sistémica.

[74] El Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (RLPA) aprobado por decreto 1759/72, T.O. por decreto 1883/91, es una directa reglamentación del art. 103 de la Constitución, sin necesidad de ley previa, por tratarse de una materia propia de la "zona de reserva" del Presidente de la Nación.

Con lo anterior queremos significar que tal vinculación es el resultado de una integración de elementos, planteada según una específica funcionalidad y determinación recíproca, que en definitiva permiten que la decisión sea la más adecuada a las circunstancias, es decir, que no sea errada. El acierto de la decisión –medido con relación a los intereses de la organización– es la idea fuerza o rectora de este particular sistema.

Estas consideraciones adquieren particular relevancia en el caso de las organizaciones públicas[75], especialmente cuando pensamos en la organización "estatal" y, dentro de ella, a la que se expresa en la Administración Pública. Mientras en las organizaciones privadas el acierto o error de la toma de decisión sólo incide, de una manera directa e inmediata, sobre los intereses de los miembros de las mismas, en las públicas la incidencia es general, es decir, con efectos directos e inmediatos sobre sus miembros y sobre los terceros o administrados. Con esto queremos significar que las decisiones nacidas en el "sector público" de la organización inciden de aquella manera directa e inmediata sobre los intereses, no sólo de las personas concretas que lo integran –por ejemplo, las decisiones erradas comprometen la permanencia de los funcionarios en sus cargos, especialmente de los funcionarios políticos– sino también de toda la población. Estamos hablando, en síntesis, de decisiones que integran, siempre y necesariamente, el proceso político[76], cuya sola mención destaca su importancia intrínseca.

[75] Naturalmente, también el acierto de la decisión es trascendental en una organización privada. Pensemos, por ejemplo, en una sociedad comercial que produce bienes o servicios para el mercado. Debe "acertar" con lo que el mercado quiere, según el precio que este se encuentra dispuesto a pagar y hacerlo, además, con ventaja sobre la competencia. Este acierto es, en definitiva, la medida de la eficacia del desempeño de la organización, de su supervivencia, y como tal, se constituye en la idea rectora del sistema de integración de la misma organización con su "medio ambiente".

[76] SHARKANSKY, Ira, *Administración Pública*, *ob. cit*, págs. 13 y 14: "El proceso político incluye la formulación, la aprobación y la aplicación de programas de gobierno; une a los administradores públicos con otros muchos participantes activos que tienen intereses creados en la política y que pueden ser funcionarios de otras ramas del gobierno, ciudadanos privados, grupos de intereses, partidos políticos y, a veces, portavoces de gobiernos extranjeros. Asimismo, dentro del proceso político se incluyen las ideas, los recursos, los estímulos y los constreñimientos que influyen en los participantes. El proceso político es dinámico y se ve afectado por intensas controversias. Los participantes arguyen con respecto a los objetivos apropiados del gobierno, sobre los planes adecuados para la obtención de cada objetivo, sobre el efecto probable de los programas del gobierno sobre varios de los grupos de la población, y sobre

Aquellos elementos del sistema administrativo –podemos denominarlo "circuito administrativo integrado para la toma de decisiones"– son los siguientes[77]:

- el medio ambiente, es decir el conjunto de circunstancias exteriores a los administradores de la organización, que incluye la variada gama de fenómenos sociales, económicos y políticos que se presentan ante los decisores y que ellos deben enfrentar, orientar y, en su caso, resolver favorablemente para la organización. Aquí encontramos a los usuarios o clientes, especialmente los administrados, pero también –a estos efectos–los miembros de las otras ramas del gobierno[78] e incluso, los miembros de los otros sectores de la Administración (tomándolos a todos ellos como si fueran elementos exteriores al decisor concreto); incluye también, de manera genérica, al mercado que establece los valores de los bienes producidos por la organización y de los insumos necesarios para producirlos, grupos de intereses, partidos políticos, opinión pública, especialmente la dirigida por los medios de prensa, etcétera. Todo este conjunto heterogéneo de factores identifican las necesidades a resolver, los obstáculos o los incentivos para lograrlo, las oportunidades, etcétera.
- Los insumos (*inputs*). A) Por demandas, son los que se trasmiten desde el medio ambiente al seno de la organización, y que, en el caso de las de tipo público, tienen siempre naturaleza política. En general los insumos se encuentran integrados por las demandas de los sectores interesados en una decisión determinada. Éstas se refieren a cuestiones variadas, de contenido político o económico, concretas –determinados servicios, como hospitales, escue-

las implicaciones de ciertos proyectos para otras actividades del gobierno. Muchos de esos argumentos tienen un exceso de emoción y adolecen de escasez de información. A menudo los fijadores de normas toman decisiones importantes sin contar más que 'una ligera idea' de los efectos que puedan tener esas decisiones sobre los problemas que han de resolver" (subrayado del original). Se advierte que es central en la toma de decisión el análisis "costo-beneficio", cuestión sobre la que abundaremos en el lugar oportuno.

[77] Seguimos, en lo conceptual, a SHARKANSKY, *ob. cit.*, pág. 14

[78] Este análisis es, naturalmente, aplicable para las decisiones que deben provenir de cualquiera de las ramas del gobierno. Sin duda los legisladores deben tener en cuenta los elementos que estamos mencionando en el texto, y también los jueces, especialmente cuando se trata de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que, entonces, cuando adjudica los derechos controvertidos en una causa concreta, no puede dejar de considerar los efectos generales de tal decisión.

las, etc.– o genéricas –seguridad, defensa, hasta liderazgo político– y pueden expresarse también a través de múltiples formas, desde las campañas de prensa, las encuestas, las manifestaciones públicas de apoyo o protesta, huelgas, resultados electorales, sentencias judiciales, interpelaciones u otras acciones de los legisladores, etcétera, hasta la petición formal (administrativa o judicial) de un administrado concreto sobre lo que pretende sea su derecho particularizado. B) Por recursos, también provenientes, de manera directa o indirecta, del medio ambiente, que incluyen personal y su capacitación, materiales, tecnología, asignaciones presupuestarias (dinero). Son también y específicamente "recursos" los apoyos del medio ambiente, ya sean formales (las asignaciones de fondos generados en ley de presupuesto, una ley o una sentencia que incentivan una determinada acción administrativa) o informales, como los apoyos de los sectores interesados, de la prensa, el apoyo popular, etcétera.

– El "proceso de conversión" de los insumos en bienes y servicios, del *input en output*. Éste es el momento central del cicuito administrativo, ya que es aquí donde se produce la toma de decisión, que convierte a los insumos en prestaciones volcadas en el medio ambiente. Aquí también se destaca el valor de la organización, ya que es ella la que genera la actividad decisoria propiamente dicha y donde los vicios y virtudes de tal organización –en definitiva, "insumos internos", ya que surgen del mismo sector de la organización que, según su competencia, debe decidir– tienen una incidencia directa sobre el acierto o error de la decisión. Así la capacidad de liderazgo del jefe del sector, la que incluye el *expertise* necesario para el debido aprovechamiento de los insumos –dentro de aquél la habilidad para interpretar correctamente las demandas– la adecuada capacitación y predisposición de su personal, los estímulos que para ello reciben[79], los conflictos internos, etcétera.

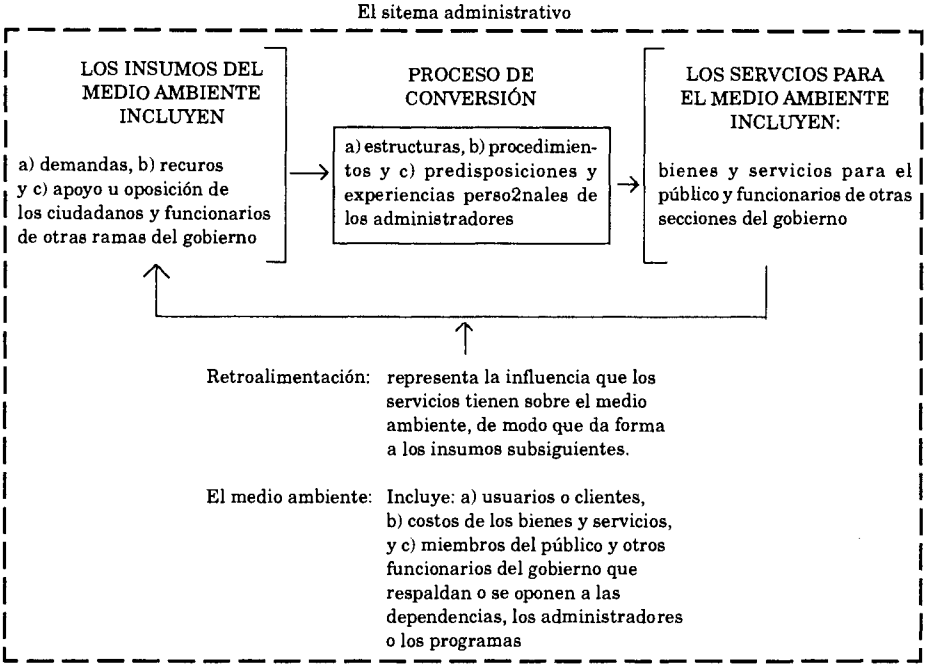
[79] Como ya hemos visto, los estímulos pueden ser muy variados: el prestigio, la satisfacción personal, el ambiente de trabajo, la comunidad de ideales con la organización, las oportunidades de progreso en la carrera, el reconocimiento social, la remuneración, etcétera. Este último aspecto fue muy bien advertido por el decreto 103/01, que aprueba el "Plan nacional de modernización de la Administración Pública". En el art. 6 de la norma citada se establece un sistema de premios y castigos para las organizaciones sectoriales con relación a su grado de compromiso y avance en el

- Los productos o *output*. Estos se encuentran destinados al medio ambiente, bajo la forma de servicios (por ejemplo, una mejora en la calidad de la seguridad), artículos tangibles (por ejemplo, obras públicas), reglas de comportamiento (normas) y hasta motivaciones espirituales, patrióticas, ideológicas, etcétera.
- La retroalimentación. Ésta consiste en la influencia que los productos tienen sobre el medio ambiente y, en consecuencia sobre los insumos –demandas y recursos– que aquél generará reiniciando de esta forma el circuito administrativo que se presenta así, precisamente, como un círculo o proceso continuo. Es evidente que las nuevas demandas variarán conforme a como hayan quedado satisfechas o insatisfechas las anteriores. La ausencia de una adecuada respuesta, por ejemplo, puede incrementar la intensidad cualitativa y cuantitativa de la nueva demanda, o variarla de naturaleza. Puede generar más obstáculos en la actividad del administrador durante el nuevo proceso de conversión o, a la inversa, facilitar su acción. A la vez, podrá producir una mejora o una disminución de los recursos, todo lo cual, como señalamos, se transforma en nuevos insumos para un nuevo e incesante proceso de toma de decisiones. Por la misma razón, teniendo en cuenta que la Administración debe encontrarse siempre preparada para generar los productos adecuados, que siempre suponen decisiones previas, sosteníamos en el *Tratado...*, t. I, Cap. II, § 18, la necesidad de la reforma administrativa permanente.

Sharkansky graficó este circuito sistémico administrativo de la siguiente manera[80]:

proceso de modernización. Así establece: "En el marco del Plan aprobado en el artículo 1 de la presente norma los Organismos que hayan encarado procesos de modernización habiendo dado cumplimiento a todas las pautas establecidas podrán disponer hasta el setenta y cinco porciento (75%) del ahorro permanente que obtengan por la menor afectación de los créditos presupuestarios que les hayan sido asignados, como consecuencia de la modernización implementada... Dicho ahorro presupuestario podrá destinarse, entre otros fines, a otorgar incentivos salariales o premios por mayor productividad, calidad de servicios y cumplimiento de resultados. Los proyectos de presupuesto para el año 2002 de los Organismos que no hayan dado principio de ejecución a la modernización al 30 de junio de 2001 podrán sufrir una reducción porcentual en sus gastos de funcionamiento...".

[80] *Ob. cit.*, pág. 15.



8. La organización como elemento del ordenamiento jurídico

Hasta aquí hemos analizado la organización en tanto que fenómeno connatural a cualquier grupo humano cualificado –es decir, considerando a tal calidad grupal como substancial y no como un mero agregado o participación de ciertos caracteres comunes– y también connatural a la misma actividad de administrar. En este sentido, como lo señala Berti[81], es un dato proveniente de la experiencia común –aunque en sí mismo insuficiente– que "administración es organización". La formulación inversa, por supuesto, es también verdadera, tanto que, se reitera, desde el punto de vista de la mera materialidad, ambos términos son casi intercambiables.

Pero la organización no es sólo un fenómeno inherente e indispensable para la administración de los intereses del grupo. Ella es, en sí misma, norma fundante –la Constitución es una, la principal, norma de organización de una determinada comunidad política, ya sea nacional o supranacional–, fuente de derecho objetivo, atribución

[81] BERTI, *ob. cit.*, pág. 1

de "situaciones jurídicas"[82], fundamento de la validez de las relaciones jurídicas, etcétera. La organización es, o cuanto menos manifiesta, el régimen jurídico del grupo[83].

Como ya lo hemos indicado más arriba, la organización es un ordenamiento jurídico y, a la vez, un elemento del ordenamiento por ella misma engendrado.

Detengámonos un momento en el análisis de la afirmación anterior.

Desde un punto de vista teórico, especialmente con una finalidad expositiva, podemos distinguir diversos "momentos" en la "vida" de toda organización. El primero de ellos lo podemos identificar con la expresión "naciente". Aquí –obviamente se trata del momento inicial o fundacional– donde el grupo originario se instituye como tal conforme con la "idea de orden o empresa" (idea rectora) que lo inspi-

[82] Utilizamos esta expresión de manera meramente provisional, para evitar hablar de "derechos (subjetivos) y obligaciones", lo que no expresaría totalmente la realidad de lo que ocurre como consecuencia del fenómeno organizatorio.

[83] BERTI, *ob. cit.*, pág. 136, no deja de contemplar a la organización en tanto que "hecho social" –como tal meramente descriptivo– que vale como presupuesto de la realidad jurídica. Insistimos en que si bien es correcto distinguir a la organización como hecho y a la organización cómo ordenamiento jurídico, en la realidad ambos momentos coinciden. Así, al darse la "realidad fáctica" de la organización, nace, en el mismo momento, la "realidad jurídica" de la misma, es decir, el ordenamiento. VALENTINI, Stelio, "Figure, rapporti, modelli organizzatori", en *Trattato di Diritto Amministrativo*", dirigido por Santaniello, S., vol. IV, Padova, CEDAM, 1996, pág. 2 destaca que la organización "pertenece a un campo fronterizo entre lo jurídico y lo no jurídico, entre realidad social y norma jurídica", que actúan entre sí en una suerte de circularidad y en un "recíproco contenerse de una problemática sobre la otra." Por ello nos parece extremadamente estrecha –en todo caso, excesivamente estática– la concepción de la organización como un mero poder que "...se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, o más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos", MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pág. 511. Esta idea no puede exceder de la identificación de la competencia para dictar normas organizatorias que, en realidad y como veremos más adelante, el ordenamiento la distribuye entre distintos órganos y en distintos niveles de fuentes: el convencional constituyente en la Constitución, el Congreso a través de la ley, La Corte Suprema de Justicia por "acordadas", el Poder Ejecutivo ya sea por normas con jerarquía de ley o por decretos ejecutivos o reglamentos administrativos, según los casos, y también por otros órganos de la Administración mediante reglamentos administrativos. Lo expuesto no disminuye la importancia de la denominada por VALENTINI, *ob. cit.*, pág. 11, "actividad organizante" –término que permite la no utilización para este supuesto de la expresión "poder organizador", que nosotros identificamos como aquel situado en el grupo nuclear, fundante, y providente de la organización (en la sociedad política, es el mismo Estado)– que tiene por objeto "...la creación o la modificación de los aparatos organizativos, además de la fijación de sus respectivas atribuciones..."; "...esta

ra o motiva –es decir, lo convierte en el núcleo del substracto material de la organización[84]– a los efectos de unir sus esfuerzos. La organización o institución recién nacida es engendrada por un grupo fundador o instituyente que actúa, en este momento inicial, como centro ordenador o conductor y en tal condición da vida a las normas rectoras del grupo que, así, de instituyente deviene en instituido. El grupo se convierte en institución, en una organización formalmente instituida. (Sobre la relación entre la teoría del ordenamiento jurídico y la teoría de la institución ver *Tratado...*, t. I, Cap I, § 4, especialmente nota 18).

La definición de un principio de autoridad en el mismo momento de la institución es una actitud vital del grupo para devenir en organización. Precisa indispensablemente de un centro o núcleo de poder –normalmente, en el inicio, el mismo grupo fundador– que puede residir en un individuo o en un grupo de individuos, en un grupo dentro del grupo general que, a la vez, es también una organización dentro de la organización general o mayor. Sin este núcleo de poder sería imposible la conversión del mero grupo o agregado de personas en una organización, en tanto que verdadera institución. Ésta requiere de un elemento organizador, una suerte de levadura interna que sea capaz de llevar adelante la idea de orden, de obra o de empresa o rectora, como queramos denominarla y traducirla en acciones concretas.

Desde otra perspectiva, pero coincidente, nos hemos referido a este "centro de poder" en el *Tratado...*, t. I, Cap. VI, § 46, denominándolo "gobierno", expresión que nos será de especial utilidad mas adelante. Recordemos también que para la doctrina tradicional, la causa formal del Estado-sociedad perfecto –como veremos, la estructura concreta "Estado", es decir fuera de la consideración ontológica de éste, se desarrolla como una de las herramientas jurídicas del núcleo conductor– es, precisamente, el poder de organización (*Tratado...*, t. I, Cap. I, especialmente § 8.a).

---

actividad (agrega Valentini) representa siempre una de las expresiones más intensas e inmediatas de la potestad pública, como aquella dirigida a determinar el modo de su ejercicio, las figuras subjetivas y sus recíprocas relaciones y el contenido de la potestad de cada una de ellas... Se trata entonces de una potestad de regulación de las competencias y de su ejercicio, que ocupa un espacio basilar en la actuación de los poderes públicos." Así, cuando en el texto decimos que la organización manifiesta "el régimen jurídico del grupo", no limitamos esta consideración a la denominada "potestad organizatoria", la cual es sólo un aspecto de aquel régimen jurídico.

[84] La organización es expresión del grupo en el que se origina, conf. GIANNINI, Massimo S., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2da. ed, Milano, Giuffre, 2000, pág. 10.

La traducción de la idea rectora en acciones a llevar acabo por el grupo se realiza a través de la emisión de órdenes –ya sea imperativas o bien supletorias– a las que es posible identificar como normas. Sin normas tampoco es posible la existencia de organización alguna. El grupo continuaría siendo un mero agregado donde sus miembros se vincularían entre sí de una manera laxa, sólo por la participación mutua de ciertas características y necesidades comunes, como hemos señalado más arriba (p. ej., la clase social).

Cabe reiterar que estas normas se inspiran en la misma "idea de empresa" que, incluso, puede ser considerada, a la vez, como norma fundante o instituyente o constituyente. Sin ésta y las que la continúan de acuerdo a una sucesión o derivación dotada de coherencia lógica, el grupo no se encontraría organizado, no sería una institución.

Así, toda organización es también un complejo de normas o reglas de conducta, generales o particulares. Son normas las reglas que indican el lugar que corresponde a los miembros del grupo en la organización, sus jerarquías y relaciones, como también las que establecen como se tomarán sus decisiones, o cómo será sustentada la organización o se distribuirán los beneficios por ella producidos, o cómo deberán actuar los miembros y la organización misma, ya sea hacia su interior o frente a terceros.

Así, en el mismo instante en que la organización existe como tal, es decir en el momento en que se institucionaliza, se confunde con las normas por ella engendradas, ya que no es posible organización alguna sin regla ordenadora. En consecuencia, lo primero que observamos en una organización, en su "primer momento" o "momento naciente", es su ordenamiento jerárquico y normativo, de manera que es posible afirmar que la organización o institución (el grupo instituido o dotado de una organización racional) es un ordenamiento normativo.

La misma existencia de las normas, es decir del ordenamiento normativo, hace que la organización se someta a ellas. Lo contrario sería imposible, ya que o bien la organización acata sus propias normas, incluso modificándolas –si esta modificación fuese esencial, el grupo dejaría de ser "esa" organización para convertirse en otra– pero siempre acatando las nuevas normas, o deja de existir como organización. La anomia –que es una forma de anarquía– es la antítesis de la organización.

Éste es el "segundo momento" en la vida de la organización. Aquí la organización se consolida como tal; es el "momento consolidado"

(estático) donde la organización se somete a su propio ordenamiento normativo[85].

Si la organización se somete a las normas, en este estadio no es posible confundir ambos elementos. Es que ya se presentan, precisamente, como "dos elementos", vinculados de maneras predeterminadas, según las distintas relaciones de sujeción a cada una de las normas y de acuerdo con la naturaleza de éstas y con efectos por aquélla establecidos.

Hemos visto unos pocos párrafos más arriba que las normas definen "situaciones jurídicas" de los miembros del grupo organizado. Por consiguiente, las normas generan relaciones diversas según los diferentes sujetos alcanzados, y no sólo para el interior de la propia organización, sino también hacia el exterior. Hay normas, organización y sus instituciones, sujetos, relaciones jurídicas y, especialmente, la idea rectora de orden. Todos ellos son elementos de un sistema, del "sistema ordenamiento jurídico" (*Tratado...*, t. I, Cap. 1, § 4). Por tanto, en este que podemos denominar "momento funcional o sistémico" (dinámico), la organización se convierte en un elemento de ordenamiento jurídico.

Aquí la organización se diferencia de la institución. Cuando la organización se convierte en un elemento del ordenamiento, lo instituido es éste y no la mera organización, la que comienza a representar un papel servicial en favor del ordenamiento: existe y subsiste para que el ordenamiento exista y subsista. De la misma manera la figura de la institución adquiere también una relevancia propia. Ya no se confunde con la organización, considerada ésta –tanto en su materialidad como en su formalidad– como elemento del ordenamiento, sino que se convierte en el punto de referencia del ordenamiento, en su centro de imputación. La institución se personifica y así hace que el ordenamiento adquiera un valor subjetivo hacia el exterior, frente a los restantes ordenamientos, y también hacia su interior, frente a los distintos sujetos que lo componen.

[85] Esto es predicable, incluso, con relación a las monarquías absolutas, donde el monarca es la ley, lo que quiere decir que aquél puede variar la ley o decidir su inaplicación en un supuesto concreto, pero igualmente, la vieja o nueva ley, son leyes de la organización. La principal de ellas es, precisamente, la de la monarquía absoluta. Naturalmente que la planteada en este ejemplo es una organización imperfecta –siempre visto con los ojos de nuestra actual cultura político-jurídica– por cuanto el monarca se encontraría situado por encima de la organización, lo que no deja de ser un elemento "asistemático".

Por eso el ordenamiento se integra sistémicamente con la institución fundante y las restantes instituciones de creación "social"[86], que son elementos del ordenamiento tanto como los individuos o personas físicas, como los centros de poder de las instituciones, como las normas que emanan de esas instituciones, como las relaciones jurídicas que se establecen en ese complejo mundo subjetivo y normativo y como la organización misma, tanto la global del ordenamiento considerado en su totalidad, como la organización de la institución fundante y de las instituciones restantes.

Si trasladamos estas ideas al fenómeno de los ordenamientos estatales, es claro que el grupo instituyente es el originario que se integra en una Nación o pueblo unido en comunidad política, la idea rectora es la que se expresa en sus "cartas" fundamentales, "declaraciones de independencia", "constituciones" o documentos del tipo, donde se expresan los anhelos, objetivos, finalidades del grupo. A la vez tales documentos suelen convertirse en normas principales, "derivantes" de las restantes normas derivadas y definidoras (las primeras) de la estructura principal de la organización. En nuestro caso podemos identificar a la figura del "centro de poder" con el gobierno, y a la "institución", en tanto que elemento personificador, con el Estado. Las restantes instituciones y personas físicas, sus normas y sus organizaciones, conforman el entramado de lo que denominamos "sociedad", como sector del ordenamiento global diferenciado del Estado, es decir, nos referimos a la distinción o delimitación de los sectores privado y público del ordenamiento general o global (*Tratado....*, t. I, Caps. III a V).

Volviendo al argumento inicial, debemos destacar que aquellos tres "momentos" son, estrictamente hablando, atemporales e ideales, no cronológicos y reales. En la realidad, todo lo descripto surge en forma contemporánea, ya que no podría existir organización alguna que no generara autoridad y normas[87], que al generarlas no se some-

[86] Éstas nacen espontáneamente en el seno del ordenamiento, es decir, no son creadas por éste pero necesitan de él para existir, como un verdadero "caldo de cultivo".

[87] GIANNINI, Massimo S., *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 97, Milano, Giuffre, 1993, sostiene que existen grupos organizados que no producen sus propias normas jurídicas, utilizando totalmente las normas creadas por el ordenamiento estatal. En consecuencia, y volveremos sobre este tema, un ordenamiento jurídico sólo existe en el caso de grupos organizados productores de sus propias normas jurídicas, sin perjuicio de su sometimiento a las normas del ordenamiento mayor o inclusivo que tengan alcances organizatorios básicos con relación al ordenamiento menor o

ta a ellas y que al someterse no de origen a un sistema-ordenamiento. Como lo señala Berti, con la expresión organización expresamos la realidad "en la cual el ordenamiento se exhibe en su unidad y en su complejidad"[88].

Lo expuesto permite advertir la trascendente juridicidad del fenómeno organizatorio, tanto para las organizaciones que forman parte del sector público (el sector estatal de la organización social) como las que integran el sector privado[89].

---

incluido. De todas formas corresponde aclarar que, en el caso de una sociedad civil o comercial, el propio acuerdo asociativo es una norma fundante de la organización, y esto ocurre en todos los grupos –incluso en las sociedades políticas, donde el acuerdo es perdurable, expresado a través del consenso con respecto a las normas constitucionales– los que incluso al adoptar las normas fijadas por el derecho estatal (civil, comercial) se encuentran también, por un acto de propia voluntad normativa y por remisión, estableciendo su propio ordenamiento. Cuando las normas estatales relativas a la organización de determinados grupos son de orden público –imperativas– puede también sostenerse que éste las adopta al decidir constituir una organización así reglada. En lo que hace a la relación organización-ordenamiento jurídico, el autor, en el lugar antes citado, señala: "Descriptivamente se puede también decir que el ordenamiento jurídico es un grupo de sujetos, que por intereses comunes se organiza, confiriendo poderes a una autoridad, y dándose las normas que tendrán una vigencia efectiva. Los componentes primarios del ordenamiento son entonces la pluri-subjetividad (complejo de los componentes del grupo) la organización y las normas; tales componentes no son disociables (pueden ser aislados sólo a los fines teóricos) al punto que cada uno de ellos determina al otro." En esta descripción observamos que se encuentra ausente el elemento "relación jurídica", que, sin embargo, es de especial importancia para el ordenamiento, ya que la plurisubjetividad, las normas, la misma organización, como veremos, sólo se expresan en y a través de relaciones jurídicas. Éstas dan vida al ordenamiento, sentido a la organización –su resultado o producto son bienes jurídicos o jurídicamente valorables que se adjudican a terceros mediante determinadas y concretas relaciones jurídicas– según la idea de orden, tampoco mencionada por Giannini. No coincidimos, igualmente, con Giannini con respecto a que los elementos del ordenamiento sólo puedan ser aislados a los fines teóricos. Se trata de verdaderos elementos, en sí mismos considerables y que, si bien cada uno de ellos determina al otro, esto lo hacen de acuerdo a relaciones, precisamente, determinantes o configurativas de un sistema. Los elementos son aislables, aunque su valor se encuentre en la relación sistémica, es decir, en la unidad del conjunto.

[88] BERTI, Giorgio, *La Pubblica Amministrazione...*, pág. 4, nota 4.

[89] GIANNINI, Massimo S., *ob. cit.*, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 95, menciona, críticamente, una antigua opinión difundida en el ámbito del derecho privado según la cual "la organización constituye un *quid* jurídicamente irrelevante", lo que se encuentra desmentido por la experiencia y por el reconocimiento de la actual doctrina jurídica. Así, puntualiza Giannini en el lugar citado: "En el derecho privado ciertamente existían y existen hechos organizativos de importancia primaria, como el *munus*, el patrimonio separado, la persona jurídica, y existen contratos en los cuales los hechos organizativos tienen tanta relevancia que hasta tipifican la relación, como el 'appalto' (organización del trabajo de otros) y el contrato de agencia, sin

9. La juridicidad de la organización pública

A) Notas comparativas:

Si como hemos mencionado antes es imposible negar la trascendencia jurídica del elemento organización en los ordenamientos privados, mayor importancia adquiere aquél en los ordenamientos públicos, en el derecho público, el derecho de la cosa pública, por tanto, el derecho que pertenece al régimen jurídico u ordenamiento estatal.

Veamos las características que especifican la organización pública o estatal y sus diferencias con las que pertenecen al que hemos denominado ordenamiento privado o social:

1. Por el origen: las organizaciones privadas son ambivalentes. Si bien muchas de ellas son absolutamente necesarias –p. ej. la familia– esta característica sólo puede ser predicada en un sentido absoluto[90]. En un sentido relativo, por el contrario, con relación a los hombres y las mujeres concretos, estos pueden optar por formar o no una familia, lo que dependerá de la vocación y circunstancias. En cambio, nadie puede optar por no pertenecer a una comunidad (organización), cualquiera sea, donde los miembros distribuyan sus esfuerzos y los frutos de los mismos, bajo el poder organizador de alguna cierta forma de autoridad. Esta comunidad, ya lo vimos en el *Tratado...*,t. I, Cap. I, § 6, 7 y8 , es la política organizada bajo la forma de Estado. En consecuencia,

---

hablar de la empresa, la que si bien no puede ser reducida sólo a un suceso organizativo, asume a éste como uno de sus aspectos caracterizantes; y de las sociedades comerciales, las cuales en sus especies socialmenete más importantes, presentan hoy un aparato organizativo fijado por el mismo legislador, regulado en parte por normas imperativas, asimismo con relaciones de organización precisas y habitualmente bastante articuladas." La fuerza y trascendencia del hecho organizativo en cuanto a la tipificación de relaciones y situaciones jurídicas, dentro del derecho administrativo, es, como veremos más adelante, de especial relevancia jurídica. Tómense como principales ejemplos a la relación jurídica generada por la concesión de servicio público y a la categoría jurídica de los "derechos de incidencia colectiva" creada por nuestra Constitución en su art. 43, según lo veremos en el lugar oportuno.

[90] Como todos los animales, el humano también se caracteriza por el instinto de procreación, el que se encuentra en la base de la organización familiar, teniendo en cuenta que el humano, a diferencia del resto de los animales, ha desarrollado a la vez un fuerte "instinto" de conservación y permanencia de las relaciones con su pareja y con la prole. Éste es el que ha generado a la institución u organización familiar, de manera que puede válidamente afirmarse que la familia es el ambiente específicamente humano para la procreación. Así, dado que la procreación es esencial para la supervivencia del género humano, y la familia es el ambiente apropiado para la procreación; ésta es para el hombre tan necesaria como la misma procreación.

las organizaciones privadas tienen un origen voluntario, mientras que la organización pública por excelencia –el Estado o sociedad política– tiene un origen imperativo e inevitable, tanto en un sentido absoluto como relativo, es decir, con respecto al género humano en su totalidad y con relación a cada uno de los individuos concretos que lo componen, en cualquier circunstancia histórica.

2. Por la inclusión: si la organización genera el ordenamiento, el ordenamiento estatal, por lo dicho precedentemente, debe necesariamente incluir los ordenamientos particulares y así la organización imperativa no puede sino englobar, en el orden de la sujeción, todas las organizaciones voluntarias[91]. En realidad, como hemos visto, el ordenamiento general incluye al estatal y al social, pero el primero contiene en su seno al grupo conductor del ordenamiento general que, para conducir, ejerce el poder. Por ello decimos que en el orden de la sujeción el ordenamiento estatal o público contiene al social, aunque sin confundirlo con sí mismo. Debe advertirse que, desde cierto punto de vista, la inversa puede ser también válida. En los sistemas democráticos-representativos, el grupo conductor representa al pueblo y en éste se origina. En consecuencia, el verdadero grupo conductor es el pueblo mismo, a través de sus representantes, con lo cual, en el orden del origen, el sector social o privado del ordenamiento incluiría al público, pero sólo desde el punto de vista de su capacidad de generación, es decir, en la medida en que sea posible afirmar que lo generado se encuentra incluido en lo generante. La cuestión puede comprenderse teniendo en cuenta la recíproca interacción o retroalimentación de ambos sectores dentro del ordenamiento general, que es el ordenamiento por excelencia. Volveremos sobre el tema al estudiar las relaciones entre ordenamientos. Aún

[91] Si la existencia del Estado es inevitable, mientras que las otras organizaciones son voluntarias, quiere decir que las concretas e individualizadas organizaciones privadas podrían no existir (Juan y María podrían no haber contraído matrimonio, en cambio, siempre vivirán o se encontrarán sometidos a alguna forma de autoridad pública, de éste o de otro Estado) lo que obliga a concluir que todas las organizaciones privadas no pueden evitar encontrarse contenidas en una organización pública. Así, si Juan y María formasen una familia, ésta también inevitablemente se encontraría sometida a una autoridad estatal, al ordenamiento de algún Estado, cualquiera que fuera. Como vimos en el *Tratado...*, t. I., Cap. V, § 39, el caso de la Iglesia Católica representa una excepción a este principio, ya que ella es, en sí misma, un ordenamiento independiente de cualquier ordenamiento estatal.

así, como sin centro de poder ningún ordenamiento puede existir, no es desacertado –siempre relativamente y con los matices vistos– destacar esta nota o característica de la "inclusión".

3. Por la rigidez del sistema: el sistema u ordenamiento generado por la organización estatal es de estructura relativamente rígida, ya que sólo puede variar conforme a decisiones institucionales estrictamente previstas por el mismo ordenamiento, es decir, presenta rigidez con relación a cada uno de los ordenamiento y sujetos que incluye. En cambio, los ordenamientos particulares o menores son básicamente flexibles, ya que se encuentran sometidos, incluso en su misma permanencia, a la voluntad de sus miembros –y excepcionalmente al ordenamiento estatal, a través de sus normas de orden público– que puede expresarse según los procedimientos y modalidades que los propios miembros acuerden en cada caso y en cada momento, sin perjuicio del respeto de aquellas normas de orden público.
4. Por el poder ordenador: de acuerdo con la señalado arriba, el ordenamiento estatal representa la máxima concentración del poder comunitario[92]; en cambio, los ordenamientos menores diseminan el poder social –de la sociedad civil– en cada uno de ellos, y lo intercambian en un juego de relaciones intersubjetivas que da vida al "mercado". Es decir, el ordenamiento estatal ejerce su poder en sí mismo y sobre el resto de los ordenamientos particulares, mientras que los ordenamientos menores agotan su poder dentro de sus propios límites, sin poder ejercerlo sobre otros, ni vertical (hacia arriba y hacia abajo) ni horizontalmente. Con respecto al ordenamiento estatal, los ordenamientos menores se encuentran en una relación de sujeción subsidiaria (*Tratado...*, t. I, Cap II, § 11, 12 y 13) mientras que entre sí se encuentran en una relación de igualdad.[93]

B) La trascendencia jurídica de la organización pública

Lo expuesto precedentemente conduce necesariamente a distinguir la calidad e intensidad de la trascendencia jurídica –como orde-

[92] GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, *ob. cit.*, pág. 98.

[93] Ya hemos visto, y reiteramos, que esta característica no es aplicable a la Iglesia Católica, que actúa, con respecto al estatal, como un ordenamiento distinto, igualitario, y en sentido estricto, no incluido dentro de los ordenamientos estatales donde la Iglesia desarrolla su misión universal.

namiento[94] y como elemento de las relaciones jurídicas– de la organización estatal en general y de las organizaciones públicas en las que aquélla se estructura.

Las organizaciones públicas, como vimos, son rígidas. Y esta rigidez se presenta tanto hacia al interior de la organización como con respecto a su actuación jurídica externa.

La primera afirmación es fácil de comprender. Dentro de la organización existen distintos niveles de rigidez, pero siempre este fenómeno expresa la indisponibilidad de las reglas organizativas para los individuos que ejercen –mediante la figura que estudiaremos luego– "poderes" –en sentido amplio o indeterminado; estrictamente se trata de competencias– decisorios dentro de la misma organización. Aquellas reglas sólo podrán ser modificadas conforme con lo dispuesto por ellas mismas, sin perjuicio de que, en casos en realidad excepcionales (p. ej. constituciones totalmente rígidas) sean absolutamente inmodificables, salvo la ocurrencia de una nueva decisión originaria y fundante, como la revolución, que da vida a una distinta organización.

El segundo nivel de rigidez –hacia el exterior de la organización– es consecuencia del primero. No sólo la toma de decisión de la organización con respeto a sus reglas organizativas es definida por aquellas, sino también las mismas definen los elementos fundamentales de la toma de decisión (procedimiento, órgano decisor, objeto) que vincula a la organización con su ambiente exterior.

En este sentido, la organización estatal tiene un doble juego: comprende a todas las organizaciones-ordenamientos menores, pero no las absorbe. Es decir, no las confunde con ella misma, lo que podría, aunque de manera imprecisa, expresarse con la idea gráfica de los círculos concéntricos, donde cada uno de los incluidos es un ordenamiento menor con respecto al círculo mayor que a todos incluye pero sin quitarles su identidad propia. Por esto, aún comprendidas en aquélla, las organizaciones-ordenamientos menores son terceros con relación a la organización estatal, con la que se relacionan conforme a un régimen jurídico (en definitiva, elemento organizativo también) espe-

[94] Indentificar a la organización como ordenamiento supone, conviene repetir, un concepto abarcativo que incluye al ordenamiento en sí mismo –ya que la organización genera y es elemento del ordenamiento jurídico– y a los aspectos generalmente atribuídos a aquella, como los que señala FRANCHINI, Claudio, *L´Organizzazione*, en *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigido por CASSESE, Sabino, Milano, Giuffre, 2000, t. I., pág. 230: la organización como "complejo de los sujetos y de las estructuras que desarrollan la actividad de la Administración pública", como también "el ejercicio de la función organizativa de los poderes públicos".

cífico, determinado, definido, establecido, por la misma necesidad imperativa de la organización pública o estatal. Y así, la relación jurídica externa que se estableciere en contradicción con las reglas organizativas de las administraciones públicas, será inválida, salvo que resulte remediable también conforme con los procedimientos establecidos por aquellas mismas reglas.

10. La organización constitucional e infra constitucional y la idea directriz del ordenamiento jurídico

Es sabido que la Constitución organiza los "poderes" u órganos fundamentales y de mayor jerarquía del Estado –más adelante haremos importantes aclaraciones sobre el uso del termino "Estado"– y lo hace, como ya lo hemos visto (*Tratado...*, t. I, Cap. VI, § 49 y 50) desde una perspectiva funcional, es decir, según la relación existente entre el órgano, su competencia y el procedimiento establecido para ejercerla, para lo cual identifica al órgano, establece su origen y modo de designación, define su conformación básica, delimita su competencia y describe, siquiera mínimamente, el procedimiento[95] al que debe someterse para la toma de decisión autorizada por la misma esfera de competencia que el órgano tiene atribuida.

A la vez, la Constitución define las relaciones entre órganos –y los procedimientos según los cuales las mismas se llevan a cabo– y, en nuestro sistema federal, establece también la distribución de competencias entre el Gobierno federal –centro de poder de la organización– las provincias y el municipio federal de la Ciudad de Buenos Aires[96], establece las notas básicas de la organización provincial y municipal y otros aspectos tanto con respecto a la relación Nación-provincias como en lo que hace a las provincias entre sí. Asimismo, la

[95] La Constitución detalla el procedimiento de actuación del Congreso, lo sugiere –en su característica jerárquica– para el caso del Presidente (amén de regular más cuidadosamente ciertos procedimientos para decisiones particulares, como en el caso de los decretos de necesidad y urgencia) y sienta la nota básica del procedimiento judicial, al incluir la exigencia de la "causa" en su art. 116. Es natural que el constituyente haya sido más explícito con relación al Congreso, limitando aquí la "soberanía" de la ley, mientras que dejó para el mismo Congreso –principal órgano representativo democrático– la regulación del procedimiento decisorio a seguir por el Presidente y por los jueces.

[96] Hemos argumentado acerca de que la Ciudad de Buenos Aires, aún a partir de la reforma constitucional de 1994, y en ella, conserva su naturaleza de "municipio federal", en BARRA, RODOLFO C., "El status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires", revista *Régimen de la Administración Pública*, nª 285, junio 2002.

Constitución –el complejo de normas organizativas básicas del Estado– regula las relaciones con otras organizaciones ajenas a su propio ordenamiento, como la Santa Sede y los estados extranjeros, indicando los procedimientos para la vinculación con ellos y las condiciones para que tales vinculaciones formales adquieran vigencia y validez dentro del ordenamiento interno.

Precisamente, la validez de todos los actos o decisiones emanados de aquellos órganos constitucionales dependen de su conformidad con las normas organizativas constitucionales, inspiradas en la idea rectora o de orden denominada "división de poderes". Se trata de una organización parcialmente rígida, que sólo puede modificarse de acuerdo con los procedimientos y decisiones orgánicas por ella misma previstos, es decir, por los procedimientos establecidos para la reforma constitucional[97].

Pero estas normas organizativas básicas no se detienen aquí. Por el contrario, definen también los límites del contenido de las decisiones orgánicas, especialmente frente a los derechos de terceros, que son enumerados a los fines de un reconocimiento meramente enunciativo.

De esta manera, las decisiones y las relaciones jurídicas que el Estado-organización dirige y establece, respectivamente, con sus súbditos –que en conjunto constituyen la "comunidad organizada"– se encuentran determinadas en su validez por dos parámetros que actúan independientemente uno del otro: el parámetro de la corrección orgánica y el parámetro de la corrección substancial. Si bien ambos son independientes, se confunden en su valor funcional, en el punto exacto de la competencia, en la medida en que ésta es un elemento esencial de la función y en que esa competencia otorgada al órgano se encuentra limitada en su substancia, como vimos, por las propias normas organizativas: el órgano carece de competencia para tomar decisiones de contenido contradictorio con los derechos de los miembros de la organización, según aquéllos se encuentran enumerados en la norma fundante de la misma.

Así el Estado decide hacia terceros y se vincula con ellos, conforme con su organización constitucional, tanto en su aspecto orgánico

[97] Hemos visto que, en nuestro caso, la Constitución establece expresamente diversos procedimientos para su reforma, amén de autorizar al Congreso –sujeto a su decisión discrecional– a regular otro por la vía del art. 40, es decir, la "consulta popular vinculante", hoy impedido por el art. 1 de la ley 25.432, todo según lo analizáramos en el *Tratado...*, t. I, Cap. VII, § 72.

como substancial. Dicha estructura del grupo devenido en comunidad es un elemento inescindible de la decisión –tratado, ley, decreto de jerarquía legislativa, sentencia, decreto ejecutivo, instrucción, reglamento, acto administrativo– y es un elemento de la relación jurídica que nace de aquellas decisiones o de conductas de los agentes estatales. En definitiva, por tales decisiones y relaciones se vinculan el todo organizado, a través de su centro de poder, y las partes que lo conforman; la Constitución es la regla principal reguladora de esa vinculación.

Esta concepción es consubstancial al Derecho Público moderno, cuyas bases estableció tan sabiamente Marshall en "Marbury v. Madison" (5 U.S. 137 –Cranch– 1803), cuando afirmó "Que el pueblo tenga un derecho original para establecer, para el futuro gobierno, tales principios para, en la opinión del pueblo, servir de guía hacia la propia felicidad, es la base sobre la cual la entera 'fábrica' Americana ha sido levantada. El ejercicio de este derecho original es una gran exigencia... Los principios, por lo tanto, así establecidos son considerados fundamentales. Y como la autoridad, de la cual ellos proceden, es suprema, y puede actuar infrecuentemente, tales principios han sido diseñados para ser permanentes". El pueblo es el grupo organizador que, para su propio bien, establece una organización comunitaria, una Nación (la "fábrica Americana") que deberá guiarse hacia el futuro por los principios fundamentales de la organización –la Constitución– que son casi permanentes, habida cuenta que el grupo organizador –el poder constituyente– sólo puede ejercerse de manera excepcional[98].

"Esta original y suprema voluntad –continúa "Marbury"– organiza el gobierno y asigna a sus diferentes departamentos los respectivos poderes." Es decir, la norma fundamental de la organización, que con ella deviene en ordenamiento, crea el centro de poder, lo estructura y fija sus competencias. Al hacerlo no sólo establece los ámbitos de "poder" de cada una de las secciones o departamentos según los cuales el centro de poder deberá actuar, sino también los límites del contenido de sus decisiones, que no podrán traspasar o contradecir los principios de la norma fundamental, entre ellos los derechos que el pueblo organizado se ha reservado para sí y cuya defensa ha confiado

[98] De esta manera Marshall también distingue los dos poderes: constituyente y constituido. Este último, en lo que hace al Congreso, no ejerce el primero de los poderes, concepción que se aleja de las ideas revolucionarias francesas que veían en el Parlamento o Asamblea la expresión plena y absoluta de la soberanía popular.

precisamente a la organización-ordenamiento. Por ello, es la gran conclusión de "Marbury", cualquier acto de las secciones o "ramas" del centro de poder –incluyendo la específicamente legislativa– que contradiga a la norma fundamental, es decir a la expresión detallada de la idea directriz, será nulo, correspondiendo a la judicatura la declaración de tal invalidez.

No sólo la organización se encuentra establecida y desarrollada por la Constitución. La normas infra-constitucionales, a través de toda su escala jerárquica, son también normas de organización, sin perjuicio de que algunas sean imperativas, de derecho público y otras sean supletorias o dispositivas, de derecho privado[99], en algunos casos incididas por normas de orden público, pero siempre sometidas a la Constitución.

La primacía de la Constitución es un fundamental y esencial principio organizativo, que obliga a que el desarrollo de toda la estructura normativa se ajuste coherentemente. Lo contrario conduciría al desorden, a la injusticia, a la imprevisibilidad, es decir a la existencia de un conglomerado desorganizado que es lo contrario de cualquier estructura social[100].

Ahora bien, cuando las normas son de derecho privado, la organización es flexible, en el sentido de que su aplicación sólo depende, salvo el orden público, de la voluntad de las partes en la relación jurídica, las que a la vez no pueden imponer sus decisiones unilaterales sobre las otras. Cuando las normas son de derecho público, en cambio, la organización es rígida y las decisiones de la parte que integra la organización mayor o pública son obligatorias para el

[99] No nos referimos sólo a las normas que regulan a los cuerpos privados organizados, sino también las que definen los derechos substanciales que, como vimos, son también, en sentido lato, organizatorias.

[100] En el mismo sentido, HERVADA, Javier, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, Eúnsa, 1986; la cita se toma de la edición italiana, *Diritto Costituzionale Canonico*, GIUFFRE, MILANO, 1989, págs. 19 y 20. Debe advertirse que lo expuesto en el texto no significa que, con anterioridad al constitucionalismo revolucionario nacido en el siglo XVIII, no existiese organización. Incluso en las monarquías absolutas se hacía presente una norma superior, última, soberana y preeminente, en definitiva, la voluntad del príncipe –*sic placuit, sic voluit, sit pro ratione voluntas*– que, normalmente, era coherente consigo misma. Pero las necesidades del capitalismo naciente, y luego su consolidación y posterior desarrollo, exigían, especialmente, la previsibilidad del ordenamiento (de la organización-ordenamiento) lo que condujo, junto con otras causas, al desarrollo de las constituciones escritas, con supremacía, incluso, sobre la voluntad de las autoridades públicas.

individuo u organización privada. Se generan, en este ultimo caso, decisiones y relaciones jurídicas sujetas al sistema organización-ordenamiento de derecho público, es decir sometidas a un régimen de derecho público o, como muchos denominan, "régimen jurídico exorbitante" (*Tratado....*, t. I., Cap. VI, § 53 a 60).

Se destaca de esta manera el valor y trascendencia de la organización en el ordenamiento, en las decisiones o actos normativos y en las relaciones jurídicas. Pero también se destaca la especificidad de la organización pública o estatal. Se trata, ésta, de una organización definida por la idea rectora de la distribución del bien común, de forma que el grupo, al organizarse, definió que aquel bien era una finalidad cuyo logro sólo era posible mediante una determinada organización, en el sentido amplio que hemos estado utililizando hasta el momento. La organización pública es funcional al bien común, a su distribución y por tanto es necesariamente imperativa.

ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL DERECHO PÚBLICO DE LA IGLESIA CATÓLICA

ALBERTO B. BIANCHI*

I. Objetivos y limitaciones de este trabajo

Intentaré analizar aquí las normas jurídicas y los órganos e instituciones que rigen el gobierno de la Iglesia Católica. Reconozco que no es común que los abogados laicos nos ocupemos de esta temática, pues ella está abordada habitualmente por los clérigos. Sin embargo, creo que la organización jurídica de la Iglesia "constituida y ordenada como sociedad en este mundo... gobernada por el sucesor de Pedro y por los Obispos en comunión con él"[1], es de tal riqueza, que su conocimiento –siquiera somero– es de gran interés para el derecho público en general.

Las normas principales para el estudio de esta temática –sin perjuicio de muchas otras– son: (a) el *Código de Derecho Canónico* (CDC) promulgado por el Papa Juan Pablo II en enero de 1983[2]; (b) la Constitución Dogmática *Lumen Gentium*[3]; (c) la Constitución Apostólica *Universi Dominici Gregis*[4] y (d) la Constitución Apostólica *Pastor Bonus*[5].

* Doctor en Derecho. UBA. Titular de Derecho Administrativo Económico en la Especialización en Derecho Administrativo-UCA.

[1] Canon 204 § 2.

[2] Fue promulgado por la Constitución Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges* y reemplazó al Código que se hallaba vigente desde 1917.

[3] Promulgada por el Papa Pablo VI en noviembre de 1964, en particular su capítulo III sobre la constitución jerárquica de la Iglesia.

[4] Regula la elección papal y fue promulgada por el Papa Juan Pablo II el 22 de febrero de 1996.

[5] Organiza la Curia Romana. Fue promulgada también por S. S. Juan Pablo II, el 28 de junio de 1988.

A lo largo de este trabajo, examinaré en primer lugar las fuentes del Derecho Canónico, según las legisla el CDC; me referiré luego a las autoridades máximas de la Iglesia y en tercer lugar pasaré revista a los órganos que componen la llamada Curia Romana, una compleja estructura administrativa en la que apoya (y se desconcentra) el gobierno de la Iglesia para realizar su misión en el mundo[6]. Como primera limitación (objetiva) de este trabajo, aclaro que no me ocuparé aquí del estudio de las llamadas Iglesias particulares, es decir de las circunscripciones (diócesis, prelaturas territoriales o abadías, vicariatos apostólicos, etc.) en las que se divide territorialmente el gobierno de la Iglesia, ya que ello excedería las proporciones que pretendo dar a esta monografía[7].

Asimismo, antes de comenzar debo advertir, como limitación subjetiva –aun cuando es obvio– que estoy muy lejos de ser un especialista en la materia que intento explicar. En todo caso, sólo puedo señalar a mi favor que me he dedicado al derecho público con algún esfuerzo a lo largo de las últimas dos décadas y ello me da ánimos para internarme (quizás irresponsablemente) en las complejidades del derecho público de la Iglesia Católica, con la convicción de que sus principios jurídicos –acuñados a lo largo de veinte siglos– pueden echar una provechosa luz sobre los restantes ordenamientos jurídicos. Tal es, únicamente, el propósito de este trabajo[8].

II. Fuentes del Derecho

Como todo ordenamiento jurídico, el Derecho Canónico tiene diversas fuentes, las cuales están cuidadosamente reguladas en el CDC. De acuerdo con lo que establece el Libro I de aquél son fuentes: (a) las leyes eclesiásticas; (b) la costumbre; (c) los decretos generales y las instrucciones; (d) los actos administrativos singulares; (e) los estatutos y reglamentos. Veamos cada una de ellas.

[6] La Curia Romana está actualmente organizada jurídicamente en la Constitución Apostólica *Pastor Bonus*, del 28 de junio de 1998.

[7] Sin perjuicio de ello –para hacer más completa la explicación– me limito a citar los cánones respectivos *infra* en la notas 55 y 56.

[8] En la realización de esta tarea, me ha sido de gran utilidad, sin perjuicios de las obras citadas, los datos que pueden encontrarse en Internet, especialmente en: www.vatican.va, los que he utilizado principalmente en el análisis histórico de los dicasterios de la Curia Romana.

a. Las leyes eclesiásticas

Las leyes eclesiásticas son normas de derecho positivo que se diferencian de las leyes divinas, naturales y reveladas, que se denominan de derecho divino[9]. En algunos cánones están aludidas como de derecho eclesiástico (c. 1079 § 1) y en otros como "meramente eclesiásticas" (cc. 11 y 85). Se dividen en universales y particulares. Las primeras sólo provienen del Papa o del Colegio Episcopal, en tanto que las segundas pueden ser promulgadas por la autoridad suprema de la Iglesia o bien por quien disponga de autoridad legislativa en una Iglesia particular[10], por ejemplo el Obispo diocesano.

Las leyes universales obligan, en todo el mundo, a todos aquellos para quienes han sido dadas (c.12 §1)[11], se promulgan mediante su publicación en el Boletín Oficial *Acta Apostolicae Sedis*[12] y entran en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha que indica el número correspondiente de los *Acta* a no ser que obliguen inmediatamente por la misma naturaleza del asunto, o que en la misma ley se establezca especial y expresamente una vacación más larga o más breve (c. 8 §1)[13]. Las leyes particulares son aquellas que han sido promulgadas para un territorio peculiar y obligan a aquellos para quienes han sido dadas, si tienen allí su domicilio o cuasidomicilio y viven también de hecho en ese lugar (c. 12 § 3). No se presumen personales, sino territoriales, a no ser que se haya dispuesto otra cosa (c. 13 §1), se promulgan según el modo determinado por el legislador, y comienzan a obligar pasado un mes desde el día en que fueron promulgadas, salvo que en la misma ley se establezca otro plazo (c. 8 §2).

---

[9] *Vid.* Código de Derecho Canónico, edición comentada, Biblioteca de Autores Cristianos 16ª ed., Madrid, 1999, nota al canon 11. En adelante: CDC-BAC.

[10] Según establece el canon 368, iglesias particulares son principalmente: las diócesis a las que, si no se establece otra cosa, se asimilan la prelatura territorial y la abadía territorial, el vicariato apostólico y la prefectura apostólica así como la administración apostólica erigida de manera estable.

[11] No obstante quedan eximidos de las leyes universales que no están vigentes en un determinado territorio, todos aquellos que de hecho se encuentran en ese territorio (13 § 2).

[12] Salvo que, en casos particulares, se hubiera dispuesto otro modo de promulgación.

[13] Por vacación (*vacatio*) de la ley, se entiende el período que transcurre entre la fecha de promulgación y la de entrada en vigencia. Tiene por objeto difundir el conocimiento de la nueva ley, facilitar su recepción y la adopción de sus nuevos criterios en la vida jurídica de la Iglesia, sin riesgos para la seguridad jurídica de sus destinatarios. El propio CDC tuvo su período de vacación que fueron diez meses. *Vid.* Código de Derecho Canónico, edición comentada, Pamplona, Universidad de Navarra, 5ª ed., 1992, nota al canon 8. En adelante CDC-EUNSA.

En cuanto a su vigencia temporal las leyes eclesiásticas son para los hechos futuros, no para los pasados, a no ser que en ellas se disponga algo expresamente para éstos (c. 9)[14] y en relación con el ámbito personal de aplicación, obligan a los bautizados en la Iglesia católica y a quienes han sido recibidos en ella, siempre que tengan uso de razón suficiente y, si el derecho no dispone expresamente otra cosa, hayan cumplido siete años (c. 11).

Son varias las disposiciones relativas a la aplicación e interpretación de la ley. Es trascendente en cuanto a lo primero, la distinción entre la duda de derecho[15] y la duda de hecho[16] acerca de la vigencia o contenido de la ley, establecida en el canon 14. Según esta norma, las leyes no obligan en la duda de derecho, mientras que en la duda de hecho, los Ordinarios[17] pueden dispensar de las mismas, con tal de que, tratándose de una dispensa reservada, suela concederla la autoridad a quien se reserva. No obstante, la ignorancia o el error acerca de las leyes invalidantes o inhabilitantes[18] no impiden su eficacia, mientras no se establezca expresamente otra cosa (c. 15 §1) y no se presume la ignorancia o el error acerca de una ley, de una pena, de un hecho propio, o de un hecho ajeno notorio, en cambio se presume, mientras no se pruebe lo contrario, acerca de un hecho ajeno no notorio (c. 15 §2).

En la aplicación de la ley deben observarse las siguientes reglas:

1. La ley posterior abroga o deroga a la precedente, si: (a) así lo establece de manera expresa, (b) es directamente contraria a la misma, o (c) ordena completamente la materia que era objeto de la ley anterior; sin embargo, la ley universal no deroga en nada el derecho particular ni el especial, a no ser que se disponga expresamente otra cosa en el derecho (c. 20)[19].

[14] Son retroactivas en cambio las normas que declaran el derecho divino, natural o positivo, y la interpretación auténtica meramente declarativa. CDC-BAC, nota al canon 9.

[15] Hay duda de derecho cuando se discute sobre la existencia de la ley, su promulgación, identidad, legitimidad, alcance o contenido. CDC-BAC, nota al c. 14.

[16] La duda de hecho se refiere a la existencia o no de un caso, lo que engendra dudas sobre su encuadre en la ley. Por ejemplo, el parentesco de dos personas que desean casarse.

[17] Según el c. 134 § 1, Ordinarios son: el Sumo Pontífice, los Obispos diocesanos y todos aquellos que han sido nombrados para regir una Iglesia particular o una comunidad equiparada a ella.

[18] Invalitantes o inhabilitantes son sólo aquellas leyes en las que expresamente se establece que un acto es nulo o una persona es inhábil (c. 10).

[19] Vemos aquí la aplicación de dos principios clásicos sobre la vigencia de la ley, el principio temporal, según el cual la ley posterior deroga la anterior y el principio

2. En caso de duda, no se presume la revocación de la ley precedente, sino que las leyes posteriores se han de comparar y, en la medida de lo posible, conciliarse con las anteriores (c. 21).
3. Las leyes civiles a las que remite el derecho de la Iglesia, deben observarse en derecho canónico con los mismos efectos, en cuanto no sean contrarias al derecho divino ni se disponga otra cosa en el derecho canónico (c. 22).
4. En materia penal se aplica la ley más favorable para el reo (c. 1313 §1), y si una ley posterior o anterior abroga o, al menos, suprime la pena, ésta cesa inmediatamente (c. 1313 §2)[20].

En materia de hermenéutica, son intérpretes auténticos de la ley el legislador y aquel a quien éste hubiere encomendado la potestad de interpretarlas auténticamente (c. 16 §1)[21]. Su interpretación tiene igual fuerza que la misma ley, y debe promulgarse; tiene efecto retroactivo si solamente aclara palabras de la ley de por sí ciertas; pero si coarta la ley o la extiende o explica la que es dudosa, no tiene efecto retroactivo (c. 16 §2); en cambio, la interpretación hecha por sentencia judicial o acto administrativo en un caso particular no tiene fuerza de ley, y sólo obliga a las personas y afecta a las cosas para las que se ha dado (c. 16 §3).

El CDC establece, asimismo, tres reglas generales:

1. Las leyes eclesiásticas deben entenderse según el significado propio de las palabras, considerado en el texto y en el contexto[22]; si

---

de peculiariedad, según el cual la ley particular prevalece sobre la universal o general. La ley también puede perder vigencia *ab intrinseco*, es decir cuando cesa su fin, o bien cuando se torna injusta, nociva o su cumplimiento se ha tornado demasiado difícil. CDC-BAC, nota al canon 20.

[20] En materia canónico penal, rige también el principio de legalidad contemplado en los cc. 221 §3 y 1321. Asimismo si, hubiera varias leyes penales se aplica la más favorable al reo (cc. 1313-1324; 1339-1340).

[21] El primer intérprete de la ley es el Papa, quien ha delegado esta misión en el Consejo Pontificio para la Interpretación de los Textos Legislativos en la Iglesia, órgano al que me referiré *infra* VI.g.8.

[22] En este canon se establecen los criterios que regulan las denominadas interpretaciones usuaria y doctrinal:

1° Ha de atenderse al significado técnico propio de las palabras, tanto desde el punto de vista literal como lógico. Teniendo esto en cuenta, la interpretación estricta se atiene al sentido mínimo propio de las palabras. Se distingue de la amplia, que atiende al máximo posible. 2° El texto debe ser leído en el contexto de la frase, del párrafo, del canon, artículo, capítulo, sección, parte, libro, y aun el Código mismo, e incluso la tradición canónica (cf. 6 § 2). Han de tenerse en cuenta algunas reglas y

resulta dudoso y obscuro se ha de recurrir a los lugares paralelos, cuando los haya, al fin y circunstancias de la ley y a la intención del legislador (c. 17).

2. Las leyes que establecen alguna pena, coartan el libre ejercicio de los derechos, o contienen una excepción a la ley, se deben interpretar estrictamente (c. 18).
3. Cuando, sobre una determinada materia, no exista una prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores (c. 19).
4. La costumbre es el mejor intérprete de las leyes (c. 27).

b. La costumbre

La segunda de las fuentes del derecho contempladas en el CDC es la costumbre. Para que una costumbre tenga fuerza de ley, deben darse dos requisitos: (a) que haya sido introducida por una comunidad de fieles, y (b) que haya sido aprobada por el legislador (c. 23). No obstante, ninguna costumbre puede alcanzar fuerza de ley si: (a) es contraria al derecho divino (c. 24 §1); (b) no es razonable (c. 24 §2)[23]; o (c) no es observada, con intención de introducir derecho, por una comunidad capaz, al menos, de ser sujeto pasivo de una ley (c. 25).

---

máximas de interpretación, como los ejemplos siguientes: *de migro ad rubrum valet illatio*; donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir; las expresiones generales han de entenderse generalmente; las palabras claras no admiten tener que ser interpretadas, ni hacer conjeturas sobre su intención; a quien le es lícito lo más, le es lícito también lo menos; la inclusión de un extremo excluye el otro; etc. 3° Puede acudirse a textos paralelos o, lo que es lo mismo, a otros cánones, leyes o costumbres codiciales (c. 6) o extracodiciales, sobre la misma materia, si bien desde otras perspectivas. Conf. CDC-BAC, nota al c. 17. 4° Tener en cuenta el fin y circunstancias de la ley y la intención del legislador. Ya que conocer el fin objetivo de la ley misma y su finalidad dentro de la Iglesia contribuye a comprender su alcance. Las circunstancias de la ley son el contexto histórico en que se da y debe cumplirse, lo que implica que la historia es no sólo donde se da la ley, sino también mediante la cual se configura, compatibilizándolo en todo caso con la prescripción contenida en ella. Por lo que se refiere a la mente del legislador, ésta es la razón objetiva y continuada por la que el legislador se vio movido a dar la ley. En este sentido se puede mantener el aforismo según el cual *ratio legis non est lex*, pero ayuda a comprenderla e interpretarla.

[23] No es razonable si ha sido expresamente reprobada por el derecho (c. 24 §2).

El CDC prevé también dos reglas sobre la costumbre *contra legem:*

1. La costumbre contra ley o extralegal –salvo que haya sido especialmente aprobada por el legislador competente– sólo alcanza fuerza de ley si se ha observado legítimamente durante treinta años continuos y completos; pero, contra la ley canónica que contenga una cláusula por la que se prohíbe futuras costumbres, sólo puede prevalecer una costumbre centenaria o inmemorial (c. 26).
2. La costumbre, tanto contra la ley como extralegal, se revoca por costumbre o ley contrarias; pero a no ser que las cite expresamente, la ley no revoca las costumbres centenarias o inmemoriales, ni la ley universal revoca las costumbres particulares (c. 28).

Puede observarse la fuerza jurídica de una costumbre centenaria, la cual prevalece incluso sobre una disposición expresa de la ley.

c. Fuentes típicas del derecho administrativo. Enunciado

Luego de referirse a la ley y la costumbre, el CDC legisla sobre las que corresponden típicamente al campo del derecho administrativo. Aparecen aquí actos de alcance general y actos de alcance individual. Los primeros están divididos a su vez en: (a) decretos generales; (b) instrucciones; (c) estatutos y (d) reglamentos. Los segundos contemplan dos categorías: (a) decretos y preceptos singulares; y (b) rescriptos.

d. Los decretos generales y las instrucciones

Los decretos generales y las instrucciones ocupan en el derecho público eclesiástico un lugar semejante al que poseen los reglamentos delegados y ejecutivos en el derecho administrativo común. El CDC contempla bajo esta denominación tres clases de actos generales: (a) los decretos generales; (b) los decretos generales ejecutorios y (c) las instrucciones.

Los decretos generales (de sustancia legislativa)[24], son aquellos mediante los cuales el legislador competente establece prescripciones

[24] El CDC no dice expresamente que tengan sustancia legislativa, pero entiendo que ello se desprende de la definición contenida en el canon 29.

comunes para una comunidad capaz de ser sujeto pasivo de una ley. Son propiamente leyes y se rigen por las disposiciones de los cánones relativos a ellas (c. 29). El CDC prevé a su vez la posibilidad de delegar esta función en quienes tengan solamente potestades ejecutivas señalando que quien goza solamente de potestad ejecutiva no puede dar el decreto general de que se trata en el canon 29, a no ser en los casos particulares en que le haya sido esto concedido expresamente por el legislador competente, conforme al derecho, y si se cumplen las condiciones establecidas en el acto de concesión (c. 30).

Los principios en que se basa la regulación de la legislación delegada en el derecho canónico son muy parecidos a los que estamos acostubrados a manejar en el Derecho Administrativo: (a) la atribución de competencia debe hacerse por un acto de delegación expreso, con precisa determinación de la materia acerca de la que el órgano administrativo puede legislar y de las condiciones en las que tal actividad legislativa puede ejercerse; fuera de este ámbito, cualquier acto legislativo de un órgano ejecutivo sería nulo; (b) las disposiciones dictadas en uso de esta potestad delegada tienen naturaleza legislativa, estando por tanto sometidas en todo a los cánones 7 a 22[25].

El CDC contempla luego los decretos generales ejecutorios y las instrucciones que cumplen una función equivalente a los reglamentos ejecutivos. Los decretos generales ejecutorios son aquellos por los que se determina más detalladamente el modo que ha de observarse en el cumplimiento de la ley, o se urge la observancia de las leyes (c. 31 §1). Se les aplican las mismas reglas sobre promulgación y vacación de las leyes (c. 31 §2); obligan a los que obligan las leyes cuyas condiciones de ejecución determinan o cuya observancia urgen esos mismos decretos (c. 32); no tienen fuerza derogatoria de la ley, y sus prescripciones que sean contrarias a las leyes no tienen valor alguno (c. 33 §1) y pierden vigencia por revocación explícita o implícita hecha por la autoridad competente, y también al cesar la ley para cuya ejecución fueron dados; pero no cesan al concluir la potestad de quien los dictó, salvo disposición en contrario (c. 33 §2).

[25] Los Dicasterios de la Curia Romana, tras la promulgación del CIC, han invocado expresamente en diversas ocasiones el cauce ofrecido por el c. 30: cfr., por ej., el decreto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, en el que se fija un nuevo supuesto de excomunión [AAS 80 (1988), pág. 1367]; decretos de la Congregación para los Obispos por los que se promulgan los estatutos de los ordinarios militares de España y Francia [cfr. B.O. de la Conferencia Episcopal Española 17 (1988), pág. 39 y B.O. de la *Conférence des Évêques de France*, 16 mai 1988, pág. 497]. CDC-EUNSA, nota al c. 30.

Las instrucciones, por su lado, aclaran las prescripciones de las leyes, y desarrollan y determinan las formas en que ha de ejecutarse la ley. Están dirigidas a aquellos a quienes compete cuidar que se cumplan las leyes, y les obligan para la ejecución de las mismas. Quienes tienen potestad ejecutiva pueden dar legítimamente instrucciones, dentro de los límites de su competencia (c. 34 §1). Al igual que en los decretos generales ejecutorios, lo ordenado en las instrucciones no deroga las leyes, y carece de valor alguno lo que es incompatible con ellas (c. 34 § 2), pero a diferencia de aquéllos, pierden vigencia al cesar la ley para cuya aclaración o ejecución hubieran sido dadas (c. 34 §3).

e. Los estatutos y reglamentos

Estatutos, en sentido propio, son las normas que se establecen en las corporaciones o en las fundaciones, por las que se determinan su fin, constitución, régimen y forma de actuar. Los estatutos de una corporación obligan sólo a las personas que son miembros legítimos de ella y los estatutos de una fundación, a quienes cuidan de su gobierno (c. 94).

Los reglamentos son reglas o normas que se han de observar en las reuniones de personas, tanto convocadas por la autoridad eclesiástica como libremente promovidas por los fieles, así como también en otras celebraciones; en ellas se determina lo referente a su constitución, régimen y procedimiento (c. 95).

f. Los actos administrativos singulares

1. Normas generales

En primer lugar, el CDC establece algunas normas generales aplicables a todas las categorías de actos administrativos en relación con la autoridad competente para dictarlos, sus efectos, formalidades y condiciones.

En relación con la autoridad competente para emitirlos, el canon 35 establece que los decretos, preceptos, y rescriptos son emitidos por quien tiene potestad ejecutiva, en cambio los privilegios pueden ser concedidos tanto por autoridad legislativa como ejecutiva[26].

En orden a su interpretación, el acto administrativo se ha de entender según el significado propio de las palabras y el modo común de hablar; en caso de duda, se han de interpretar estrictamente los que se refieren a litigios o a la conminación o imposición de penas, así

[26] Así lo establece también el c. 76 §1.

como los que coartan los derechos de la persona, lesionan los derechos adquiridos de terceros o son contrarios a una ley a favor de particulares; todos los demás deben interpretarse ampliamente (c. 36 § 1).

Sus efectos no deben extenderse a otros casos fuera de los expresados (c. 36 §2) y carece de efectos en la medida en que lesione el derecho adquirido de un tercero o sea contrario a la ley o a una costumbre aprobada, a no ser que la autoridad competente hubiera añadido de manera expresa una cláusula derogatoria (c. 38).

Formalmente, el acto administrativo que afecta al fuero externo debe consignarse por escrito; igualmente su acto de ejecución, si se realiza en forma comisoria (c. 37). Y sólo afectan su validez aquellas condiciones que se expresen mediante las partículas "si", "a no ser que" o "con tal que" (c. 39).

También se regula la ejecución del acto administrativo. Hay que distinguir según que el acto sea comisorio, es decir que requiera ser ejecutado o que sea no comisorio. En el primer caso, el ejecutor de un acto administrativo desempeña inválidamente su función si actúa antes de recibir el correspondiente documento y de haber reconocido su autenticidad e integridad, a no ser que hubiera sido informado previamente del documento con autoridad del que dio el acto (c. 40). La ejecución de un acto comisorio puede ser de dos tipos, a saber: (a) de simple comisión o necesaria y (b) discrecional, facultada o voluntaria, que faculta al ejecutor para conceder o denegar el contenido del acto (c. 70). En ambos casos el acto comienza a surtir efectos desde que es ejecutado o, lo que es lo mismo, intimado a su destinatario. En principio, el ejecutor no puede denegar la ejecución, ya que actúa como mandatario y conforme al mandato recibido. No obstante, puede denegarla si se dan las siguientes excepciones: cuando al ejecutor le es manifiesto que el acto es nulo, como sucede si la autoridad que dio el acto se excedió en su competencia (c. 35), o si el documento carece de las solemnidades requeridas o no está íntegro; o por ser inefectivo, al no contener la cláusula derogatoria prescrita (c. 38) o no haberse cumplido las condiciones puestas en el acto (c. 63 § 3) o constarle fehacientemente que se da total subrepción u obrepción. Si de hecho la deniega, debe informar inmediatamente al autor del acto de que se trate. Debe suspender la ejecución en el caso de que el ejecutor valore la inoportunidad del mismo, que debe trasladar inmediatamente al autor del acto, para que sea éste quien juzgue y provea de manera definitiva[27].

[27] CDC-BAC, nota al c. 41.

A su vez, el ejecutor de un acto administrativo, no puede denegar la ejecución del mismo, a no ser que conste claramente que dicho acto es nulo, o que por otra causa grave no procede ejecutarlo, o que no se han cumplido las condiciones expresadas en el mismo acto administrativo; pero si la ejecución del acto administrativo parece inoportuna por las circunstancias de la persona o del lugar, el ejecutor debe suspender dicha ejecución; en tales casos, lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la autoridad que puso el acto (c. 41).

El ejecutor de un acto administrativo debe proceder conforme al mandato y la ejecución es nula si no cumple las condiciones esenciales señaladas en el documento o no observa la forma sustancial de proceder (c. 42), pero puede nombrar un sustituto, según su prudente arbitrio, a no ser que se haya prohibido la sustitución o la persona hubiera sido elegida por razón de sus cualidades personales o estuviera fijada de antemano la persona del sustituto; pero, aun en estos casos, puede el ejecutor encomendar a otro los actos preparatorios (c. 43).

2. Los decretos y preceptos singulares

Decreto singular es el acto administrativo mediante el cual se toma una decisión o se hace una provisión que, por su naturaleza, no presuponen la petición de un interesado (c. 48). Las decisiones tienen la finalidad de poner fin a una controversia, imponer una pena por vía administrativa o declararla, en el caso que se trate de una pena *latae sententiae*, o, por fin, resolver un asunto que no sea litigioso, como es el caso de conceder o no personalidad canónica a una corporación o a una fundación (c. 116 § 2). Mientras que las provisiones dicen relación particular con los oficios eclesiásticos (cf. cc. 146-156), pero no exclusiva; por lo que la provisión se entiende como cualquier acto que no sea una decisión. De todos modos, ya se trate de unas o de otras, se presupone que no se da una previa petición por parte de los destinatarios, ya que en este caso nos hallaríamos ante un rescripto[28].

Antes de su emisión la autoridad competente debe recabar las informaciones y pruebas necesarias, y en la medida de lo posible, oír a aquellos cuyos derechos puedan resultar lesionados (c. 50). Debe darse por escrito, y si se trata de una decisión, haciendo constar los motivos, al menos sumariamente (c. 51)[29]. Afecta sólo a las cosas de

[28] CDC-BAC, nota al c. 48.

[29] Sin perjuicio de ello, cuando una causa gravísima impida que el texto del decreto sea entregado por escrito, se considerará notificado mediante lectura del mismo al destinatario ante notario o ante dos testigos, levantando acta que habrán de firmar todos los presentes (c. 55).

que trata y a las personas a las que se dirige; pero les obliga en cualquier lugar, a no ser que conste otra cosa (c. 52). Surte efectos desde el momento de la ejecución; en caso contrario, a partir del momento en que es intimado al destinatario por orden de quien lo decretó (c. 54 §1). No obstante, para que pueda exigirse el cumplimiento de un decreto singular se requiere que haya sido intimado mediante documento legítimo, conforme a derecho (c. 54 §2)[30].

El CDC establece también el plazo de emisión del decreto singular y las consecuencias del vencimiento de dicho plazo. Cuando la ley prescribe que se emita un decreto, o cuando el interesado presenta legítimamente una petición o recurso para obtener un decreto, la autoridad competente debe proveer dentro de los tres meses que siguen a la recepción de la petición o del recurso, a no ser que la ley prescriba otro plazo (c. 57 §1). Transcurrido este plazo, si el decreto aún no ha sido emitido, se presume la respuesta negativa a efectos de la proposición de un posterior recurso (c. 57 §2)[31]. No obstante, la presunción de respuesta negativa no exime a la autoridad competente de la obligación de emitir el decreto, e incluso de reparar el daño que quizá haya causado (c. 57 §3)[32].

El decreto singular deja de tener fuerza en dos supuestos: (a) por la legítima revocación hecha por la autoridad competente, y (b) al cesar la ley para cuya ejecución se dio (c. 58 §1).

El precepto singular, por su lado, es un decreto por el que directa y legítimamente se impone a una persona o personas determinadas la obligación de hacer u omitir algo, sobre todo para urgir la observancia de la ley (c. 49). Es un acto administrativo singular –formalmente es un decreto– de índole imperativa, pues cae directamente sobre las personas. Puede ser preceptivo, porque prescribe hacer algo, o prohibitivo, ya que lo prohíbe. Dado legítimamente, en cuanto que el mandante debe tener competencia sobre la materia y la persona, y nadie puede imponer deberes que no estén contenidos previamente en la ley o en la costumbre, salvo que la ley o el mismo legislador concedan facultades para ello[33]. El precepto singular no impuesto

[30] El decreto se considera intimado si el destinatario, oportunamente convocado para recibirlo o escuchar su lectura, no comparece o se niega a firmar sin justa causa (c. 56).

[31] Juega aquí, como puede verse, la institución del silencio en favor del administrado.

[32] Este canon es importante pues instituye la responsabilidad patrimonial de la autoridad eclesiástica.

[33] CDC-BAC, nota al c. 49.

mediante documento legítimo pierde su valor al cesar la potestad del que lo ordenó (c. 58 §2).

3. Los rescriptos

El rescripto es un acto administrativo emitido por escrito y que por su propia naturaleza concede un privilegio, una dispensa u otra gracia, a petición del interesado (c. 59 §1). En este canon se califica al rescripto como un acto administrativo, llevando así a término una evolución doctrinal, que ha ido progresivamente desplazando este tradicional instituto desde viejas concepciones que lo consideraban con categorías iusprivatistas –como, por ejemplo, la donación– hasta un planteamiento iuspublicista, presente ya, aunque de manera imprecisa, en los trabajos de elaboración del CIC 17, que presagiaban la calificación como acto administrativo, llevada a cabo por algún sector de la doctrina italiana a finales de la década de los años treinta del siglo XX. La calificación de la técnica del rescripto como acto administrativo complejo de carácter formal o, más exactamente, como procedimiento administrativo, permite contemplar de manera unitaria una sucesión de actos, entre los que hay que distinguir: (a) las preces o petición de cualquier persona (c. 60) en su favor o en el de otro (c. 61), con expresión de las causas en las que se fundamenta la petición, que es necesario invocar, pero no probar o documentar; (b) valoración por la autoridad ejecutiva competente de la petición y de las causas que la avalan; (c) expedición de las letras o documento en el que la petición puede denegarse o concederse; la concesión puede someterse a condiciones expresadas en cláusulas contenidas en las letras (cf. c. 39); (d) en su caso, ejecución o presentación de las letras al Ordinario[34].

Es interesante analizar asimismo las causas de invalidez de un rescripto. A estos efectos debe tenerse en cuenta que uno de los elementos fundamentales de este tipo de actos –como señalé– es la petición o preces, por ello se hace depender su validez de la verdad de la citada petición. Esta verdad puede resultar lesionada bien por subrepción u ocultación de la verdad, bien por obrepción o exposición de algo falso en la petición. Aparece la subrepción, incluso de buena fe, cuando en las preces no se expone lo que exige la ley (c. 1094 § 2), el estilo y la práctica canónica, según se establece por las normas canónicas, no por la mera subjetividad. Afecta, además, al contenido, no a las formas redaccionales, que pueden seguir el modo común de hablar (c. 36).

[34] CDC- EUNSA, nota al c. 59.

Por tal motivo el CDC dispone que la subrepción u ocultación de la verdad impide la validez de un rescripto, si en las preces no se hubiera expuesto todo aquello que, según la ley, el estilo y la práctica canónica, debe manifestarse para su validez, a no ser que se trate de un rescripto de gracia otorgado *motu proprio* (c. 63 §1). También es obstáculo para la validez de un rescripto la obrepción o exposición de algo falso, si no responde a la verdad ni siquiera una de las causas motivas alegadas (c. 63 §2). Pero el rescripto no es inválido cuando hay error en el nombre de la persona a quien se otorga o que lo concede, del lugar en que mora, o del asunto de que se trata, con tal de que, a juicio del Ordinario, no quepa dudar sobre la identidad del sujeto y objeto (c. 66).

Asimismo y siguiendo normas habituales sobre hermenéutica, en caso de que, sobre un mismo asunto, se obtengan dos rescriptos contradictorios entre sí, el peculiar prevalece sobre el general respecto de aquellas cosas que se expresan peculiarmente (c. 67 §1) y si son igualmente peculiares o generales, el anterior prevalece sobre el posterior, a no ser que en el segundo se haga referencia expresa al primero, o que el primer solicitante que consiguió el rescripto no lo haya usado por dolo o negligencia notable (c. 67 §2).

Por medio de los rescriptos se pueden otorgar privilegios o dispensas. El privilegio es la gracia otorgada en favor de determinadas personas, tanto físicas como jurídicas, y puede ser concedido por el legislador y también por la autoridad ejecutiva a la que el legislador haya otorgado esta potestad (c. 76 §1). También la posesión centenaria o inmemorial hace que se presuma la concesión de un privilegio (c. 76, §2). Siempre debe interpretarse de manera que quienes lo tienen consigan realmente alguna ventaja (c. 77) y se presume perpetuo, mientras no se pruebe lo contrario (c. 78). Puede haber privilegios personales, es decir concedidos a personas y privilegios reales concedidos sobre lugares. Los primeros cesan con la muerte de la persona y los segundos con la destrucción del lugar. El privilegio cesa también por: (a) revocación de la autoridad competente (c. 79); (b) renuncia de quien lo ha recibido, si media aceptación de la autoridad competente (c. 80 §1)[35]; (c) por prescripción legítima cuando redunda en gravamen de otros (c. 82)[36]; (d) al cumplirse el plazo o agotarse el número

[35] No obstante, las personas individuales no pueden renunciar al privilegio concedido a una persona jurídica, o por razón de la dignidad del lugar o del objeto; ni puede la misma persona jurídica renunciar a un privilegio que le ha sido otorgado, si la renuncia redunda en perjuicio de la Iglesia o de otros (c. 80 §3).

[36] El plazo de prescripción se rige por la legislación civil del país de que se trata (c. 197).

de casos para los que fue concedido (c. 83 §1); (e) cuando las circunstancias reales de su otorgamiento han cambiado a juicio de la autoridad competente de tal manera que resulta dañoso o se hace ilícito su uso (c. 83 §2).

La dispensa se define como la relajación de una ley meramente eclesiástica en un caso particular, que puede ser concedida por quienes tienen potestad ejecutiva, así como por aquellos a los que compete explícita o implícitamente la potestad de dispensar, sea por propio derecho, sea por legítima delegación (c. 85).

El CDC regula cuáles son las leyes dispensables y quiénes pueden otorgar dispensas. En primer lugar, al referirse el canon transcripto a las leyes eclesiásticas, implícitamente establece que no son dispensables las leyes divinas. A su vez, dentro de las eclesiásticas, no son dispensables las leyes que determinan los elementos constitutivos esenciales de las instituciones o de los actos jurídicos (c. 86). Pueden dispensar: (a) El Obispo diocesano puede dispensar a sus fieles –siempre que ello redunde en el bien espiritual de ellos– de las leyes disciplinares, tanto universales como particulares, promulgadas para su territorio o para sus súbditos por la autoridad suprema de la Iglesia; pero no de las leyes procesales o penales, ni de aquellas cuya dispensa se reserva especialmente a la Sede Apostólica o a otra autoridad (c. 87 §1); (b) el Ordinario también puede dispensar de estas leyes si es difícil recurrir a la Santa Sede y existe además peligro de grave daño en la demora, aunque la dispensa esté reservada a la Santa Sede, con tal de que se trate de una dispensa que ésta suela conceder en las mismas circunstancias; (c) el Ordinario del lugar puede dispensar de las leyes diocesanas y, cuando considere que es en bien de los fieles, de las leyes promulgadas por el Concilio regional o provincial o por la Conferencia Episcopal (c. 88); (d) el párroco y los demás presbíteros o los diáconos no pueden dispensar de la ley universal y particular a no ser que esta potestad les haya sido concedida expresamente (c. 89).

III. Funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. La llamada potestad de régimen y su delegación

El CDC regula asimismo (Título VIII) el régimen general que corresponde a las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, a las que engloba bajo la designación de potestad de régimen, también llamada potestad de jurisdicción, que es ejercida por los clérigos (sellados por el orden sagrado), pero en la cual los fieles laicos pueden cooperar a tenor del derecho (c. 129 §§1 y 2).

La potestad de régimen puede ser: (a) ordinaria o (b) delegada. La primera a su vez puede ser: (a) propia o (b) vicaria (c. 131). El CDC tiene asimismo un especial cuidado en la regulación de la delegación de cada una de las potestades.

La potestad de régimen se divide en: (a) legislativa, (b) ejecutiva y (c) judicial (c. 135 §1). La primera debe ejercerse del modo prescrito por el derecho y no puede delegarse válidamente a no ser que el derecho disponga explícitamente otra cosa; tampoco puede el legislador inferior dar válidamente una ley contraria al derecho de rango superior (c. 135 §2). La potestad judicial, que tienen los jueces o tribunales, no puede delegarse si no es para realizar los actos preparatorios de un decreto o sentencia. (c. 135 §3)[37].

La potestad ejecutiva ordinaria[38], a diferencia de las anteriores, como regla puede delegarse tanto para un acto como para la generalidad de los casos, a no ser que en el derecho se disponga expresamente otra cosa (c. 137 §1) y se extingue por la pérdida del oficio al que va aneja y queda suspendida cuando legítimamente se apela o se interpone recurso contra la privación o remoción del oficio[39] (c. 143).

[37] El CDC refleja aquí la influencia de las democracias liberales. No obstante, en la Iglesia no se da la división de poderes, sino más bien la unidad de la potestad de régimen y la distinción de funciones, que se denominan potestades. En relación con la potestad legislativa, ésta no puede delegarse válidamente si no es por la autoridad suprema, es decir, el Papa y el Colegio Episcopal, a no ser que el derecho disponga explícitamente otra cosa. Como sucede en el caso de los decretos generales (c. 29) y en la interpretación de las leyes (c. 16 § 1). Tampoco puede un legislador inferior disponer legislativamente nada contra el derecho superior. Así, el Obispo diocesano no puede legislar contra lo dispuesto por el Papa, el Colegio Episcopal, un Concilio plenario y la Conferencia Episcopal. Por último, se establece la indelegabilidad de la potestad judicial en cuanto tal, lo que no impide que sean delegables los actos preparatorios de un decreto o una sentencia. El Papa es el único que puede nombrar jueces delegados (c. 1442). La potestad ejecutiva es la única donde se desarrolla la delegación, como se comprueba en los cc. 136-144.

[38] Esta potestad puede ser ejercida aun encontrándose fuera del territorio, sobre los propios súbditos, incluso ausentes del territorio, si no consta otra cosa por la naturaleza del asunto o por prescripción del derecho; también sobre los peregrinos que actualmente se hallan en el territorio, si se trata de conceder favores o de ejecutar las leyes universales y las particulares que sean obligatorias para ellos (c. 136). Conf. CDC-BAC, nota al c. 135.

[39] Oficio eclesiástico es cualquier cargo, constituido establemente por disposición divina o eclesiástica, que haya de ejercerse para un fin espiritual. Las obligaciones y derechos propios de cada oficio eclesiástico se determinan bien por el mismo derecho por el que se constituye, bien por el decreto de la autoridad competente que lo constituye y a la vez lo confiere (c. 145). La pérdida del oficio eclesiástico está prevista y regulada en los cc. 184-196.

Por su lado, la potestad ejecutiva delegada por la Sede Apostólica puede subdelegarse, tanto para un acto como para la generalidad de los casos, a no ser que se haya atendido a las cualidades personales o se hubiera prohibido expresamente la subdelegación (c. 137 §2). La potestad ejecutiva delegada en forma general, sólo puede subdelegarse para cada caso; pero si fue delegada para un acto o actos determinados, no puede subdelegarse sin concesión expresa del delegante y ninguna potestad subdelegada puede subdelegarse de nuevo, a no ser que lo hubiera concedido expresamente el delegante (c. 137 §§3 y 4). La potestad delegada se extingue: (a) una vez cumplido el mandato; (b) transcurrido el plazo o agotado el número de casos para los que fue concedida; (c) al haber cesado la causa final de la delegación; (d) por revocación del delegante intimada directamente al delegado, y también por renuncia del delegado presentada al delegante y aceptada por éste. Pero no se extingue por haber cesado la potestad del delegante, a no ser que conste así en las cláusulas puestas al mandato (c. 142 §1).

Además de las ya mencionadas, en materia de competencia delegada, se aplican las siguientes reglas:

i. cuando hay varios delegados solidarios para un mismo asunto, el primero de ellos en actuar excluye a los demás en ese asunto, a no ser que después quede impedido o no quiera seguir adelante en la tramitación del asunto (c. 140 § 1);
ii. cuando hay varios delegados para un asunto que actúan colegialmente, deben resolver por mayoría absoluta[40], a no ser que en el mandato se disponga otra cosa;
iii. la potestad ejecutiva delegada a varios se presume delegada solidariamente;
iv. cuando hay varios que han sido delegados sucesivamente, resolverá el que tenga el mandato más antiguo si no le ha sido posteriormente revocado (c. 141);
v. las facultades habituales se rigen por las prescripciones sobre la potestad delegada, sin embargo, si no se ha dispuesto expresamente otra cosa en el acto de concesión, ni se ha atendido a las cualidades personales, la facultad habitual concedida a un Ordinario no se extingue al cesar la potestad del Ordinario a quien se ha concedido, aunque él hubiera comenzado ya a ejercerla, sino que pasa al Ordinario que le sucede en el gobierno[41] (c. 132 §§ 1 y 2);

[40] Se aplican aquí las reglas del c. 119 relativas a las decisiones colegiales de las personas jurídicas.

[41] Por el nombre de Ordinario se entienden, además del Romano Pontífice, los Obispos diocesanos y todos aquellos que, aun interinamente, han sido nombrados

vi. lo que hace un delegado excediéndose de los límites de su mandato, respecto al objeto o a las personas, es nulo[42] (c. 133 §1).

El CDC dispone a su vez reglas diferentes en cuanto a la amplitud con que han de ser interpretadas las competencias legislativas y judiciales y la competencia ejecutiva. La potestad ejecutiva (tanto ordinaria como delegada para la generalidad de los casos) debe serlo ampliamente, pero todas las otras deben interpretarse estrictamente; sin embargo, se entiende que quien tiene una potestad delegada tiene también concedido todo lo necesario para que esa potestad pueda ejercerse (c. 138).

En cuanto a las reglas sobre la relación entre competencia y jerarquía se dispone que la potestad ejecutiva, tanto ordinaria como delegada, de una autoridad competente, no se suspende por el hecho de que alguien acuda a otra autoridad también competente, aunque sea superior. Sin embargo, la autoridad inferior no debe inmiscuirse en una causa que ha sido llevada a la autoridad superior si no es por causa grave y urgente en cuyo caso deberá informar inmediatamente del asunto a la autoridad superior (c. 139).

IV. Personas jurídicas y prelaturas personales

a. Las personas

El CDC se ocupa también del régimen de las personas, a las que divide en físicas y jurídicas. Me referiré solamente a las segundas, en la medida en que son las que revisten mayor interés para el derecho público.

El CDC establece en primer lugar que la Iglesia católica y la Sede Apostólica, son personas morales por la misma ordenación divina (c. 113 §1). En tal carácter, por derecho nativo, e independientemente

---

para regir una Iglesia particular o una comunidad a ella equiparada según el c. 368, y también quienes en ellas tienen potestad ejecutiva ordinaria, es decir, los Vicarios generales y episcopales; así también, respecto a sus miembros, los Superiores mayores de institutos religiosos clericales de derecho pontificio y de sociedades clericales de vida apostólica de derecho pontificio, que tienen, al menos, potestad ejecutiva ordinaria. Por el nombre de Ordinario del lugar, se entienden todos los anteriormente enumerados, excepto los Superiores de institutos religiosos y de sociedades de vida apostólica (c. 134 §§ 1 y 2).

[42] Pero no se excede de los límites de su mandato el delegado que realiza los actos de modo distinto al que se determina en el mandato, a no ser que el delegante hubiera prescrito un cierto modo para la validez del acto (c. 133 §2).

de la potestad civil, la Iglesia católica puede adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales para alcanzar sus propios fines (c. 1254 §1). La Iglesia universal y la Sede Apostólica, y también las Iglesias particulares y cualquier otra persona jurídica, tanto pública como privada, son sujetos capaces de adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales, según la norma jurídica (c. 1255).

Las personas jurídicas pueden ser: (a) corporaciones, que son los conjuntos de personas y (b) las fundaciones, que son conjuntos de cosas. En cualquier caso se constituyen por prescripción del derecho o por especial concesión de la autoridad competente dada mediante decreto[43] y deben estar ordenados a un fin congruente con la misión de la Iglesia que trasciende el fin de los individuos[44]. La corporación, para cuya constitución se requieren al menos tres personas, es colegial si su actividad es determinada por los miembros, que con o sin igualdad de derechos participan en las decisiones a tenor del derecho y de los estatutos; en caso contrario, es no colegial (c. 115 §2). La persona jurídica patrimonial o fundación autónoma consta de unos bienes o cosas, espirituales o materiales, y es dirigida, según la norma del derecho y de los estatutos, por una o varias personas físicas o por un colegio (c. 115 § 3).

Son personas jurídicas públicas las corporaciones y fundaciones constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que se les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia la misión que se les confía mirando al bien público; las demás personas jurídicas son privadas (c. 116 §1). Las personas jurídicas públicas adquieren esta personalidad: (a) en virtud del mismo derecho, o (b) por decreto especial de la autoridad competente que se la conceda expresamente. En cambio, las personas jurídicas privadas obtienen esta personalidad sólo mediante decreto especial de la autoridad competente que se la conceda expresamente (c. 116 §3).

Son representantes de las personas jurídicas públicas aquellos a quienes reconoce esta competencia el derecho universal o particular, o los propios estatutos (c. 118). En cuanto a la mayoría para la toma de decisiones se dan las siguientes reglas, contenidas en el c. 119, sin perjuicio de lo que luego dispongan los estatutos:

[43] Ninguna corporación o fundación que desee conseguir personalidad jurídica puede obtenerla si sus estatutos no han sido aprobados por la autoridad competente (c. 117).

[44] Se entiende que estos fines son aquellos que corresponden a obras de piedad, apostolado o caridad, tanto espiritual como temporal (c. 114 §2), que sea verdaderamente útil y que, ponderadas todas las circunstancias, dispongan además de los medios suficientes para alcanzar el fin que se proponen (c. 114 §3).

i. elecciones de sus representantes: tiene valor jurídico aquello que, hallándose presente la mayoría de los que deben ser convocados, se aprueba por mayoría absoluta de los presentes; después de dos escrutinios ineficaces, la votación debe comprender solamente a los dos candidatos que hayan obtenido mayor número de votos, o si son más, sobre los dos de más edad; después del tercer escrutinio, si persiste el empate, queda elegido el de más edad;
ii. otros asuntos: es jurídicamente válido lo que, hallándose presente la mayor parte de los que deben ser convocados, se aprueba por mayoría absoluta de los presentes; si después de dos escrutinios persistiera la igualdad de votos, el presidente puede resolver el empate con su voto;
iii. las cuestiones que afectan a todos y a cada uno deben ser aprobadas por todos.

Toda persona jurídica es, por naturaleza, perpetua; sin embargo, se extingue si es legítimamente suprimida por la autoridad competente o si ha cesado su actividad por espacio de cien años; la persona jurídica privada se extingue además cuando la propia asociación queda disuelta conforme a sus estatutos, o si, a juicio de la autoridad competente, la misma fundación ha dejado de existir según sus estatutos (c. 120 §1)[45]. Cuando se extingue un persona jurídica pública, el destino de sus bienes y derechos patrimoniales, así como de sus cargas, se rige por el derecho y por sus estatutos. En caso de silencio de éstos, sus bienes y derechos pasan a la persona jurídica inmediatamente superior, quedando siempre a salvo la voluntad de los fundadores o donantes, así como los derechos adquiridos (c. 123).

En cuanto a las fusiones y escisiones, el CDC dispone que:

i. si las corporaciones y fundaciones que son personas jurídicas públicas se unen formando una sola totalidad con personalidad jurídica, esta nueva persona jurídica hace suyos los bienes y derechos patrimoniales propios de las anteriores y asume las cargas que pesaban sobre las mismas; pero deben quedar a salvo, sobre todo en cuanto al destino de los bienes y cumplimiento de las cargas, la voluntad de los fundadores y donantes y los derechos adquiridos (c. 121);

[45] Cuando queda un solo miembro de la persona jurídica colegiada y, según sus estatutos, la corporación no ha dejado de existir, compete a ese miembro el ejercicio de todos los derechos de la corporación (c. 120 §2).

ii. cuando se divide una persona jurídica pública, de manera que una parte de ella se une a otra persona jurídica pública, o con la parte desmembrada se erige una persona jurídica pública nueva, la autoridad eclesiástica a la que compete realizar la división, respetando ante todo la voluntad de los fundadores y donantes, los derechos adquiridos y los estatutos aprobados, debe procurar por sí o por su ejecutor: 1° que los bienes y derechos patrimoniales comunes que pueden dividirse, así como las deudas y demás cargas, se repartan con la debida proporción y de manera equitativa entre las personas jurídicas de que se trata, teniendo en cuenta todas las circunstancias y necesidades de ambas; 2° que las dos personas jurídicas gocen del uso y usufructo de los bienes comunes que no pueden dividirse, y sobre ambas recaigan las cargas inherentes a esos bienes guardando asimismo la debida proporción, que debe determinarse equitativamente (c. 122).

b. Las prelaturas personales

La figura de la Prelatura personal fue creada por el Concilio Vaticano II[46] y se encuentra actualmente contemplada en el CDC[47]. En cuanto a su naturaleza, se dice por un lado que son entidades jurisdiccionales[48], pero se aclara al mismo tiempo que no son ni diócesis ni se asimilan a diócesis. La Prelatura personal no es una iglesia particular sino una determinada asociación[49].

Están erigidas por la Santa Sede como un instrumento, dentro de la pastoral jerárquica de la Iglesia[50], bajo la competencia de la Congregación para los Obispos[51], para la realización de peculiares

[46] El decreto conciliar *Presbyterorum Ordinis*, del 7 de diciembre de 1965 n. 10, establecía que para "la realización de tareas pastorales peculiares en favor de distintos grupos sociales en determinadas regiones o naciones, o incluso en todo el mundo", se podrían constituir en el futuro, entre otras instituciones, "peculiares diócesis o prelaturas personales". El Concilio buscaba con ello perfilar una nueva figura jurídica, de gran flexibilidad, con el fin de contribuir a la efectiva difusión del mensaje y del vivir cristiano. *Presbyterorum Ordinis* 10; *Ad Gentes* 20, nota 4 y 27 nota 28.

[47] Las normas ejecutivas que, hasta el actual CDC, constituían su ley marco, se encuentra en el *Motu Proprio Ecclesiae Sanctae* I, 4.

[48] CDC-EUNSA, nota al c. 294.

[49] CDC-BAC, nota al c. 294, con cita de la opinión del Cardenal Ratzinger.

[50] Con el fin de promover una conveniente distribución de los presbíteros o de llevar a cabo peculiares obras pastorales o misionales en favor de varias regiones o diversos grupos sociales, la Sede Apostólica, oídas las Conferencias Episcopales interesadas, puede erigir prelaturas personales que consten de presbíteros y diáconos del clero secular (c. 294).

[51] Constitución *Pastor Bonus*, 80.

actividades pastorales o misioneras. Han de constar de: (a) un Prelado, que es su ordinario propio[52], (b) clérigos seculares, formados en la Prelatura e incardinados en la misma; y (c) laicos que estén incorporados quienes cooperan orgánicamente en los fines y actividades de la misma mediante contratos o convenciones, en los que se determinarán los derechos y deberes mutuos, de acuerdo con los estatutos de la Prelatura[53]. Los estatutos determinarán las relaciones de la prelatura personal con los Ordinarios locales de aquellas Iglesias particulares en las cuales la prelatura ejerce o desea ejercer sus obras pastorales o misionales, previo el consentimiento del Obispo diocesano (c. 297).

Dentro de esta categoría se encuentra actualmente la Prelatura personal del Opus Dei. Fundada en Madrid el 2 de octubre de 1928 por el beato Josemaría Escrivá de Balaguer, el 28 de noviembre de 1982, el Papa Juan Pablo II por medio de la Constitución Apostólica *Ut Sit*, la erigió en Prelatura personal[54]. Es una estructura jurisdiccional perteneciente a la organización pastoral y jerárquica de la Iglesia. Tiene, al igual que las diócesis, las prelaturas territoriales, los vicariatos, los ordinariatos militares, etcétera, su propia autonomía y jurisdicción ordinaria para la realización de su misión al servicio de toda la Iglesia. Por eso depende inmediata y directamente del Romano Pontífice, a través de la Congregación para los Obispos.

V. Autoridades de la Iglesia universal

Según establece el CDC en el Libro II, Parte II (de la Constitución Jerárquica de la Iglesia) el gobierno de la Iglesia, comprende: (i) la llamada Iglesia universal (regulada en la Sección I) y (ii) las Iglesias particulares[55] (previstas en la Sección II), a cuyo frente se en-

[52] La prelatura personal se rige por los estatutos dados por la Sede Apostólica y su gobierno se confía a un Prelado como Ordinario propio, a quien corresponde la potestad de erigir un seminario nacional o internacional, así como incardinar a los alumnos y promoverlos a las órdenes a título de servicio a la prelatura. El Prelado debe cuidar de la formación espiritual de los ordenados con el mencionado título, así como de su conveniente sustento (c. 295).

[53] Mediante acuerdos establecidos con la prelatura, los laicos pueden dedicarse a las obras apostólicas de la prelatura personal; pero han de determinarse adecuadamente en los estatutos el modo de cooperación orgánica y los principales deberes y derechos anejos a ella (c. 296).

[54] El 19 de marzo de 1983 se produjo la ejecución de la bula de erección del *Opus Dei* en prelatura personal.

[55] Iglesias particulares –en las cuales y desde las cuales existe la Iglesia católica una y única– son principalmente: (a) las diócesis; (b) la prelatura territorial; (c)

cuentran los Obispos y demás autoridades eclesiásticas con base territorial[56]. Sólo me ocuparé aquí –tal como dije al comienzo– de la primera Sección, en la cual están contemplados los órganos del gobierno superior de la Iglesia, es decir de la Iglesia universal. Ellos son: (a) el Romano Pontífice; (b) el Colegio Episcopal; (c) el Sínodo de los Obispos; (d) el Colegio Cardenalicio; (e) la Curia Romana y (f) los Legados Pontificios.

---

la abadía territorial; (d) el vicariato apostólico; (e) la prefectura apostólica y (f) la administración apostólica erigida de manera estable (c. 368). La diócesis es una porción del pueblo de Dios cuyo cuidado pastoral se encomienda al Obispo con la cooperación del presbiterio, de manera que, unida a su pastor y congregada por él en el Espíritu Santo mediante el Evangelio y la Eucaristía, constituya una Iglesia particular, en la cual verdaderamente está presente y actúa la Iglesia de Cristo una, santa, católica y apostólica (c. 369). La prelatura territorial o la abadía territorial es una determinada porción del pueblo de Dios, delimitada territorialmente, cuya atención se encomienda, por especiales circunstancias, a un Prelado o a un Abad, que la rige como su pastor propio, del mismo modo que un Obispo diocesano (c. 370). El vicariato apostólico o la prefectura apostólica es una determinada porción del pueblo de Dios que, por circunstancias peculiares, aún no se ha constituido como diócesis, y se encomienda a la atención pastoral de un Vicario apostólico o de un Prefecto apostólico, para que las rijan en nombre del Sumo Pontífice (c. 371 §1). La administración apostólica es una determinada porción del pueblo de Dios que, por razones especiales y particularmente graves, no es erigida como diócesis por el Romano Pontífice, y cuya atención pastoral se encomienda a un Administrador apostólico que la rija en nombre del Sumo Pontífice (c. 371 §2). Como regla general, la porción del pueblo de Dios que constituye una diócesis u otra Iglesia particular debe quedar circunscrita dentro de un territorio determinado, de manera que comprenda a todos los fieles que habiten en él. Sin embargo, cuando resulte útil a juicio de la autoridad suprema de la Iglesia, oídas las Conferencias Episcopales interesadas, pueden erigirse dentro de un mismo territorio Iglesias particulares distintas por razón del rito de los fieles o por otra razón semejante (c. 372). Corresponde tan sólo a la suprema autoridad el erigir Iglesias particulares; las cuales, una vez que han sido legítimamente erigidas, gozan *ipso iure* de personalidad jurídica (c. 373). Toda diócesis o cualquier otra Iglesia particular, debe dividirse en partes distintas o parroquias (c. 374 §1).

[56] Los Obispos (del griego, *episkopos*, superintendente), son los sucesores de los Apóstoles y se constituyen como Pastores en la Iglesia para que también ellos sean maestros de la doctrina, sacerdotes del culto sagrado y ministros para el gobierno (c. 371 §1). Por la consagración episcopal, junto con la función de santificar, los Obispos reciben también las funciones de enseñar y regir (371 §2). Se llaman diocesanos los Obispos a los que se ha encomendado el cuidado de una diócesis; los demás se denominan titulares (c. 376). Al Obispo diocesano compete en la diócesis que se le ha confiado toda la potestad ordinaria, propia e inmediata que se requiere para el ejercicio de su función pastoral, exceptuadas aquellas causas que por el derecho o por decreto del Sumo Pontífice se reserven a la autoridad suprema o a otra autoridad eclesiástica. A no ser que por la naturaleza del asunto o por prescripción del derecho conste otra cosa, se equiparan en derecho al Obispo diocesano aquellos que presiden las demás Iglesias particulares enumeradas en el can. 368 (c. 381).

a. El Romano Pontífice

1. Sus funciones como cabeza de la Iglesia

El Romano Pontífice, Sumo Pontífice o Papa[57], "... es el principio y fundamento perpetuo y visible de unidad, tanto de los obispos como de la muchedumbre de los fieles", tal como lo define la CLG en el § 23. Por su lado, el CDC describe sus títulos más característicos en estos términos: "El Obispo de la Iglesia Romana ... es cabeza del Colegio de los Obispos, Vicario de Cristo y Pastor de la Iglesia universal en la tierra" (c. 331), disposición que se complementa con la siguiente: "... tiene potestad sobre toda la Iglesia [y] ostenta también la primacía de potestad ordinaria sobre todas las Iglesias particulares y sobre sus agrupaciones" (c. 333 §1).

De acuerdo con las normas citadas, el Papa tiene cinco atribuciones: (a) Obispo de Roma: al momento de ser elegido como tal, el Papa se convierte en Obispo de la sede romana; si el elegido no tuviera el carácter episcopal, será ordenado Obispo inmediatamente[58]; (b) Sucesor de Pedro: con ello se vincula su figura con las fuentes mismas de la Revelación y, consiguientemente, con el mismo derecho divino; (c) Cabeza del Colegio de los Obispos: el Papa es la cabeza del Colegio Episcopal como Pedro era Cabeza del Colegio Apostólico, lo cual sitúa al Papa dentro del Colegio y a éste siempre con el Papa y por debajo debajo de él (c. 336); (d) Vicario de Cristo: atribuido hasta finales del siglo XII también a los Obispos, aplicado por el Vaticano II al Papa (CLG §§18 y 22), aunque no de forma tan exclusiva (CLG §27), puede ayudar a entender las singulares prerrogativas personales que a él corresponden *v. gr.* en la disolución de algunos matrimonios; (e) Pastor de la Iglesia universal en la tierra: ello quiere decir que no sólo es Cabeza del Colegio Episcopal sino también jefe de toda la Iglesia.

El Código no enumera otros títulos, solemnemente enunciados en el Anuario Pontificio, de entre los cuales puede ser útil recordar los dos siguientes: (a) Patriarca de Occidente y (b) Siervo de los sier-

[57] Del griego *pappas*, que significa padre.

[58] El Papa es Obispo de Roma como consecuencia de una decisión de San Pedro de establecerse en tal carácter en la ciudad capital del Imperio Romano. Pese a ello, la iglesia de San Pedro no es la catedral del Obispo de Roma. Dicha cátedra es la iglesia de San Juan Laterano, construida en un sitio otorgado por el emperador Constantino en el siglo IV. Los Papas residieron allí por espacio de más de mil años, hasta que luego del Cisma de Avignon, comenzaron a residir en el Vaticano en el siglo XIV. Más datos pueden verse en: REESE, Thomas J.: *Inside the Vatican*, Harvard University Press, 1998, pág. 11 y sigs.

vos de Dios. Del primero se dice que no conviene mezclar su ejercicio con el del Primado, en atención tanto al ecumenismo como al legítimo pluralismo en la Iglesia. Y en cuanto al segundo, introducido por San Gregorio Magno y después usual en la cancillería pontificia, vendría a subrayar el carácter de servicio ministerial, propio también del oficio primacial[59].

Para el cumplimiento de estas funciones el Papa dispone de la llamada potestad ordinaria, que tiene las siguientes características: es (a) suprema, en cuanto que no tiene por encima, en lo humano, ninguna otra potestad; (b) plena, pues no le corresponde la parte más importante, sino la plenitud de la potestad para enseñar, santificar y regir; (c) inmediata, por cuanto se ejerce sin necesidad de intermediarios, directamente, tanto sobre personas como sobre instituciones, aunque sin suplantar a los Obispos en sus funciones ordinarias, (c. 333 §1); (d) universal, tanto por el sujeto al que se extiende (sobre todos, tanto pastores como fieles, CLG, §22) como por el objeto, siempre que se trate del cuidado pastoral de las almas en la Iglesia, y (e) que puede siempre ejercer libremente frente a intromisiones del poder temporal o frente a planteamientos conciliaristas o galicanos; pero no es una libertad ilimitada, puesto que el Papa está obligado a observar la divina Revelación, la estructura fundamental de la Iglesia, los sacramentos, las definiciones de los primeros concilios, etcétera[60].

Por último, como Pastor supremo de la Iglesia, el Romano Pontífice se halla siempre unido por la comunión con los demás Obispos (c. 333 §2) quienes están a su disposición y pueden prestarle su cooperación de distintas maneras, entre las que se encuentra el sínodo de los Obispos. Lo ayudan también los Cardenales, así como otras personas y, según las necesidades de los tiempos, diversas instituciones (c. 334).

Además de las funciones indicadas, el Papa como cabeza de la Iglesia universal ejerce otras muchas. Entre otras, ellas son:

(a) Facultades legislativas:

Ejerce la suma de las facultades legislativas ya que de los dicasterios no pueden emanar leyes o decretos generales que tengan fuerza de ley, ni derogar las prescripciones del derecho universal vigente, sino en casos determinados y con aprobación específica del Sumo Pontífice y nada importante y extraordinario puede decidirse, si los dirigentes de dicasterio no se lo comunican previamente (CPB, 18).

[59] Conf. CDC-BAC, nota al c. 331.
[60] Idem.

(b) Facultades judiciales:

i. El Romano Pontífice es juez supremo para todo el orbe católico y dicta sentencia o personalmente, o mediante los tribunales ordinarios de la Sede Apostólica, o por jueces en los cuales delega (c. 1442). Pero al mismo tiempo goza de inmunidad jurisdiccional, pues la Primera Sede por nadie puede ser juzgada (c. 1404). Sus decisiones son finales, no cabe apelación ni recurso contra sus sentencias (cc. 333, §3 y 1629) y ningún juez puede resolver sobre un acto o instrumento confirmado en forma específica por el Romano Pontífice, sin previo mandato del mismo (c. 1405).

ii. Tiene derecho exclusivo a juzgar en las causas que se refieren a cosas espirituales o anejas a ellas y en la violación de las leyes eclesiásticas y de todo aquello que contenga razón de pecado a: (i) quienes ejercen la autoridad suprema de un Estado; (ii) los Cardenales; (iii) los Legados de la Sede Apostólica y, en las causas penales, a los Obispos (cc. 1401 y 1405). Sobre estas causas la incompetencia de los demás jueces es absoluta (c. 1406 §2).

iii. En relación con las causas matrimoniales, puede disolver el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, (c. 1142) y únicamente la Sede Apostólica juzga sobre el hecho de la inconsumación del matrimonio y la existencia de justa causa para conceder la dispensa, que sólo es concedida por el Romano Pontífice (c. 1698 §§ 1 y 2).

(c) Facultades relativas a los órganos de la Iglesia:

i. En relación con el Concilio Ecuménico: convocarlo, presidirlo personalmente o por medio de otros, trasladarlo, suspenderlo o disolverlo, aprobar sus decretos (c. 338 §1), determinar las cuestiones que han de tratarse y establecer su reglamento (c. 338 §2).

ii. En relación con el Colegio de los Obispos: determina y promueve los modos según los cuales este cuerpo ha de ejercer colegialmente su función para toda la Iglesia (c. 337 § 3).

iii. En relación con el Sínodo de los Obispos: le corresponde: convocarlo cuantas veces le parezca oportuno y determinar el lugar en el que deben celebrarse las reuniones; ratificar la elección de aquellos miembros que han de ser elegidos según la norma del derecho peculiar, y designar y nombrar a los demás miembros; determinar los temas que deben tratarse en él; establecer el orden del día; presidirlo personalmente o por medio de otros; y clausurar el sínodo, trasladarlo, suspenderlo, disolverlo (c. 344) y ratificar sus decisiones (c. 343).

iv. Convoca y preside el Consistorio de cardenales (c. 353).

(d) Nombramiento y creación de autoridades eclesiásticas:

i. Cardenales: nombra los cardenales (c. 351); aprueba la elección del Cardenal Decano y Subdecano del Colegio Cardenalicio (352, §2 y §3); y acepta la renuncia de los Cardenales que se encuentran al frente de los Dicasterios de la Curia Romana cuando éstos han cumplido 75 años (c. 354).
ii. Obispos: nombra obispos, confirma los que han sido legítimamente elegidos (c. 377) y acepta su renuncia (c. 401, §1).
iii. Legados Pontificios: nombra, transfiere y remueve a los legados apostólicos (c. 362).
iv. Funcionarios de los Dicasterios de la Curia Romana: nombra el Prefecto o el Presidente, los miembros de la asamblea, el secretario y los demás oficiales mayores, así como también los consultores por un período de cinco años (CPB, 5 §).
v. Nombra –por un período de cinco años– el Consejo de Cardenales para el estudio de las cuestiones organizativas y económicas de la Sede Apostólica (CPB, 24).
vi. Erige Prelaturas personales, luego de oír a las Conferencias Episcopales interesadas, y dicta sus estatutos (cc. 294 y 295).

Además, ejerce estas otras facultades:

i. Constituye, suprime o cambia las provincias eclesiásticas (431 §3).
ii. es el administrador y distribuidor supremo de todos los bienes eclesiásticos (c. 1273).
iii. Le corresponde, junto con el Colegio de los Obispos, la dirección suprema y la coordinación de las iniciativas y actividades que se refieren a la obra misional y a la cooperación misionera (c. 782 §1).
iv. Concede indulgencias, y solo él confiere la potestad de conceder indulgencias (c. 995 § 1).
v. Dispensa, en forma exclusiva, de la obligación de celibato (c. 291)

2. Infalibilidad

La infalibilidad es la cualidad del Magisterio de la Iglesia cuando éste se expresa en definiciones dogmáticas, del Concilio Ecuménico, o del Papa cuando habla *ex cathedra*, o en la acción unánime del episcopado unido al Papa. En virtud de su oficio, el Sumo Pontífice goza de infalibilidad en el magisterio cuando, como Supremo Pastor y Doctor de todos los fieles, proclama por un acto definitivo la doctrina

que debe sostenerse en materia de fe y de costumbres (c. 749 § 1). También tiene infalibilidad en el magisterio el Colegio de los Obispos cuando los Obispos ejercen tal magisterio reunidos en el Concilio Ecuménico y, como doctores y jueces de la fe y de las costumbres, declaran para toda la Iglesia que ha de sostenerse como definitiva una doctrina sobre la fe o las costumbres; o cuando dispersos por el mundo pero manteniendo el vínculo de la comunión entre sí y con el sucesor de Pedro, enseñando de modo auténtico junto con el mismo Romano Pontífice las materias de fe y costumbres, concuerdan en que una opinión debe sostenerse como definitiva (c. 749 § 2).

Las condiciones que señala el CDC para que sea infalible el magisterio del Romano Pontífice están tomadas de las Constituciones *Pastor Aeternus* y *Lumen Gentium*: (1) que ejerza su oficio de Pastor y Doctor supremo: por tanto no lo es si, hablando a grupos particulares o como doctor privado, se cuestiona, opina, etcétera; (2) que recaiga sobre doctrina de fe y costumbres como divinamente revelada. El campo de la infalibilidad papal abarca toda la Revelación, por tanto, todas las verdades reveladas sobre la fe y las costumbres; pero también la doctrina en las que esas verdades que se explicitan que, por estar en estrecha relación con la Revelación misma, ésta no puede permanecer incólume si aquélla no se asegura también. Aquí entra el importantísimo campo de la ley natural que señala las exigencias de la dignidad humana; (3) que por un acto definitivo proponga esa doctrina como objeto obligado de la fe: es decir, el Papa ha de tener intención de definir dogmáticamente una doctrina, lo cual no ocurre, por ejemplo, en el magisterio simplemente exhortativo o dirigido a suscitar la reflexión personal[61].

3. Vacante de la Sede Apostólica

Dado el carácter que posee el gobierno de la Iglesia, donde es clara la preeminencia del Sucesor de San Pedro como cabeza de la Iglesia universal, la vacancia de la Sede Apostólica y la elección del Papa, son cuestiones de interés especial. Antes de referirme a ello, creo conveniente recordar que en el CDC, bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede, se comprende no sólo al Romano Pontífice, sino también –a no ser que por su misma naturaleza o por el contexto conste otra cosa– la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia y otras Instituciones de la Curia Romana (c. 361)[62].

[61] Conf. CDC-EUNSA, nota al c. 749.
[62] *Infra* Cap. VI, me referiré a todos estos órganos.

La vacancia de la Sede Apostólica puede producirse por dos motivos: (a) fallecimiento del Papa o (b) su renuncia. En este segundo caso se requiere –como requisito de validez– que la renuncia sea libre y se manifieste formalmente, pero no que sea aceptada por nadie (c. 332 §2), dado que el Papa no tiene superior en la tierra. No obstante, una vez hecha la renuncia y manifestada a la Iglesia en la forma que sea, no puede volverse atrás[63]. Si quedara vacante la Sede Apostólica durante la celebración de un Concilio Ecuménico, éste se interrumpe hasta que el nuevo Sumo Pontífice decida continuarlo o disolverlo (c. 340). Lo mismo sucede con el Sínodo de Obispos el cual queda suspendido *ipso iure* cuando, una vez convocado o durante su celebración, se produce la vacante de la Sede Apostólica, quedando suspendida asimismo la función confiada a sus miembros hasta que el nuevo Pontífice declare disuelta la asamblea o decrete su continuación (c. 347 § 2).

Las reglas que han de seguirse cuando se produce la vacante de la Sede Apostólica y el procedimiento aplicable para la elección del Papa, están actualmente previstos en la Constitución Apostólica *Universi Dominici Gregis* (CUDG) citada al comienzo. Antes de referirme a ella, recordemos que el CDC tiene una norma específica sobre la vacancia de la Sede según la cual "Al quedar vacante o totalmente impedida la Sede Romana, nada se ha de innovar en el régimen de la Iglesia universal: han de observarse, sin embargo, las leyes especiales dadas para esos casos" (c. 335).

En concordancia con esta norma, la CUDG dice que mientras está vacante la Sede Apostólica, el Colegio de los Cardenales no tiene ninguna potestad o jurisdicción sobre las cuestiones que corresponden al Sumo Pontífice en vida o en el ejercicio de las funciones de su misión; todas estas cuestiones deben quedar reservadas exclusivamente al futuro Pontífice. Por lo tanto, es inválido y nulo cualquier acto de potestad o de jurisdicción correspondiente al Romano Pontífice mientras vive o en el ejercicio de las funciones de su misión, que el Colegio de los Cardenales decidiese ejercer, salvo que esté expresamente consentido en la Constitución citada (§1).

A partir de esta regla general, el período de vacancia de la Sede Apostólica, se rige por las siguientes reglas:

i. El gobierno de la Iglesia queda confiado al Colegio de los Cardenales solamente para el despacho de los asuntos ordinarios o de

[63] CDO-BAC, nota al canon 332.

los inaplazables y para la preparación de todo lo necesario para la elección del nuevo Pontífice, por eso deben quedar absolutamente excluidos los asuntos, que son potestad únicamente del Romano Pontífice, o se refieren a las normas para la elección del nuevo Pontífice (UDG §2).

ii. El Colegio Cardenalicio no puede disponer nada sobre los derechos de la Sede Apostólica y de la Iglesia Romana, y tanto menos permitir que algunos de ellos vengan menguados, directa o indirectamente, aunque fuera con el fin de solucionar divergencias o de perseguir acciones perpetradas contra los mismos derechos después de la muerte o la renuncia válida del Pontífice (CUDG §3).

iii. Las leyes emanadas por los Romanos Pontífices no pueden de ningún modo ser corregidas o modificadas, ni se puede añadir, quitar nada o dispensar de una parte de las mismas, especialmente en lo que se refiere al ordenamiento de la elección del Sumo Pontífice. Toda decisión adoptada en contra de esta disposición es nula e inválida (CUDG §4).

iv. Si surgiesen dudas sobre las disposiciones contenidas en la CUDG, todo el poder de emitir un juicio al respecto corresponde al Colegio de los Cardenales, el cual posee la facultad de interpretar los puntos dudosos o controvertidos, para lo cual es suficiente que la mayoría de los Cardenales reunidos esté de acuerdo sobre la misma opinión (CUDG §5).

v. A la muerte del Papa todos los Jefes de los Dicasterios de la Curia Romana, tanto el Cardenal Secretario de Estado como los Cardenales Prefectos y los Presidentes Arzobispos, así como también los Miembros de los mismos Dicasterios, cesan en el ejercicio de sus cargos. Se exceptúan el Camarlengo[64] y el Penitenciario Mayor, que siguen ocupándose de los asuntos ordinarios, sometiendo al Colegio de los Cardenales todo lo que debiera ser referido al Sumo Pontífice (CUDG §14).

4. Elección del Papa

Según establece el CDC, el Romano Pontífice obtiene la potestad plena y suprema en la Iglesia mediante la elección legítima aceptada por él juntamente con la consagración episcopal. Puede ocurrir que el elegido para el pontificado supremo ya ostente el carácter episcopal,

[64] Es el Cardenal que se ocupa del gobierno de la Iglesia mientras está vacante la Sede Apostólica.

en cuyo caso obtiene la potestad papal desde el momento mismo de su aceptación. Por el contrario, si el elegido carece del carácter episcopal, ha de ser ordenado Obispo inmediatamente (c. 332 §1).

La elección del Papa está sometida a cuidadosas reglas que resumiré seguidamente.

4.1. ¿Quién puede ser elegido?

La primera cuestión a tener en cuenta es la persona en la cual puede recaer la elección, y es sorprendente la libertad que se otorga para elegir al candidato, cuando se la contrasta con la limitación de los electores y la rigidez del procedimiento para llevarla a cabo. La CUDG establece que en la elección del Pontífice, los cardenales no deben dejarse llevar por simpatías o aversiones, ni influenciar por el favor o relaciones personales con alguien, ni moverse por la intervención de personas importantes o grupos de presión o por la instigación de los medios de comunicación social, la violencia, el temor o la búsqueda de popularidad. Antes bien, los electores, teniendo presente únicamente la gloria de Dios y el bien de la Iglesia, después de haber implorado el auxilio divino, deben dar su voto a quien, incluso fuera del Colegio Cardenalicio, juzguen más idóneo para regir con fruto y beneficio a la Iglesia universal (§ 83), de modo tal que cualquier fiel cristiano podría eventualmente llegar a ser elegido Papa[65].

Al margen de esta amplia libertad, la CUDG impone severas prohibiciones a los electores del Papa, bajo pena de nulidad de la elección. Así, está prohibido:

i. hacer pactos sobre la elección del Papa, prometer votos o tomar decisiones a este respecto en reuniones privadas (§ 79);
ii. recibir, bajo ningún pretexto, de parte de cualquier autoridad civil, el encargo de proponer el veto o la llamada exclusiva, incluso bajo la forma de simple deseo, o bien de manifestarlo a todo el Colegio de los electores (§ 80);
iii. toda forma de pactos, acuerdos, promesas u otros compromisos de cualquier género, que los puedan obligar a dar o negar el voto a uno o a algunos (§ 81);
iv. hacer capitulaciones antes de la elección, o sea, tomar compromisos de común acuerdo, obligándose a llevarlos a cabo en el caso de que uno de los electores sea elevado al Pontificado (§ 82).

[65] ARRIETA, Juan Ignacio, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano, Giuffré Editore, 1997, pág. 239. En adelante: ARRIETA, *Diritto*.

4.2. Electores

De acuerdo con la CUDG, el derecho de elegir al Sumo Pontífice corresponde únicamente a los Cardenales de la Iglesia[66], con excepción de aquellos que, antes del día de la muerte de aquél o del día en el cual la Sede Apostólica quede vacante, hayan cumplido 80 años de edad. El número máximo de Cardenales electores no debe superar los ciento veinte. Está absolutamente excluido el derecho de elección activa por parte de cualquier otra dignidad eclesiástica o la intervención del poder civil de cualquier orden o grado (CUDG §33). Ningún Cardenal elector podrá ser excluido de la elección, activa o pasiva, por ningún motivo o pretexto (CUDG §35). Si la Sede Apostólica quedara vacante durante la celebración de un Concilio Ecuménico o de un Sínodo de los Obispos, que tengan lugar en Roma o en otra ciudad del mundo, la elección del nuevo Pontífice debe ser hecha única y exclusivamente por los Cardenales electores, y no por el mismo Concilio o Sínodo de los Obispos (CUDG §34).

4.3. El cónclave

El cónclave para la elección del Sumo Pontífice debe reunirse no más tarde de veinte días de producida la vacante de la Sede Apostólica. (CUDG §37). Todos los Cardenales electores, convocados por el Decano, o por otro Cardenal en su nombre, para la elección del nuevo Pontífice, están obligados, en virtud de santa obediencia, a dar cumplimiento al anuncio de convocatoria y a acudir al lugar designado al respecto, a no ser que estén imposibilitados por enfermedad u otro impedimento grave, que deberá ser reconocido por el Colegio de los Cardenales (CUDG §38). La vida de los cardenales durante el proceso de elección debe desarrollarse dentro del territorio de la Ciudad del Vaticano, en lugares y edificios determinados[67], cerrados a los extraños, de modo que se garantice una conveniente acomodación y permanencia de los Cardenales electores (CUDG §41).

Desde el momento en que se dispone el comienzo del proceso de la elección hasta el anuncio público de que se ha realizado la elección del Sumo Pontífice los locales donde ésta se realiza y, de modo especial, la Capilla Sixtina y las zonas destinadas a las celebraciones litúrgicas, deben estar cerrados a las personas no autorizadas, bajo la autoridad del Cardenal Camarlengo y con la colaboración externa del

[66] Desde 1059, los Cardenales han sido los únicos electores del Papa.
[67] La CUDG designa a este fin a la llamada *Domus Sanctae Marthae*.

Sustituto de la Secretaría de Estado (CUDG §43). Asimismo, desde el comienzo del proceso de la elección hasta que ésta tenga lugar y sea anunciada públicamente, los Cardenales electores deben abstenerse de mantener correspondencia epistolar, telefónica o por otros medios de comunicación con personas ajenas al ámbito de la elección, si no es por comprobada y urgente necesidad 44[68].

Todo el proceso de la elección del Sumo Pontífice debe tener lugar exclusivamente en la Capilla Sixtina del Palacio Apostólico Vaticano, que es el lugar absolutamente reservado hasta el final de la elección, de tal modo que se asegure el total secreto de lo que allí se haga o diga de cualquier modo relativo, directa o indirectamente, a la elección del Sumo Pontífice. Por tanto, el Colegio Cardenalicio, que actúa bajo la autoridad y la responsabilidad del Camarlengo, cuidará de que, dentro de dicha Capilla y de los locales adyacentes, todo esté previamente dispuesto, incluso con la ayuda desde el exterior del Sustituto de la Secretaría de Estado, de modo que se preserve la normal elección y el carácter reservado de la misma. De modo especial se deben hacer precisos y severos controles, para que en dichos locales no sean instalados dolosamente medios audiovisuales de grabación y transmisión al exterior (CUDG §51).

Llegados los Cardenales electores a la Capilla Sixtina, juran observar todas las prescripciones de la Constitución Apostólica *Universi Dominici Gregis*[69]. Después de que haya prestado juramento el úl-

[68] Para satisfacer las necesidades personales y de oficina relacionadas con el desarrollo de la elección, deberán estar disponibles y, por tanto, alojados convenientemente el Secretario del Colegio Cardenalicio, que actúa de Secretario de la asamblea electiva; el Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias con dos Ceremonieros y dos religiosos adscritos a la Sacristía Pontificia; un eclesiástico elegido por el Cardenal Decano, o por el Cardenal que haga sus veces, para que lo asista en su cargo. Además, deberán estar disponibles algunos religiosos de varias lenguas para las confesiones, y también dos médicos para eventuales emergencias. Se deberá también proveer oportunamente para que un número suficiente de personas, adscritas a los servicios de comedor y de limpieza, estén disponibles para ello. Todas las personas mencionadas deberán recibir la aprobación previa del Cardenal Camarlengo y de los tres Asistentes (UDG §46). 47. Todas estas personas están obligadas a estricto secreto, sobre los actos propios de la elección y, en especial, de lo referente a los escrutinios realizados en la elección misma, con cualquier persona ajena al Colegio de los Cardenales electores; por ello, antes del comienzo del proceso de la elección, deben prestar el respectivo juramento.

[69] La fórmula del juramento es la siguiente: "Todos y cada uno de nosotros Cardenales electores presentes en esta elección del Sumo Pontífice prometemos, nos obligamos y juramos observar fiel y escrupulosamente todas las prescripciones contenidas en la Constitución Apostólica del Sumo Pontífice Juan Pablo II, *Universi Dominici Gregis*, emanada el 22 de febrero de 1996. Igualmente, prometemos, nos

timo de los Cardenales electores, el Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias pronuncia el *extra omnes* y todos los ajenos al Cónclave deben salir de la Capilla Sixtina. En ella quedan únicamente el Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias y el eclesiástico, ya designado para tener la segunda de las meditaciones a los Cardenales electores. Luego de ello, el eclesiástico sale de la Capilla Sixtina junto con el Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias. Los Cardenales electores, después de haber recitado las oraciones según el relativo Ordo, escuchan al Cardenal Decano (o a quien haga sus veces), el cual somete al Colegio de los electores ante todo la cuestión de si se puede ya iniciar el proceso de la elección. Si nada lo impide, se procede a llevar adelante la elección.

Abolidos los modos de elección llamados *per acclamationem seu inspirationem* y *per compromissum*, el Romano Pontífice es elegido únicamente *per scrutinium*. Se requieren a tal fin los dos tercios de los votos, calculados sobre la totalidad de los electores presentes. En el caso en que el número de Cardenales presentes no pueda dividirse en tres partes iguales, se requiere un voto más (CUDG §62).

El procedimiento del escrutinio se desarrolla en tres fases, la primera de las cuales, que se puede llamar pre-escrutinio, comprende: (a) la preparación y distribución de las papeletas por parte de los Ceremonieros, quienes entregan por lo menos dos o tres a cada Cardenal elector; (b) la extracción por sorteo, entre todos los Cardenales electores, de tres Escrutadores, de tres encargados de recoger los votos de los enfermos, llamados Infirmarii, y de tres Revisores; este sorteo es realizado públicamente por el último Cardenal Diácono[70], el

---

obligamos y juramos que quienquiera de nosotros que, por disposición divina, sea elegido Romano Pontífice, se comprometerá a desempeñar fielmente el *munus petrinum* de Pastor de la Iglesia universal y no dejará de afirmar y defender denodadamente los derechos espirituales y temporales, así como la libertad de la Santa Sede. Sobre todo, prometemos y juramos observar con la máxima fidelidad y con todos, tanto clérigos como laicos, el secreto sobre todo lo relacionado de algún modo con la elección del Romano Pontífice y sobre lo que ocurre en el lugar de la elección concerniente directa o indirectamente al escrutinio; no violar de ningún modo este secreto tanto durante como después de la elección del nuevo Pontífice, a menos que sea dada autorización explícita por el mismo Pontífice; no apoyar o favorecer ninguna interferencia, oposición o cualquier otra forma de intervención con la cual autoridades seculares de cualquier orden o grado, o cualquier grupo de personas o individuos quisieran inmiscuirse en la elección del Romano Pontífice". A continuación, cada Cardenal elector, según el orden de precedencia, presta juramento con la fórmula siguiente: "Y yo, N. Cardenal N. prometo, me obligo y juro", y poniendo la mano sobre los Evangelios, añade: "Así Dios me ayude y estos Santos Evangelios que toco con mi mano".

[70] Véase *infra* V.d, los tres órdenes en que se divide el Colegio Cardenalicio.

cual extrae seguidamente los nueve nombres de quienes deberán desarrollar tales funciones; (c) si en la extracción de los Escrutadores, de los Infirmarii y de los Revisores, salieran los nombres de Cardenales electores que, por enfermedad u otro motivo, están impedidos de llevar a cabo estas funciones, en su lugar se extraerán los nombres de otròs no impedidos. Los tres primeros actuarán de Escrutadores, los tres segundos de Infirmarii y los otros tres de Revisores (CUDG §64)[71].

La segunda fase, llamada escrutinio verdadero y propio, comprende: (a) la introducción de las papeletas en la urna apropiada; (b) la mezcla y el recuento de las mismas; (c) el escrutinio de los votos. Cada Cardenal elector, por orden de precedencia, después de haber escrito y doblado la papeleta, teniéndola levantada de modo que sea visible, la lleva al altar, donde están los Escrutadores y sobre el cual está colocada una urna cubierta por un plato para recoger las papeletas. Llegado allí, el Cardenal elector pronuncia en voz alta la siguiente fórmula de juramento: "Pongo por testigo a Cristo Señor, el cual me juzgará, de que doy mi voto a quien, en presencia de Dios, creo que debe ser elegido. A continuación deposita la papeleta en el plato y con éste la introduce en la urna. Hecho esto, se inclina ante el altar y vuelve a su sitio" (CUDG §66).

Una vez que todos los Cardenales electores han introducido su papeleta en la urna, el primer Escrutador la mueve varias veces para mezclar las papeletas e, inmediatamente después, el último Escrutador procede a contarlas, extrayéndolas de manera visible una a una de la urna y colocándolas en otro recipiente vacío, ya preparado para ello. Si el número de las papeletas no corresponde al número de los electores, hay que quemarlas todas y proceder inmediatamente a una

[71] En esta fase de escrutinio hay que tener en cuenta las siguientes disposiciones: 1) la papeleta ha de tener forma rectangular y llevar escritas en la mitad superior, a ser posible impresas, las palabras: *Eligo in Summum Pontificem*, mientras que en la mitad inferior debe dejarse espacio para escribir el nombre del elegido; por tanto, la papeleta está hecha de modo que pueda ser doblada por la mitad; 2) la compilación de las papeletas debe hacerse de modo secreto por cada Cardenal elector, el cual escribirá claramente, con caligrafía lo más irreconocible posible, el nombre del que elige, evitando escribir más nombres, ya que en ese caso el voto sería nulo, doblando dos veces la papeleta; 3) durante las votaciones, los Cardenales electores deben permanecer en la Capilla Sixtina solos y por eso, inmediatamente después de la distribución de las papeletas y antes de que los electores empiecen a escribir, el Secretario del Colegio de los Cardenales, el Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias y los Ceremonieros deben salir de allí; después de su salida, el último Cardenal Diácono cerrará la puerta, abriéndola y cerrándola todas las veces que sea necesario, como por ejemplo cuando los Infirmarii salgan para recoger los votos de los enfermos y vuelven a la Capilla (CUDG §65).

segunda votación; si, por el contrario, corresponde al número de electores, se continúa el recuento (CUDG §68).

Los Escrutadores se sientan en una mesa colocada delante del altar; el primero de ellos toma una papeleta, la abre, observa el nombre del elegido y la pasa al segundo Escrutador quien, comprobado a su vez el nombre del elegido, la pasa al tercero, el cual la lee en voz alta e inteligible, de manera que todos los electores presentes puedan anotar el voto en una hoja. El mismo Escrutador anota el nombre leído en la papeleta. Si durante el recuento de los votos los Escrutadores encontrasen dos papeletas dobladas de modo que parezcan rellenadas por un solo elector, si éstas llevan el mismo nombre, se cuentan como un solo voto; si, por el contrario, llevan dos nombres diferentes, no será válido ninguno de los dos; sin embargo, la votación no será anulada en ninguno de los dos casos. Concluido el escrutinio de las papeletas, los Escrutadores suman los votos obtenidos por los varios nombres y los anotan en una hoja aparte. El último de los Escrutadores, a medida que lee las papeletas, las perfora con una aguja en el punto en que se encuentra la palabra Eligo y las inserta en un hilo, para que puedan ser conservadas con más seguridad. Al terminar la lectura de los nombres, se atan los extremos del hilo con un nudo y las papeletas así unidas se ponen en un recipiente o al lado de la mesa (CUDG §69).

La tercera y última fase, llamada también post-escrutinio, comprende: (a) el recuento de los votos, (b) su control y (c) la quema de las papeletas. Los Escrutadores hacen la suma de todos los votos que cada uno ha obtenido, y si ninguno ha alcanzado los dos tercios de los votos en aquella votación, el Papa no ha sido elegido; en cambio, si resulta que alguno ha obtenido los dos tercios, se tiene por canónicamente válida la elección del Romano Pontífice. En ambos casos, es decir, haya tenido lugar o no la elección, los Revisores deben proceder al control tanto de las papeletas como de las anotaciones hechas por los Escrutadores, para comprobar que éstos han realizado con exactitud y fidelidad su función. Inmediatamente después de la revisión, antes de que los Cardenales electores abandonen la Capilla Sixtina, todas las papeletas son quemadas por los Escrutadores, ayudados por el Secretario del Colegio y los Ceremonieros, llamados entre tanto por el último Cardenal Diácono. En el caso de que se debiera proceder inmediatamente a una segunda votación, las papeletas de la primera votación se quemarán sólo al final, junto con las de la segunda votación (CUDG §70).

Al finalizar la elección, el Cardenal Camarlengo redacta un escrito que debe ser aprobado también por los tres Cardenales Asistentes, en el cual declara el resultado de las votaciones de cada sesión. Este escrito será entregado al Papa y después se conserva en el archivo correspondiente, cerrado en un sobre sellado, que no podrá ser abierto por nadie, a no ser que el Sumo Pontífice lo permitiera explícitamente (CUDG §71).

En el caso de que los Cardenales electores no logren ponerse de acuerdo sobre la persona a elegir, después de tres días de escrutinios, éstos se suspenden por un día, para una pausa de oración, de libre coloquio entre los votantes y de una breve exhortación espiritual hecha por el primer Cardenal del Orden de los Diáconos. A continuación, se reanudan las votaciones según la misma forma y después de siete escrutinios, si no ha tenido lugar la elección, se hace otra pausa de oración, de coloquio y de exhortación, por el primer Cardenal del Orden de los Presbíteros. Se procede luego a otra eventual serie de siete escrutinios, seguida, si todavía no se ha llegado a un resultado positivo, de una nueva pausa de oración, de coloquio y de exhortación, hecha por el primer Cardenal del Orden de los Obispos. Después, según la misma forma, siguen las votaciones, las cuales, si no tiene lugar la elección, serán siete. Si las votaciones aún no tuvieran resultado positivo, los Cardenales electores son invitados por el Camarlengo a expresar su parecer sobre el modo de actuar, y se procederá según lo que la mayoría absoluta de ellos establezca. Sin embargo, no se podrá prescindir de la exigencia de que se tenga una elección válida, sea con la mayoría absoluta de los votos, sea votando sobre dos nombres que en el escrutinio inmediatamente precedente hayan obtenido el mayor número de votos, exigiéndose también en esta segunda hipótesis únicamente la mayoría absoluta. (CUDG, §§ 74 y 75).

Si la elección no se realiza de la manera indicada, es nula e inválida, sin que se requiera ninguna declaración al respecto y, por lo tanto, no da ningún derecho a la persona elegida (CUDG §76).

Realizada la elección, el último de los Cardenales Diáconos llama al aula de la elección al Secretario del Colegio de los Cardenales y al Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias; después, el Cardenal Decano, o el primero de los Cardenales por orden y antigüedad, en nombre de todo el Colegio de los electores, pide el consentimiento del elegido con las siguientes palabras: ¿Aceptas tu elección canónica para Sumo Pontífice? Y, una vez recibido el consentimiento, le pregunta: ¿Cómo quieres ser llamado? Entonces el Maestro de las

Celebraciones Litúrgicas Pontificias, actuando como notario y teniendo como testigos a dos Ceremonieros que serán llamados en aquel momento, levanta acta de la aceptación del nuevo Pontífice y del nombre que ha tomado (CUDG §87).

Después de la aceptación, el elegido que ya haya recibido la ordenación episcopal, es inmediatamente Obispo de la Iglesia romana, verdadero Papa y Cabeza del Colegio Episcopal; el mismo adquiere de hecho la plena y suprema potestad sobre la Iglesia universal y puede ejercerla. En cambio, si el elegido no tiene el carácter episcopal, será ordenado Obispo inmediatamente (CUDG §88).

Por último, y cumplidas las otras formalidades previstas en el *Ordo Rituum Conclavis*, los Cardenales electores se acercan para expresar un gesto de respeto y obediencia al nuevo Sumo Pontífice. A continuación se dan gracias a Dios y el primero de los Cardenales Diáconos anuncia públicamente la elección y el nombre del nuevo Pontífice, el cual inmediatamente después imparte la Bendición Apostólica *Urbi et Orbi* desde el balcón de la Basílica Vaticana (CUDG §89)[72].

5. Documentos pontificios

Además de las fuentes del derecho canónico examinadas más arriba[73], el Papa se expide –principalmente– a través de cinco tipos de documentos[74]: (a) encíclicas; (b) exhortaciones apostólicas; (c) constituciones apostólicas; (d) cartas apostólicas y (e) cartas apostólicas *motu proprio datae*.

a. Las encíclicas

Se dividen, a su vez, en cartas y epístolas. Las primeras son los documentos más solemnes del Magisterio ordinario universal. Están dirigidas a todos los obispos y fieles de la Iglesia Católica. Las segundas en cambio, están dirigidas a un determinado grupo de obispos (*v. gr.* los de un país o región) y se ocupan de temas de menor trascendencia. En ambos casos, se abordan temas doctrinales, o pueden emitirse para conmemorar un aniversario.

Las exhortaciones apostólicas, como su nombre lo indica, son de naturaleza exhortativa, son menos solemnes que las encíclicas y abordan los temas con gran amplitud.

[72] Según establece el CDC, el Cardenal Protodiácono anuncia al pueblo el nombre del nuevo Sumo Pontífice elegido (c 355 §2).

[73] *Supra* Cap. II.

[74] Véase: BRUNORI, Pedro, *La Iglesia Católica*, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 2000, pág. 45 y sigs. En adelante: BRUNORI, *La Iglesia Católica*.

Las constituciones apostólicas constituyen el rango más alto, en el orden legislativo, del derecho eclesiástico. A lo largo del presente artículo se mencionan varias de ellas, tales como la que se refiere a la elección del Papa (Constitución Apostólica *Universi Dominici Gregis*) o a la organización de la Curia Romana (Constitución Apostólica *Pastor Bonus*).

Las cartas apostólicas se publican en ocasiones tales como la proclamación de beatos, la consigna *–in scriptis–* del nombramiento de cardenales, el nombramiento de santos patronos de una nación, o la erección de nunciaturas y delegaciones apostólicas. En ocasiones, revisten la forma solemne de la Bula.

Finalmente, por medio de las cartas apostólicas *motu proprio*, se emiten normas jurídicas por medio de las cuales se dispone la fundación de un instituto, se reorganizan circunscripciones, etcétera.

b. El Colegio Episcopal

El Papa en reunión con los Obispos conforman el Colegio Episcopal. Igual que Cristo constituyó a los doce apóstoles como un colegio, cuya cabeza es San Pedro, así también los Obispos forman un colegio episcopal en el que se entra a formar parte mediante la consagración u ordenación episcopal y que se manifiesta en la comunión entre los Obispos con el Obispo de Roma. Según expresa la CLG "Del mismo modo que por disposición del Señor, S. Pedro y los demás apóstoles forman un solo colegio apostólico, de igual manera se unen entre sí el Romano Pontífice, sucesor de Pedro, y los Obispos, sucesores de los Apóstoles... unidos con vínculos de unidad, de paz y caridad" (§22)[75]. El Colegio o cuerpo episcopal, por su parte, no tiene autoridad si no se considera incluido el Romano Pontífice como cabeza del mismo, quedando siempre a salvo el poder primacial de éste, tanto sobre los pastores como sobre los fieles.

La potestad del Colegio Episcopal sobre toda la Iglesia se ejerce de modo solemne en el Concilio Ecuménico (c. 337 §1), al cual concurren todos los Obispos que sean miembros del Colegio Episcopal, los

[75] Ello está legislado también en el CDC. Así como, por determinación divina, San Pedro y los demás Apóstoles constituyen un Colegio, de igual modo están unidos entre sí el Romano Pontífice, sucesor de Pedro, y los Obispos, sucesores de los Apóstoles (c. 330). El Colegio Episcopal, cuya cabeza es el Sumo Pontífice y del cual son miembros los Obispos en virtud de la consagración sacramental y de la comunión jerárquica con la cabeza y miembros del Colegio, y en el que continuamente persevera el cuerpo apostólico, es también, en unión con su cabeza y nunca sin esa cabeza, sujeto de la potestad suprema y plena sobre toda la Iglesia (c. 336).

cuales tienen el derecho y el deber de asistir al Concilio con voto deliberativo (c. 339 §1)[76]. El Concilio así entendido es un órgano no permanente que se ha reunido sucesiva y regularmente a lo largo de la historia de la Iglesia[77]. La potestad del Colegio Episcopal se ejerce también mediante la acción conjunta de los Obispos dispersos por el mundo, promovida o libremente aceptada como tal por el Romano Pontífice, de modo que se convierta en un acto verdaderamente colegial (c. 337 §2).

No es frecuente el ejercicio de la potestad plena y suprema sobre toda la Iglesia mediante actos estricta o propiamente colegiales; son veintiuna las ocasiones en las que se han celebrado Concilios Ecuménicos a lo largo de la historia de la Iglesia; e igualmente –atendiendo al pasado y con vista también al futuro– tampoco parece que pueda preverse en adelante un ejercicio más habitual de la colegialidad en su sentido propio. En efecto, "aunque el Colegio existe siempre, no por ello actúa de modo permanente con acción estrictamente colegial", como consta por la Tradición de la Iglesia. En otras palabras, no siempre está *in actu pleno*; más aún, sólo en momentos espaciados en el tiempo (*per intervalla*) obra con acto estrictamente colegial[78].

Los decretos del Concilio Ecuménico solamente tienen fuerza obligatoria si, habiendo sido aprobados por el Romano Pontífice juntamente con los Padres conciliares, son confirmados por el Papa y promulgados por mandato suyo (c. 341 §1). Para que tengan fuerza obligatoria, necesitan la misma confirmación y promulgación los decretos dados por el Colegio Episcopal mediante acto propiamente colegial según otro modo promovido o libremente aceptado por el Romano Pontífice (c. 341 §2).

c. El Sínodo de los Obispos

El Sínodo de los Obispos es una institución permanente, creada por el Papa Pablo VI el 15 de septiembre de 1965, en respuesta a los deseos de los Padres del Concilio Vaticano II para mantener vivo el buen espíritu nacido de la experiencia conciliar[79]*. Etimológicamente

[76] Otros que carecen de la dignidad episcopal pueden también ser llamados a participar en el Concilio por la autoridad suprema de la Iglesia, a la que corresponde determinar la función que deben tener en el Concilio (c. 339 §2).

[77] El cuadro del anexo (ver pág. 208), tomado de la obra de Pedro Brunori, muestra los distintos Concilios reunidos y los temas tratados en cada uno.

[78] CDC-EUNSA, nota al c. 337

[79] Ya en la fase preparatoria del Concilio Vaticano II maduró la idea de una estructura, todavía por determinar, que pudiera proporcionar a los obispos los medios para asistir al Papa en el gobierno de la Iglesia universal. El Cardenal Silvio

hablando la palabra "sínodo", derivada de los términos griegos *syn* (que significa "juntos") y *hodos* (que significa "camino"), expresa la idea de "caminar juntos". Así, un sínodo es un encuentro religioso o asamblea en la que unos obispos, reunidos con el Santo Padre, tienen la oportunidad de intercambiarse mutuamente información y compartir experiencias, con el objetivo común de buscar soluciones pasto-

---

Oddi, entonces Arzobispo y Pro-Nuncio Apostólico en la República Árabe Unida (Egipto), hizo una propuesta, el 15 de noviembre de 1959, para establecer un órgano de gobierno central de la Iglesia o, usando sus palabras, "un órgano consultivo". Decía: "Desde muchas partes del mundo llegan quejas de que la Iglesia no tenga, a parte de las Congregaciones, un órgano permanente de consulta. Por tanto debería establecerse una especie de 'Concilio en miniatura' formado por personas de toda la Iglesia, que pueda reunirse periódicamente, al menos una vez al año, para tratar los problemas más importantes y sugerir nuevas posibles direcciones en la marcha de la Iglesia. Este órgano abarcaría toda la Iglesia, al igual que las Conferencias episcopales reúnen toda o parte de la jerarquía de uno o varios países, y al igual que otros órganos, como el CELAM (Consejo Episcopal Latinoamericano), extienden su actividad en beneficio de todo un continente".

El Cardenal Alfrink, Arzobispo de Utrecht, escribió el 22 de diciembre de 1959: "Con términos claros proclame el Concilio que el gobierno de la Iglesia universal es, por derecho propio, ejercido por el colegio de los obispos con el Papa como cabeza. De aquí se deduce que, por una parte, el cuidado de la Iglesia universal es responsabilidad de cada obispo tomado singularmente y también, por otra parte, que todos los obispos participan en el gobierno de la Iglesia universal. Esto puede hacerse no solamente convocando un concilio ecuménico, sino también creando nuevas instituciones. Un consejo permanente de obispos especializados, elegidos de toda la Iglesia, podría encargarse de una función legislativa en unión con el Sumo Pontífice y los cardenales de la Curia Romana. Las Congregaciones romanas mantendrían entonces solamente un poder consultivo y ejecutivo".

Fue, sin embargo, el Papa Pablo VI, siendo todavía Arzobispo de Milán, quien dio fuerza a estas ideas. En el discurso conmemorativo con ocasión de la muerte del Papa Juan XXIII, hacía referencia a una "continua colaboración del episcopado, todavía no efectiva, que permanecería personal y unitiva, pero que tendría la responsabilidad del gobierno de la Iglesia universal". Elegido Papa, volvió al concepto de colaboración en el colegio episcopal –los obispos en unión con el sucesor de S. Pedro– en el discurso a la Curia Romana (21 septiembre 1963), en la apertura de la segunda sesión del Concilio Vaticano II (29 septiembre 1963) y en la clausura de la misma (4 diciembre 1963).

Finalmente, al concluir el discurso inaugural de la última sesión del Concilio (14 septiembre 1965), el mismo Papa Pablo VI hizo pública su intención de instituir el Sínodo de los Obispos con estas palabras: "Tenemos la alegría de anunciaros la institución, tan deseada por este Concilio, de un Sínodo de los obispos, que, compuesto de obispos, nombrados la mayor parte por las Conferencias episcopales con nuestra aprobación, será convocado, según las necesidades de la Iglesia, por el Romano Pontífice, para su consulta y colaboración, cuando, para el bien general de la Iglesia, le parezca a Él oportuno. No es necesario añadir que esta colaboración del episcopado tiene que ser de gran beneficio a la Santa Sede y a toda la Iglesia, de modo particular al cotidiano trabajo de la Curia Romana, a la que estamos tan agradecidos por

rales que tengan validez y aplicación universal. El Sínodo puede ser definido, en términos generales, como una asamblea de obispos que representa al episcopado católico y tiene como tarea ayudar al Papa en el gobierno de la Iglesia universal dándole su consejo[80].

De acuerdo con el CDC, el sínodo de los Obispos es una asamblea de Obispos escogidos de las distintas regiones del mundo, que se reúnen en ocasiones determinadas para fomentar la unión estrecha entre el Romano Pontífice y los Obispos, y ayudar al Papa con sus consejos para la integridad y mejora de la fe y costumbres y la conservación y fortalecimiento de la disciplina eclesiástica, y estudiar las cuestiones que se refieren a la acción de la Iglesia en el mundo (c. 342)[81]. Le corresponde debatir las cuestiones que han de ser tratadas y manifestar su parecer, pero no dirimir esas cuestiones ni dar decretos acerca de ellas, a no ser que en casos determinados le haya sido otorgada potestad deliberativa por el Romano Pontífice, a quien compete en este caso ratificar las decisiones del sínodo (c. 343), el cual está sometido directamente a la autoridad del Romano Pontífice (c. 344).

Puede reunirse: (a) en asamblea general, en la que se tratan cuestiones que miran directamente al bien de la Iglesia universal, pudiendo ser esta asamblea tanto ordinaria[82] como extraordi-

---

su valiosísima ayuda, y de la que, como los obispos en sus diócesis, también Nos tenemos permanentemente necesidad para nuestras solicitudes apostólicas. Las normas y demás información serán dadas a conocer cuanto antes a esta asamblea. Nos, no hemos querido privarnos del honor y de la satisfacción de daros esta sucinta comunicación para testimoniaros una vez más personalmente nuestra confianza, y nuestra unión fraterna. Esta nueva institución, singular y esperanzadora, la ponemos bajo la protección de la Santísima Virgen María".

Al día siguiente (15 septiembre 1965), al inicio de la 128ª Congregación General, el entonces Obispo Pericles Felici, Secretario General del Concilio, promulgó el *"motu proprio" Apostolica Sollicitudo* con el cual venía oficialmente instituido el Sínodo de los Obispos.

[80] El Papa Juan Pablo II ha dicho que el Sínodo es "una expresión particularmente fructuosa y un instrumento de la colegialidad episcopal". *Vid.* Discurso al Consejo de la Secretaría General del Sínodo de los Obispos 30 de abril de 1983, *L'Osservatore Romano*, 1-5-1983.

[81] El Sínodo de los Obispos no supone una modalidad de ejercicio de la colegialidad en el gobierno de la Iglesia, pero sí es un modo de colaboración con el Romano Pontífice en su función primacial, y desde esta perspectiva constituye una forma institucionalizada de la comunión y del sentido colegial –*collegialis affectus*– de los Obispos entre sí y con el Romano Pontífice. El primer reglamento del Sínodo de los Obispos – *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae* – se publicó 8-XII-1966 y fue sustituido por una redacción revisada y ampliada el 24-VI-1969. Conf. CDC-EUNSA, nota al c. 342.

[82] En este caso lo integran miembros que son, en su mayor parte Obispos, unos elegidos para cada asamblea por las Conferencias Episcopales, según el modo determinado por el derecho peculiar del sínodo; otros son designados por el mismo dere-

naria[83], (para tratar cuestiones que exigen una resolución rápida) o (b) en asamblea especial, para problemas que conciernen directamente a una o varias regiones determinadas (c. 345)[84]. El Sínodo, asimismo, tiene una secretaría general permanente, que preside un secretario general, nombrado por el Papa, a quien asiste el consejo de la secretaría, que consta de Obispos, algunos de los cuales son elegidos por el mismo sínodo según la norma de su derecho peculiar y otros son nombrados directamente por el Pontífice, cuya función termina al comenzar una nueva asamblea general (c. 348 §1). Para cualquier tipo de asambleas se nombran además uno o varios secretarios especiales, designados por el Papa, que únicamente permanecen en dicho oficio hasta la conclusión de la asamblea del sínodo (c. 348 §2).

Finalmente le corresponde al Romano Pontífice clausurar la asamblea del sínodo de los Obispos, momento en que cesa la función que en la misma se había confiado a los Obispos y demás miembros (c. 347 §1).

d. El Colegio Cardenalicio

1. Los cardenales. El título de Cardenal fue reconocido por primera vez durante el pontificado de Silvestre I (314-335). El término viene de las palabras latinas *cardinalis* (principal, fundamental) y *cardo* (quicio). La creación de cardenales se lleva a cabo por decreto del Romano Pontífice a quienes elige para ser sus principales colaboradores y asistentes. Al principio, el título de Cardenal se atribuía genéricamente a las personas al servicio de una iglesia o diaconía, reservándolo más tarde a los responsables de las Iglesias titulares de Roma y de las iglesias más importantes de Italia y del extranjero. Desde tiempos del Papa Nicolás II en 1059 y gradualmente hasta 1438 con el Papa Eugenio IV, este título adquirió el prestigio que lo caracteriza hoy.

---

cho; otros, nombrados directamente por el Romano Pontífice; a ellos se añaden algunos miembros de institutos religiosos clericales elegidos conforme a la norma del mismo derecho peculiar (c. 346 §1).

[83] En este caso lo integran miembros que son, en su mayoría, Obispos designados por el derecho peculiar del sínodo en razón del oficio que desempeñan; otros, nombrados directamente por el Romano Pontífice; a ellos se añaden algunos miembros de institutos religiosos clericales, igualmente elegidos a tenor del mismo derecho peculiar (c. 346 §2).

[84] En este caso lo integran miembros seleccionados principalmente de aquellas regiones para las que ha sido convocado, según la norma del derecho peculiar por el que se rige el sínodo (c. 346 §3).

Para ser promovidos a Cardenales, el Romano Pontífice elige libremente entre aquellos varones que hayan recibido al menos el presbiterado y que destaquen notablemente por su doctrina, costumbres, piedad y prudencia en la gestión de asuntos; pero los que aún no son Obispos deben recibir la consagración episcopal (c. 351 §1). Los Cardenales son creados por decreto del Romano Pontífice, que se hace público en presencia del Colegio cardenalicio; a partir del momento de la publicación, tienen los deberes y derechos determinados por la ley (c. 351 §2)[85].

El número de Cardenales varió hasta casi finales del siglo XVI y siguió creciendo al ritmo de los sucesivos desarrollos de los asuntos de la Iglesia. Los Concilios de Constanza (1414-18) y Basilea (1431-37), limitaron el número a 24. Pero en tiempos de Pablo IV (1555-59), el número aumentó a 70 y después a 76 bajo Pío IV (1559-65). Por medio de la Constitución Apostólica *Postquam*, del 3 de diciembre de 1586, el Papa Sixto V fijó el número de cardenales en 70: 6 del orden episcopal, 50 del presbiteral y 14 del diaconal. Esta norma estuvo en vigor durante siglos, y se recogía en el CIC 17, c. 231 § 1; pero el número aumentó en el Consistorio celebrado por Juan XXIII el 28.III.1960, y en la actualidad se ha ampliado considerablemente[86]. Pero este número volvió a aumentar hasta alcanzar 144, tras el Consistorio de marzo de 1973. Pablo VI, en el *motu proprio "Ad purpuratorum patrum"* del 11 de febrero de 1965, extendió el Colegio Cardenalicio para incluir a los Patriarcas orientales[87].

[85] Sin embargo, quien ha sido promovido a la dignidad cardenalicia, anunciando el Romano Pontífice su creación pero reservándose su nombre *in pectore*, no tiene entretanto ninguno de los deberes o derechos de los Cardenales; adquiere esos deberes y esos derechos cuando el Romano Pontífice haga público su nombre, pero, a efectos de precedencia, se atiende al día en el que su nombre fue reservado *in pectore* (c. 351 §3).

[86] CDC-EUNSA, nota al c. 350

[87] Hasta el 8 de febrero del 2001, formaban parte del Sagrado Colegio Cardenalicio 140 miembros; 44 de ellos tienen 80 años de edad y según la Constitución Apostólica *Universi Dominici Gregis*, como ya vimos, no pueden participar del cónclave para la elección de un nuevo Pontífice. Con el anuncio del Papa Juan Pablo II de la creación de siete nuevos cardenales, adicionales a los 37 anunciados hace poco, el Colegio Cardenalicio asciende a la cifra récord de 184 miembros, de los cuales 135 son los electores que podrán participar en un eventual cónclave en la Capilla Sixtina para la elección de un nuevo Papa. El número de cardenales que tiene más de 80 años, y que por lo tanto perdieron su derecho a elegir a un nuevo Pontífice, se elevó a 49. En la actualidad el Sacro Colegio está fuertemente marcado por el pontificado de Juan Pablo II, uno de los más largos de la historia de la Iglesia Católica, que consagró en 23 años de reinado a 201 cardenales, de los cuales 160 viven aún. Sólo queda en el Colegio cardenalicio un cardenal nombrado por Juan XXIII (el austríaco Franz

Los requisitos para ser elegidos son, más o menos, los mismos que estableció el Concilio de Trento en su sesión XXIV del 11 de noviembre de 1563: hombres que han recibido la ordenación sacerdotal y se distinguen por su doctrina, piedad y prudencia en el desempeño de sus deberes. Como consejeros del Papa, los cardenales actúan colegialmente con él a través de los Consistorios[88], que convoca el Romano Pontífice y se desarrollan bajo su presidencia. El nombramiento es vitalicio, pero tiene algunas limitaciones temporales. Los cardenales de más de 80 años no son electores del Papa. Asimismo, a los que están al frente de dicasterios u otros institutos permanentes de la Curia Romana y de la Ciudad del Vaticano se les ruega que, al cumplir setenta y cinco años de edad, presenten la renuncia de su oficio al Romano Pontífice, el cual proveerá, teniendo en cuenta todas las circunstancias (c. 354).

Tienen el deber de cooperar diligentemente con el Romano Pontífice; por tanto, los que desempeñen cualquier oficio en la Curia y no sean Obispos diocesanos, están obligados a residir en la Urbe (Roma). Por su lado los Cardenales a quienes se ha confiado una diócesis en calidad de Obispo diocesano, han de acudir a Roma cuantas veces sean convocados por el Papa (c. 356). En lo que se refiere a su propia persona, los Cardenales que se encuentran fuera de Roma y de la propia diócesis, están exentos de la potestad de régimen del Obispo de la diócesis en la que se hallan (c. 357 §2).

2. Organización del Colegio Cardenalicio. Los Cardenales de la Iglesia Romana constituyen un Colegio peculiar al que compete, en primer lugar, proveer a la elección del Papa. Asimismo, los Cardenales asisten al Romano Pontífice tanto colegialmente, cuando son convocados para tratar juntos cuestiones de más importancia, como personalmente, mediante los distintos oficios que desempeñan, ayudando al Papa sobre todo en su gobierno cotidiano de la Iglesia universal (c. 349).

Koenig, de 95 años) y otros 23 nombrados por Pablo VI, de los cuales sólo 10 tienen menos de 80 años y tienen el derecho de elegir al Papa. Así, un eventual cónclave inmediato estaría integrado por más del 90% de cardenales nombrados por el Papa Juan Pablo II. Con los nuevos cardenales un eventual cónclave estaría integrado por 65 europeos (de los cuales 24 son italianos), 27 latinoamericanos, 13 norteamericanos, 13 africanos, 13 asiáticos y 4 oriundos de Oceanía. En el Colegio Cardenalicio están representados los cinco continentes con 69 países, 61 de los cuales cuentan con cardenales electores.

[88] Véase *infra* V.e.

El Colegio Cardenalicio fue instituido en su forma actual en 1150. Cuenta con un Decano –el Obispo de Ostia, que conserva la Iglesia que tenía antes en título–, y un Camarlengo, que administra los bienes de la Iglesia cuando la Sede de Pedro está vacante. Se divide en tres órdenes: (a) el episcopal, (b) el presbiteral y (c) el diaconal. Al primero pertenecen los Cardenales a quienes el Romano Pontífice asigna como título una Iglesia suburbicaria, así como los Patriarcas orientales adscritos al Colegio cardenalicio[89]. A cada Cardenal del orden presbiteral y diaconal el Romano Pontífice asigna un título o diaconía de la Urbe (c. 350 §§ 1 y 2).

Son miembros del orden episcopal los seis Cardenales que tienen como título una de las diócesis suburbicarias o próximas a Roma, esto es, Ostia, Albano, Frascati, Palestrina, Porto y Santa Rufina, Sabina y Poggio Mirteto, y Velletri[90]. Los Cardenales del orden episcopal son nombrados directamente por el Romano Pontífice, sin pedir el paso del orden presbiteral al episcopal, atendiendo a la antigüedad. También pertenecen siempre al orden episcopal los Patriarcas de la Iglesias orientales que son promovidos al cardenalato. Éstos, sin embargo, conservan como título su propia sede patriarcal, sin acumularlo con el de una diócesis suburbicaria. Los Obispos diocesanos que son nombrados Cardenales forman parte del orden presbiteral, que consta también de otros miembros. Finalmente, al orden diaconal pertenecen Cardenales que no son Obispos diocesanos. Se admite la opción, o petición en el Consistorio, para el paso de un título presbiteral a otro, o de una diaconía a otra, así como también para el paso del orden diaconal al presbiteral, transcurridos diez años en el cardenalato[91]. En este caso, quien llega al orden presbiteral desde el diaconal precede a quienes haya sido nombrados Cardenales después que él[92], de modo que ese derecho de precedencia se adquiere también en el caso de que el tránsito al orden presbiteral tenga lugar antes de transcurrir diez años en el diaconal[93].

[89] Los Patriarcas orientales que forman parte del Colegio de los Cardenales tienen como título su sede patriarcal (c. 350 §3).

[90] Las diócesis son siete, pero el Decano del Colegio Cardenalicio adquiere en título la de Ostia, conservando a la vez la que tenía anteriormente.

[91] Respetando la prioridad de orden y de promoción, mediante opción hecha en Consistorio y aprobada por el Sumo Pontífice, los Cardenales del orden presbiteral pueden acceder a otro título y los del orden diaconal a otra diaconía, y, después de un decenio completo en el orden diaconal, pueden también acceder al orden presbiteral (c. 350 § 5).

[92] El Cardenal del orden diaconal que accede por opción al orden presbiteral, precede a los demás Cardenales presbíteros elevados al Cardenalato después de él (c. 350 § 6).

[93] CDC-EUNSA, nota al c. 350.

El Decano preside el Colegio cardenalicio y, cuando está impedido, hace sus veces el Subdecano; sin embargo, ninguno de ellos tiene potestad de régimen sobre los demás Cardenales, sino que se les considera como primero entre sus iguales (c. 352 §1). Corresponde al Cardenal Decano ordenar de Obispo a quien ha sido elegido Romano Pontífice, si el elegido careciera de esa ordenación; en caso de estar impedido el Decano, compete este derecho al Subdecano, e impedido éste, al Cardenal más antiguo del orden episcopal (c. 355 §1). Al quedar vacante el decanato, los Cardenales que tienen en título una Iglesia suburbicaria, y sólo ellos, bajo la presidencia del Subdecano (si está presente, o del más antiguo de ellos), deben elegir al Decano del Colegio. Luego presentarán su nombre al Romano Pontífice, a quien compete aprobar al elegido (c. 352 §2). De la misma manera, bajo la presidencia del Decano, se elige el Subdecano y también compete al Romano Pontífice aprobar dicha elección (c. 352 §3).

e. El Consistorio

Los Cardenales ayudan colegialmente al Papa, sobre todo en los Consistorios, en los que se reúnen por su mandato y bajo su presidencia. Hay Consistorios ordinarios y extraordinarios (c. 353 §1). Los Consistorios pueden ser ordinarios o extraordinarios. En el Consistorio ordinario se reúnen los cardenales presentes en Roma, otros obispos, sacerdotes e invitados especiales. El Papa convoca estos Consistorios para hacer alguna consulta sobre cuestiones importantes o para dar solemnidad especial a algunas celebraciones (c. 352 §2)[94]. Al Consistorio extraordinario son llamados todos los cardenales y se celebra cuando lo requieren algunas necesidades especiales de la Iglesia o asuntos de mayor gravedad (c. 352 §3).

f. Los Legados Pontificios

Constituyen el equivalente de los embajadores de los gobiernos de los restantes Estados. Según establece el CDC, el Romano Pontífice tiene derecho nativo e independiente de nombrar a sus propios Legados y tiene asimismo el derecho de transferirlos y hacerles cesar en su cargo, observando las normas del derecho internacional en lo relativo al envío de los Legados ante los Estados (c. 362). Los Legados representan al Sumo Pontífice de modo estable ante las Iglesias particulares y también ante los Estados y Autoridades públicas a donde

[94] Sólo el Consistorio ordinario en el que se celebran ciertas solemnidades puede ser público, es decir, cuando además de los Cardenales son admitidos Prelados, representantes diplomáticos de las sociedades civiles y otros invitados al acto (c. 352 § 4).

son enviados (c. 363 § 1). Representan también a la Sede Apostólica aquellos que son enviados en Misión pontificia como Delegados u Observadores ante los Organismos internacionales o ante las Conferencias y Reuniones (c. 363 §2).

Aquellos que desempeñan su legación solamente ante las Iglesias locales se llaman Delegados Apostólicos; pero, si a esta legación, de índole religiosa y eclesial se une también el oficio de fomentar las relaciones públicas con los Estados y gobiernos civiles, entonces los Legados se llaman propiamente Nuncios, o Pronuncios, o Internuncios, según que pertenezcan a la categoría de "públicos Legados" con derecho a ejercer el cargo de Decano del Cuerpo Diplomático, o carezcan de este derecho, o pertenezcan a la clase de "Legados extraordinarios o Ministros con mandato especial[95]. El oficio principal y propio del Legado Pontificio consiste en procurar que los vínculos existentes entre la Sede Apostólica y las Iglesias locales se fortalezcan más cada día y adquieran mayor eficacia[96]. El Legado Pontificio es además el intérprete de la solicitud del Romano Pontífice por el bien de la Nación en la que desempeña su legación, y debe interesarse por los problemas concernientes a la paz, al progreso y a la cooperación de los pueblos, con el fin de promover el bien espiritual, moral, y económico de toda la familia humana[97].

La función principal del Legado pontificio consiste en procurar que sean cada vez más firmes y eficaces los vínculos de unidad que existen entre la Sede Apostólica y las Iglesias particulares. Corresponde por tanto al Legado pontificio, dentro de su circunscripción (c. 364):

i. informar a la Sede Apostólica acerca de las condiciones en que se encuentran las Iglesias particulares y de todo aquello que afecte a la misma vida de la Iglesia y al bien de las almas;
ii. prestar ayuda y consejo a los Obispos, sin menoscabo del ejercicio de la potestad legítima de éstos;
iii. mantener frecuentes relaciones con la Conferencia Episcopal, prestándole todo tipo de colaboración;
iv. en lo que atañe al nombramiento de Obispos, transmitir o proponer a la Sede Apostólica los nombres de los candidatos, así como instruir el proceso informativo de los que han de ser promovidos, según las normas dadas por la Sede Apostólica;

[95] Cfr. *Motu Proprio Sollicitudo Omnium Ecclesiarum*, de Pablo VI, 24 de junio de 1969, Cap. I.2
[96] Idem. IV.1.
[97] Idem. IV.4.

v. esforzarse para que se promuevan iniciativas en favor de la paz, del progreso y de la cooperación entre los pueblos;
vi. colaborar con los Obispos a fin de que se fomenten las oportunas relaciones entre la Iglesia católica y otras Iglesias o comunidades eclesiales, e incluso religiones no cristianas;
vii. defender juntamente con los Obispos ante las autoridades estatales, todo lo que pertenece a la misión de la Iglesia y de la Sede Apostólica;
viii. ejercer además las facultades y cumplir los otros mandatos que le confíe la Sede Apostólica.

Al Legado pontificio, que ejerce a la vez su legación ante los Estados según las normas de derecho internacional, le compete (c. 365 §1):

i. promover y fomentar las relaciones entre la Sede Apostólica y las Autoridades del Estado;
ii. tratar aquellas cuestiones que se refieren a las relaciones entre la Iglesia y el Estado; y, de modo particular, trabajar en la negociación de concordatos y otras convenciones de este tipo, y cuidar de que se lleven a la práctica.

Al tramitar estos asuntos el Legado pontificio debe pedir parecer y consejo a los Obispos de la circunscripción eclesiástica y debe informarles sobre la marcha de las gestiones.

La sede de la Legación pontificia está exenta de la potestad de régimen del Ordinario del lugar, a no ser que se trate de la celebración de matrimonios; y el Legado pontificio, comunicándolo previamente a los Ordinarios de los lugares en la medida en que sea posible, puede celebrar en todas las iglesias de su legación ceremonias litúrgicas, incluso pontificales (c. 366).

El cargo de Legado pontificio no cesa al quedar vacante la Sede Apostólica, a no ser que se determine otra cosa en las letras pontificias; cesa al cumplirse el tiempo del mandato, por revocación comunicada al interesado y por renuncia aceptada por el Romano Pontífice (c. 367).

VI. La Curia Romana

a. Noción

La Curia Romana es el conjunto de órganos[98] (dicasterios y organismos) mediante los cuales el Papa "suele tramitar los asuntos de la

[98] Empleo aquí esta palabra en los términos en los que la entiende en el derecho administrativo, es decir, como un concepto que reúne la existencia de una compe-

Iglesia universal, y que realizan su función en nombre y por autoridad del mismo" (c. 360). Su organización y funcionamiento está regulado con cuidadoso detalle en la Constitución Apostólica *Pastor Bonus* (CPB) que la define como " ...el conjunto de dicasterios[99] y organismos, que ayudan al Romano Pontífice en el ejercicio de su suprema misión pastoral, para el bien y servicio de la Iglesia universal y de las Iglesias particulares, con lo que se refuerzan la unidad de la fe y la comunión del Pueblo de Dios y se promueve la misión propia de la Iglesia en el mundo" (Artículo 1)[100].

La organización jurídica de la Curia Romana tal como se la conoce en la actualidad, es el resultado de una evolución que comienza con la Constitución Apostólica Immensa Aeternis[101] del Papa Sixto V (1585-1590), por medio de la cual fueron reagrupados, en forma estable y bajo un diseño unitario, un grupo de congregaciones ya existentes que colaboraban con el Sumo Pontífice en el gobierno de la Iglesia universal. Varios siglos después, en 1908, bajo el Papa San Pío X se produjo una nueva reforma[102] y el Papa Pablo VI luego del Concilio Vaticano II produjo una nueva reforma[103], que estuvo vigente hasta la sanción de la Constitución *Pastor Bonus* en 1988[104].

---

tencia legalmente asignada (órgano) individuo y una persona física (órgano persona). La teoría del órgano fue desarrollada en el siglo XIX por Otto von Gierke en su monumental obra Das *Deutsche Genossenschaftrecht*; fue exhaustivamente analizada por el profesor uruguayo Aparicio Mendez en un trabajo clásico (MENDEZ, Aparicio, *La Teoría del órgano* (edición definitiva), Prólogo de Fernando Garrido Falla, Montevideo, Ed. Amalio M. Fernandez, 1971) y ha sido receptada por nuestros iuspublicistas entre los que cabe mencionar –sin agotar la nómina– a Villegas Basavilbaso (VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, T.E.A., 1950, t. II, p. 527), Marienhoff (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, § 170, pág. 519, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pág. 519), Diez (DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, t. I, pág. 68), Cassagne (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I., 7ª ed. Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002, pág. 250) y Gordillo (GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. P. XII-2, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de derecho Administrativo, 1998).

[99] Del griego, tribunal.

[100] Tal como ya dije al referirme a la vacancia de la Sede Apostólica (*supra* V.a.3.), en el CDC, bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede, se comprende no sólo al Romano Pontífice, sino también a los órganos o dicasterios de la Curia Romana, es decir: la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia, y otras Instituciones de aquélla (c. 361).

[101] Del 22 de enero de 1588.

[102] Constitución Aposólica *Sapienti Consilio*, del 29 de enero de 1908.

[103] Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*, del 15 de agosto de 1967.

[104] Puede ampliarse esta información en: ARRIETA, *Diritto*, pág. 299 y sigs.

b. Estructura general

La Curia Romana está dividida en: (i) dicasterios y (ii) organismos. Con el nombre de dicasterios se entienden: (a) La Secretaria de Estado, (b) las Congregaciones, (c) los Tribunales, (d) los Consejos y (e) las Oficinas (CPB, 2 §1)[105]. Entre los organismos están: (a) la Prefectura de la Casa Pontificia y (b) la Oficina de las Celebraciones Litúrgicas del Sumo Pontífice (CPB, 2 §3).

Las congregaciones son nueve: (a) de la Doctrina de la Fe; (b) para las Iglesias Orientales; (c) del Culto Divino y de la Disciplina de los Sacramentos; (d) de las Causas de los Santos; (e) para los Obispos; (f) para la Evangelización de los Pueblos; (g) para los Clérigos; (h) para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica; y (i) de los Seminarios e Instituciones de Estudios

Los tribunales son: (a) la Penitenciaría Apostólica; (b) el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica y (c) el Tribunal de la Rota Romana.

Los Consejos Pontificios son doce: (a) para los Laicos; (b) para el Fomento de la Unidad de los Cristianos; (c) para la Familia; (d) de Justicia y Paz; (e) Cor Unum; (f) para la Atención Espiritual a los Emigrantes e Itinerantes; (g) del Apostolado para los Agentes de la Salud; (h) de la Interpretación de los Textos Legislativos; (i) para el Diálogo entre las Religiones; (j) para el Diálogo con los No Creyentes; (k) de la Cultura; y (l) de las Comunicaciones Sociales.

Finalmente, hay tres Oficinas: (a) la Cámara Apostólica; (b) la Administración del Patrimonio de la Sede Apostólica y (c) la Prefectura de los Asuntos Económicos de la Santa Sede.

La actividad de todos los que trabajan en la Curia Romana –y en los demás organismos de la Santa Sede– es un verdadero servicio eclesial marcado por la índole pastoral en cuanto participación en la misión universal del Romano Pontífice (CPB, 33). Cada uno de los dicasterios tiene sus propias finalidades, pero tienden a lo mismo; por ello todos los que trabajan en la Curia Romana deben procurar que su tarea lleve coordinadamente a la mismo y deben estar siempre dispuestos a prestar su trabajo dondequiera que sea necesario (CPB, 34)[106].

[105] De acuerdo con el CDC, la Curia Romana consta de la Secretaría de Estado o Papal, del Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia, de las Congregaciones, Tribunales, y de otras Instituciones, cuya constitución y competencia se determinan por ley peculiar (c. 360).

[106] De la prestación del trabajo en la Curia Romana y de las cuestiones relacionadas con ello, se ocupa la Oficina Central del Trabajo (CPB, 36).

c. Normas generales

Como ya dije, todo lo referente a la Curia Romana está legislado en la Constitución Apostólica Pastor Bonus.

A esta Constitución Apostólica, le sigue el Reglamento o normas comunes, con las que se establece la disciplina y el modo de tratar las cuestiones en la misma Curia (CPB, 37). En los párrafos subsiguientes sólo me ocuparé de la primera, pues considero que en función de los limitados fines de este trabajo, es un texto detallado y suficiente para explicar el funcionamiento de la Curia Romana.

1. Estructura de los dicasterios

Los dicasterios son órganos autónomos a los cuales se les demanda la gestión de materias específicas correspondientes a la función pastoral del Sumo Pontífice[107]. Jurídicamente son iguales entre sí (CPB, 2 §2), y a no ser que por su particular naturaleza o por una ley especial tengan otra estructura, están formados por: (a) el cardenal Prefecto o un arzobispo Presidente, y (b) por una asamblea de padres cardenales y de algunos obispos, con la ayuda del secretario[108]. En ellos además, hay consultores y trabajan oficiales mayores, así como un adecuado número de otros oficiales (CPB, 3 §1).

El Prefecto o Presidente rige, dirige y representa al dicasterio y el secretario, con la colaboración del subsecretario, ayuda al Prefecto o al Presidente dirigiendo a las personas y administrando los asuntos del dicasterio (CPB, 4). Los secretarios se ocupan del régimen ordinario de los dicasterios, tratando sólo los asuntos ordinarios (CPB, 6).

Todos los integrantes de los dicasterios son nombrados por el Sumo Pontífice para un quinquenio (CPB, 5 §1), no obstante, se ruega a los cardenales dirigentes que, al cumplir los setenta y cinco años de edad, presenten su renuncia al Romano Pontífice, quien decidirá si mantiene o no al cardenal en el dicasterio. Los otros dirigentes y los secretarios, al cumplir los setenta y cinco años de edad, cesan en su cargo. Los miembros cesan al cumplir los ochenta años, pero los que pertenecen a un dicasterio por razón del cargo, al cesar en él, dejan también de ser miembros de dicho dicasterio (CPB, 5 §2). Asimismo, al morir el Sumo Pontífice, todos los dirigentes y miembros de los dicas-

[107] ARRIETA, *Diritto*, pág. 304.

[108] De acuerdo con la naturaleza peculiar de algunos dicasterios, a la asamblea de los mismos pueden ser adscritos clérigos y otros fieles cristianos (CPB art. 3 §2), pero los miembros propiamente dichos de las Congregaciones son los cardenales y los obispos (CPB, art. §3).

terios cesan en el cargo. Se exceptúan el Camarlengo y el Penitenciario Mayor, que atienden los asuntos ordinarios, proponiendo al Colegio de los cardenales los que habrán de referir al Sumo Pontífice (CPB, 6).

Los miembros de la asamblea se escogen entre los cardenales residentes en Roma o fuera de ella, a los que se añaden algunos obispos, sobre todo diocesanos, en cuanto especialmente expertos en la materia de que se trata, así como también, según la naturaleza del dicasterio algunos clérigos y otros fieles cristianos, pero con esta ley: Lo que requiera el ejercicio de la potestad de régimen, se reserva a los que tienen el orden sagrado (CPB, 7). Los consultores se nombran también entre clérigos u otros fieles cristianos que se distingan por su saber y prudencia, teniendo en cuenta, dentro de lo posible, el criterio de universalidad (CPB, 8). Los oficiales se asumen entre los fieles cristianos, clérigos o laicos, que se distingan en virtud, prudencia, experiencia y necesaria ciencia comprobada por adecuados títulos de estudio (CPB, 9).

2. Procedimiento

Veamos ahora las normas que regulan el procedimiento empleado en los dicasterios de la Curia Romana.

En primer lugar, la competencia de los dicasterios se determina por razón de la materia, a no ser que se establezca expresamente otra cosa (CPB, 14). En segundo lugar, dentro del ámbito de competencia material de cada uno, los dicasterios tratan las cuestiones que, por su peculiar importancia, naturaleza o por derecho están reservadas a la Sede Apostólica, las que exceden los límites de competencia de cada uno de los obispos o de sus asambleas y las que el Sumo Pontífice les encomiende. Así: (a) examinan los problemas más graves de nuestro tiempo para promover más eficazmente y coordinar adecuadamente la acción pastoral de la Iglesia, manteniendo la debida relación con las Iglesias particulares; (b) promueven iniciativas para el bien de la Iglesia universal; y (c) examinan los asuntos que los fieles, en uso de su derecho, remiten a la Sede Apostólica (CPB, 13)[109].

Los asuntos de mayor importancia están reservados a la asamblea plenaria de cada dicasterio (CPB, 11 §1), la que debe celebrarse, en la medida de lo posible, una vez al año para tratar las cuestiones de carácter general y otras que el Prefecto o el Presidente consideren

[109] Cada dicasterio debe tener su propio Reglamento o normas especiales para regular la disciplina y las formas de tratar las cuestiones. El Reglamento de cada dicasterio se hará público de la manera acostumbrada por la Sede Apostólica (CPB, 38).

necesario proponer. Para la celebración de reuniones plenarias debe convocarse oportunamente a todos los miembros, en cambio a las sesiones ordinarias es suficiente convocar a los miembros que se encuentren en Roma (CPB, 11 §2)[110]. Además, por mandato del Sumo Pontífice, los cardenales que presiden los dicasterios se reúnen varias veces al año para examinar las cuestiones de mayor importancia, para coordinar los trabajos y para poder intercambiar informaciones y darse consejos (CPB, 22) y los asuntos más importantes de carácter general, si lo desea el Sumo Pontífice, pueden ser abordados por los cardenales reunidos en consistorio plenario según la ley propia (CPB, 23).

Las cuestiones deben ser tratadas conforme al derecho –tanto universal como peculiar– de la Curia Romana y según las normas de cada dicasterio, pero siempre de forma y con criterios pastorales, poniendo la atención tanto en la justicia como en el bien de la Iglesia, pero sobre todo en la salvación de las almas (CPB 15)[111]. Sobre este particular existen tres reglas importantes: (a) las decisiones de mayor importancia deben someterse a la aprobación del Sumo Pontífice, a excepción de aquellas para las que se hayan atribuido a los dirigentes de dicasterios facultades especiales, y las sentencias del Tribunal de la Rota Romana y el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, pronunciadas dentro de los límites de su respectiva competencia; (b) de los dicasterios no pueden emanar leyes o decretos generales que tengan fuerza de ley, ni derogar las prescripciones del derecho universal vigente, sino en casos determinados y con aprobación específica del Sumo Pontífice y (c) nada importante y extraordinario puede decidirse, si los dirigentes de dicasterio no lo comunican antes al Sumo Pontífice (CPB, 18).

Los asuntos que tocan la competencia de varios dicasterios, deben ser abordados conjuntamente por los dicasterios interesados (CPB, 21, §1)[112] y si fuera necesario, se constituirán comisiones interdicas-

[110] En todas las sesiones de la asamblea participa el secretario con derecho a voto (CPB, 11 §3).

[111] A los consultores y a los que están equiparados a ellos, les corresponde examinar diligentemente la cuestión propuesta y expedirse por escrito. Si se considera oportuno –y según la naturaleza de cada dicasterio– se puede convocar a los consultores para que examinen las cuestiones colegialmente y, si el caso lo requiere, den un parecer común. Para casos determinados se puede llamar a consulta a otros que, aunque no pertenezcan al número de los consultores, se distingan por ser especialmente expertos en el asunto a tratar (CPB, 12).

[112] La reunión para confrontar los distintos puntos de vista, la convocará el dirigente del dicasterio que comenzó a tratar la cuestión, bien sea de oficio o a instancia de otro dicasterio interesado. Sin embargo, el asunto se llevará a la sesión plena-

teriales permanentes, para tratar aquellos asuntos que requieran una consulta mutua y frecuente (CPB, 21 §2).

En caso de que se presenten conflictos de competencia entre los dicasterios, éstos se someten al Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, a no ser que el Papa quiera proveer de otro modo (CPB, 20). Por último, los recursos jerárquicos los recibe el dicasterio competente en la materia (CPB, 19 §1), pero las cuestiones a tratar por vía judicial se remiten a los tribunales competentes (CPB, 19 §2).

En el orden operativo, está establecido que: (a) se puede recurrir a la Curia Romana, en la lengua oficial latina, y además en todas las lenguas que hoy son más conocidas[113]; (b) los documentos generales que prepara un dicasterio deben ser comunicados a los demás dicasterios interesados, para que el texto pueda ser perfeccionado con las eventuales enmiendas y se proceda a su ejecución (CPB, 17); (c) cada dicasterio tiene su propio archivo, en el que se guardarán con orden, seguridad y según criterios modernos, los documentos recibidos y las copias de los expedidos, después de haber sido registrados en el protocolo (CPB, 10).

3. Consejo de Cardenales para el estudio de las cuestiones organizativas y económicas de la Sede Apostólica

Este Consejo está integrado por quince cardenales, todos ellos obispos de Iglesias particulares de las diversas partes del mundo, nombrados por el Papa para un quinquenio (CPB, 24). El Consejo es convocado por el cardenal Secretario de Estado, ordinariamente dos veces al año, para estudiar las cuestiones económicas y organizativas relativas a la administración de la Santa Sede (CPB, 25 §1). Examina también la actividad del Instituto creado con el fin de custodiar y administrar el dinero destinado a obras de religión y caridad y regulado por una ley peculiar (CPB, 25 §2).

d. La Secretaría de Estado

1. Noción general

La Secretaría de Estado ayuda de cerca al Sumo Pontífice en el ejercicio de su misión suprema (CPB, 39). Más allá de esta definición legal, puede decirse que recaen en ella las funciones de un primer

ria de los dicasterios interesados, si lo requiere el tema en cuestión. Preside la reunión el dirigente del dicasterio que la ha convocado, o su secretario, si participan en ella sólo los secretarios.

[113] Para facilidad de todos los dicasterios, se constituye un "Centro" para la traducción de los documentos a otras lenguas (CPB, 16).

ministro o jefe de gobierno. Históricamente es el más antiguo de los dicasterios de la Curia Romana y se ocupa de las relaciones entre todos los restantes. La preside el cardenal Secretario de Estado, nombrado por el Papa por un quinquenio[114] y comprende dos secciones: (a) la sección de asuntos generales y (b) la sección de relaciones con los Estados. Esta segunda sección cuenta con una asamblea de cardenales y de algunos obispos (CPB, 40).

2. Sección primera o de asuntos generales

Es la que tiene a su cargo los asuntos referidos al gobierno interior de la Iglesia, bajo la dirección del Sustituto, con la ayuda del Asesor[115]. Sus competencias legalmente establecidas son:

i. despachar los asuntos referentes al servicio cotidiano del Sumo Pontífice (CPB, 41 §1);
ii. ocuparse de las cuestiones que haya que tratar fuera de la competencia ordinaria de los dicasterios de la Curia Romana y de los otros organismos de la Sede Apostólica (CPB, 41 §1);
iii. fomentar las relaciones con dichos dicasterios sin perjuicio de su autonomía, y coordinar sus arcas;
iv. regular la función de los Representantes de la Santa Sede y su actividad, especialmente por lo que concierne a las Iglesias particulares (CPB, 41 §1);
v. cumplir con todo lo que se refiere a los Representantes de los Estados ante la Santa Sede (CPB, 41 §1);
vi. atender lo que se refiere a la presencia y la actividad de la Santa Sede ante las organizaciones internacionales católicas y no católicas (CPB, 41 §2);
vii. elaborar y expedir las Constituciones Apostólicas, las Cartas Decretales, las Cartas Apostólicas, las Cartas y otros documentos que el Sumo Pontífice le confía (CPB, 42);
viii. preparar todos los documentos referentes a los nombramientos que en la Curia Romana y en los otros organismos dependientes de la Santa Sede ha de hacer o aprobar el Sumo Pontífice (CPB, 42);
ix. guardar el sello de plomo y el anillo del Pescador (CPB, 42);

[114] Es el primer colaborador del Papa en el gobierno de la Iglesia universal y puede considerarse el máximo exponente de la actividad diplomática y política de la Santa Sede, representando, en circunstancias particulares, a la persona misma del Sumo Pontífice.

[115] La Primera Sección de la Secretaría de Estado está dirigida por un Arzobispo, el Sustituto para los Asuntos Generales, ayudado por un Prelado, el Asesor para los Asuntos Generales. La figura del Sustituto aparece ya en el ordenamiento jerárquico de la Secretaría de Estado en 1814.

x. ocuparse de la publicación de las actas y documentos públicos de la Santa Sede en el boletín titulado Acta Apostolicae Sedis (CPB, 43);
xi. publicar, a través de la oficina especial dependiente de ella, llamada Sala de Prensa, las informaciones oficiales referentes a los documentos del Sumo Pontífice y a la actividad de la Santa Sede (CPB, 43);
xii. vigilar, consultando con la segunda sección, el periódico llamado *L'Osservatore Romano*, la Radio Vaticano y el Centro Televisivo Vaticano (CPB, 43);
xiii. recoger, ordenar y publicar los datos, elaborados según las normas estadísticas, que se refieren a la vida de la Iglesia universal en todo el orbe, tarea que realiza por medio de la oficina de Estadística (CPB, 44).

3. Sección segunda o de relaciones con los Estados

Actúa bajo la dirección del propio Secretario con la ayuda del subsecretario y su función propia es atender los asuntos que se han de tratar con los gobiernos civiles (CPB, 45). En otras palabras, su misión son las relaciones exteriores de la Santa Sede. Está dirigida por un Arzobispo, el Secretario para las Relaciones con los Estados, ayudado por un Prelado, el Subsecretario para las Relaciones con los Estados y asistido por Cardenales y Obispos. Esta Sección tiene su origen en la Congregación *Super negotiis ecclesiasticis regni Galliarium*, a la que me referiré en el punto siguiente.

A ella le compete:

i. favorecer las relaciones, sobre todo diplomáticas, con los Estados y con las otras sociedades de derecho público y tratar los asuntos comunes en orden a promover el bien de la Iglesia y de la sociedad civil mediante los concordatos y otras convenciones semejantes, teniendo en cuenta el parecer de las asambleas episcopales interesadas (CPB, 46);
ii. representar a la Santa Sede en los organismos internacionales y en congresos sobre cuestiones de índole pública, consultando a los dicasterios competentes de la Curia Romana (CPB, 46);
iii. tratar lo referente a los Representantes Pontificios (CPB, 46);
iv. llevar a cabo lo referente a la provisión de las Iglesias particulares, así como a la constitución y cambio de ellas y de sus asambleas (CPB, 47 §1)[116];

[116] Esta tarea se lleva a cabo en circunstancias especiales, por mandato del Sumo Pontífice, y consultando con los dicasterios competentes de la Curia Romana.

v. resolver los asuntos que se deben tratar con gobiernos civiles, especialmente donde está vigente un régimen concordatario (CPB, 47 §2).

4. Historia

La Secretaría de Estado en su forma actual es el resultado de sucesivos cargos y órganos creados en el gobierno de la Santa Sede, cuyo origen histórico se remonta al siglo XV. Inocencio VIII (1484-1492) instituyó la Secretaría Apostólica[117], compuesta por 24 Secretarios Apostólicos, de los cuales uno, llamado *Secretarius domesticus,* ocupaba un puesto preeminente[118]. Años después, León X (1513-1522) estableció otro organismo, el *Secretarius intimus,* para ayudar al Cardenal responsable de la dirección de los asuntos de Estado y para la correspondencia en lengua vulgar, principalmente con los Nuncios Apostólicos (que en esa época se iban instituyendo con competencias diplomáticas de forma estable). La Secretaría de Estado se fue desarrollando así, especialmente durante el período del Concilio de Trento (1545-1563). El *Secretarius intimus,* llamado también *Secretarius Papae* o *maior,* fue durante mucho tiempo un Prelado, que con frecuencia recibía la dignidad episcopal. Solamente desde el inicio del pontificado de Inocencio X (1644-1655) fue llamado para ocupar su puesto un purpurado que no pertenecía a su parentela. Inocencio XII (1691-1700) abolió definitivamente el cargo de Cardenal nepote, asumiendo sus poderes el Cardenal Secretario de Estado.

El 19 de julio de 1814, Pío VII (1800-1823) creó la Sagrada Congregación de los Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, ampliando la Congregación *Super negotiis ecclesiasticis regni Galliarum*, instituida por Pío VI (1775-1800) en 1793[119]. Con ello extendió a todo el mundo la competencia de aquel organismo, que llamó *Congregatio extraordinaria praeposita negotiis ecclesiasticis orbis catholici*. Pocos años después, León XII (1823-1829) cambió su nombre por *Congregatio pro negotiis ecclesiasticis extraordinariis*[120]. San Pío X (1903-1914)[121]

[117] Por medio de la Constitución Apostólica *Non Debet Reprehensibile*, del 31 de diciembre de 1487.

[118] A esta Secretaría Apostólica se pueden remontar la Cancillería de los Breves, la Secretaría de los Breves a los Príncipes y la Secretaría de las Cartas Latinas.

[119] Por medio de la Constitución *Sollicitudo Omnium Ecclesiarum*, del 28 de mayo de 1793, sancionada para tratar los problemas planteados a la Iglesia como consecuencia de la Revolución Francesa.

[120] Este título permaneció hasta 1967, cuando Pablo VI separó este organismo de la Secretaría de Estado, denominándolo Consejo para los Asuntos Públicos de la Iglesia, sustituido después por la actual Sección para las Relaciones con los Estados.

[121] Mediante la Constitución Apostólica *Sapienti Consilio*, citada *supra* nota 102.

dividió esta Congregación en la forma establecida por el Código de Derecho Canónico de 1917 (c. 263) y determinó las competencias de cada una de las tres secciones: la primera se ocupaba esencialmente de los asuntos extraordinarios, mientras la segunda atendía los asuntos ordinarios y la tercera, que hasta entonces había sido un organismo autónomo (la Cancillería de los Breves Apostólicos), tenía el cometido de preparar y expedir los Breves pontificios.

Pablo VI (1963-1978)[122] cumpliendo la voluntad manifestada por los Obispos en el Concilio Vaticano II, reformó la Curia Romana y dio una nueva configuración a la Secretaría de Estado suprimiendo la Cancillería de los Breves Apostólicos, entonces tercera sección, y transformando la antigua primera sección, la Sagrada Congregación de los Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, en un organismo distinto de la Secretaría de Estado aunque estrechamente vinculado a ella, que recibió el nombre de Consejo para los Asuntos Públicos de la Iglesia. Por último Juan Pablo II promulgó, en 1988, la Constitución Apostólica *Pastor Bonus,* actualmente vigente.

e. Las congregaciones

Las congregaciones tienen la misión de ejercitar, vicariamente, la función ejecutiva primacial dentro del ámbito de sus competencias[123]. Como veremos, les corresponde lo que podría llamarse el gobierno interior de la Iglesia.

1. Congregación de la Doctrina de la Fe

Es la más antigua de las nueve Congregaciones actualmente existentes. Originalmente llamada Sagrada Congregación de la Romana y Universal Inquisición, fue fundada por Pablo III (1534-1550)[124] para defender a la Iglesia de las herejías. Es la más antigua de las nueve Congregaciones de la Curia. En 1908, el Papa San Pío X cambió su nombre por el de Sagrada Congregación del Santo Oficio. Finalmente, en 1965, recibió el nombre actual bajo el Pontificado de Pablo VI[125].

[122] Con la Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*, del 15 de agosto de 1967.

[123] ARRIETA, *Diritto*, pág. 316.

[124] Constitución *Licet ab Initio*, de 1542.

[125] La Congregación está formada actualmente por 18 Miembros –Cardenales y Arzobispos– y está presidida por el Cardenal alemán Joseph Ratzinger. Tiene tres secciones distintas: la sección doctrinal, la disciplinar y la matrimonial; en ellas presta servicio un equipo de 33 personas, según los datos del Anuario Pontificio 2002. El Dicasterio dispone además de un Colegio de 29 Consultores.

Su función propia es promover y tutelar la doctrina sobre la fe y las costumbres en todo el orbe católico (CPB, 48) y en cumplimiento de esta misión tiene la obligación de:

i. promover la doctrina (CPB, 49);
ii. fomentar los estudios dirigidos a aumentar la comprensión de la fe (CPB, 49);
iii. dar una respuesta a los nuevos problemas surgidos del progreso de las ciencias o de la cultura humana (CPB, 49);
iv. ayudar a los obispos, tanto individualmente como reunidos en asambleas, en el ejercicio de la función por la que están constituidos como maestros auténticos de la fe y doctores (CPB, 50);
v. cuidar intensamente de que la fe y las costumbres no sufran daño por errores divulgados sea como fuere (CPB, 51).

Para ello debe:

i. exigir que los libros y otros escritos referentes a la fe y las costumbres, que hayan de publicar los fieles[126], se sometan al examen previo de la autoridad competente (CPB, 51);
ii. examinar los escritos y las opiniones que parezcan contrarias y peligrosas para la recta fe (CPB, 51)[127];
iii. cuidar de que no falte una adecuada refutación de los errores y doctrinas peligrosas, eventualmente difundidas en el pueblo cristiano (CPB, 51);
iv. examinar los delitos cometidos contra la fe y también los delitos más graves cometidos contra la moral o en la celebración de los sacramentos, que le sean denunciados y, en caso necesario, procede a declarar o imponer sanciones canónicas a tenor del derecho, tanto común como propio (CPB, 52);
v. examinar, tanto en derecho como en el hecho, lo concerniente al privilegio de la fe (CPB, 53).

[126] Según el CDC son fieles cristianos quienes incorporados a Cristo por el bautismo, se integran en el pueblo de Dios, cada uno según su propia condición, y son llamados a desempeñar la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo (c. 204).

[127] En caso de constatar que se oponen a la doctrina de la Iglesia, después de dar al autor la facultad de explicar satisfactoriamente su pensamiento, debe reprobarlos oportunamente, tras haber informado al Ordinario interesado y, si fuere oportuno, usar los remedios adecuados.

También se someten a su juicio previo los documentos referentes a la doctrina sobre la fe o costumbres que hayan de publicar otros dicasterios de la Curia Romana (CPB, 54).

En la Congregación de la Doctrina de la Fe están constituidas: (a) la Pontificia Comisión Bíblica; (b) la Comisión Teológica Internacional, que actúan según sus propias normas y están presididas ambas por el cardenal Prefecto de la Congregación (CPB 55) y (c) la Comisión Interdicasterial para el Catecismo de la Iglesia Católica.

El organismo hoy conocido como Pontificia Comisión Bíblica fue originariamente constituido por León XIII (1878-1903)[128] quien asignó a la nueva institución una triple función: (a) promover eficazmente entre los católicos el estudio bíblico; (b) contrastar con los medios científicos las opiniones erradas en materia de Sagrada Escritura; (c) estudiar e iluminar las cuestiones debatidas y los problemas emergentes en campo bíblico. Algunos años más tarde, S. Pío X[129] concedía a la Comisión Bíblica la facultad de conferir los grados académicos de licencia y doctorado en Ciencias Bíblicas. Pablo VI, posteriormente[130], estableció nuevas normas para la organización y el funcionamiento de la Comisión Bíblica con el fin de hacer que su actividad resulte más fecunda para la Iglesia y mejor adaptada a la situación actual. Ello dio un giro radical en el papel y la organización de la Comisión Bíblica. En 15 breves artículos se define la nueva estructura: los Miembros ya no son Cardenales, asistidos por consultores, sino docentes de Ciencias bíblicas provenientes de varias escuelas y naciones, que se distingan por ciencia, prudencia y sentir católico respecto al Magisterio eclesiástico (art. 3). A este cambio de estructura corresponde necesariamente un cambio de naturaleza y de funciones. No estando ya constituida por Cardenales, según el modelo de las Congregaciones romanas, la nueva Comisión Bíblica se convierte en órgano consultivo, puesto al servicio del Magisterio y en conexión con la Congregación para la Doctrina de la Fe (art. 1), cuyo Prefecto es también Presidente de la Comisión[131].

[128] Carta Apostólica *Vigilantiae Studiique*, del 30 de octubre de 1902.

[129] Carta Apostólica *Scripturae Sanctae*, del 23 de febrero de 1904.

[130] *Motu Proprio Sedula Cura*, del 27 de junio de 1971.

[131] Presidente de la Comisión Bíblica es el Cardenal Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el cual es ayudado por un vicepresidente (Secretario), elegido entre los 20 Miembros que forman la Comisión. Los Miembros de la Comisión Bíblica, Secretario incluido, son nombrados por el Papa, a propuesta del Cardenal Presidente, para un quinquenio renovable.

La Comisión Teológica Internacional fue instituida por el Papa Pablo VI, el 11 de abril de 1969, con la finalidad de ayudar a la Santa Sede y especialmente a la Congregación para la Doctrina de la Fe, a examinar cuestiones doctrinales de mayor importancia. Se compone de teólogos de diversas escuelas y naciones, eminentes por ciencia y fidelidad al Magisterio de la Iglesia. Los miembros –en número no superior a 30– son nombrados por el Santo Padre por un término de cinco años a propuesta del Cardenal Prefecto de la Congregación y tras consulta con las Conferencias Episcopales. La Comisión se reúne "en asamblea plenaria" al menos una vez al año, pero puede desarrollar su actividad también por medio de subcomisiones. Los resultados de los estudios son presentados al Santo Padre y entregados para su oportuna utilización a la Congregación para la Doctrina de la Fe. Con el *Motu Proprio Tredecim anni iam*, del 6 de agosto de 1982, el Papa Juan Pablo II promulgó los estatutos vigentes de la Comisión.

Además de los dos órganos arriba mencionados, en el ámbito de la Congregación para la Doctrina de la Fe actúa también la Comisión Interdicasterial para el Catecismo de la Iglesia Católica, que fue instituida por Juan Pablo II en marzo de 1993, con la misión de coordinar las múltiples y complementarias actividades concernientes al Catecismo de la Iglesia Católica tales como: promover iniciativas aptas para favorecer el mayor conocimiento, acogida y difusión del Catecismo; cuidar la *editio typica latina*, a la cual deben conformarse todas las traducciones, incluso las ya publicadas; examinar las propuestas de corrección y variación del texto original, a fin de valorar su eventual inserción en la *editio typica latina*, previa aprobación del Sumo Pontífice; proveer a la revisión doctrinal, catequético y literaria de las traducciones del texto, y dar la necesaria aprobación; preparar adecuados "instrumentos" para la comprensión del Catecismo, como por ejemplo, un nuevo índice analítico, completo y oficial; un comentario etcétera.

2. Congregación para las Iglesias Orientales

Este Dicasterio ha recibido institucionalmente del Sumo Pontífice el mandato de ser el vínculo entre las iglesias orientales católicas para favorecer la fe, salvaguardar los derechos, y mantener viva e íntegra a la Iglesia Católica, el patrimonio litúrgico, disciplinario y espiritual de la Iglesia latina, además de aquellas de las distintas tradiciones cristiano-orientales. Consecuentemente, tiene asignada

la finalidad de examinar lo concerniente a las Iglesias orientales católicas, tanto en lo referente a las personas como a las cosas (CPB, 56)[132]. Asimismo, la acción apostólica y misionera en las regiones en que desde antiguo prevalecen los ritos orientales depende exclusivamente de esta Congregación, aunque la desarrollen misioneros de la Iglesia latina (CPB, 60). La integran por derecho los patriarcas y los arzobispos mayores de las Iglesias orientales, así como el Presidente del Consejo para el Fomento de la Unidad de los Cristianos (CPB, 57 §1). Su competencia se extiende a todas las cuestiones que son propias de las Iglesias orientales y que han de remitirse a la Sede Apostólica, tanto sobre la estructura y ordenación de las Iglesias, como sobre el ejercicio de las funciones de enseñar, santificar y gobernar, así como sobre las personas, su estado, sus derechos y obligaciones (CPB, 58, §1). Asimismo sigue a las comunidades de fieles cristianos orientales que se encuentran en las circunscripciones territoriales de la Iglesia latina, y provee a sus necesidades espirituales por medio de visitadores y provee, dentro de lo posible, mediante una jerarquía propia, consultando a la Congregación competente para la constitución de Iglesias particulares en dicho territorio (CPB, 59).

La Congregación se originó en la *Congregatio de Propaganda Fide pro negotiis ritus orientalis*, creada por el Papa Pío IX (1846-1878)[133]. Más tarde Benedicto XV (1914-1922) le dio carácter autónomo[134], su competencia fue notablemente acrecentada por Pío XI (1922-1939)[135] y Pablo VI le dio su denominación actual[136]. Está integrada por un Cardenal Prefecto (el cual dirige y representa con la ayuda de un Secretario) y de 27 Cardenales, 1 Arzobispo y 4 Obispos, designados por el Papa *ad quinquennium*. Miembros de derecho son los Patriarcas y los Arzobispos Mayores de las Iglesias Orientales y el Presidente del Pontificio Consejo para la promoción de la unidad de los cristianos.

[132] Sus funciones son ejercidas ad *normam iuris* sobre las parroquias, los Obispos, el clero, los religiosos y sobre los fieles del rito oriental. Ella tiene, además, autoridad exclusiva sobre las siguientes regiones: Egipto y Península del Sinaí, Eritrea y Etiopía del Norte, Albania Meridional, Bulgaria, Chipre, Grecia, Irán, Iraq, Líbano, Palestina, Siria, Jordania, Turquía y Afganistán.

[133] Constitución Apóstolica *Romani Potifices*, del 6 de enero de 1862.

[134] *Motu Proprio Dei Providentis*, del 1° de mayo de 1917, por medio del cual se la denominó Congregación Pro Iglesias Orientales.

[135] *Motu Proprio Sancta Dei Ecclesia*, del 25 de marzo de 1938.

[136] Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*, del 15 de agosto de 1967.

En consideración a las distintas áreas de competencia, el Dicasterio es asistido por un Colegio de una cincuentena de consultores encargados de efectuar consultas especializadas sobre cuestiones particulares o de especial importancia. La Congregación coordina además la actividad de tres Comisiones de expertos: (a) la Comisión Especial para la Liturgia, que tiene el objetivo de dirigir los deberes que el Código Canónico de las Iglesias Orientales confían a la Santa Sede en materia litúrgica en las iglesias orientales católicas; (b) la Comisión Especial sobre los estudios del cristianismo del Este, que tiene por misión estudiar las propuestas, documentos e iniciativas tendientes a hacer conocer el Oriente al catolicismo occidental y desarrollar y profundizar el patrimonio de las iglesias orientales; y (c) la Comisión para la Formación del Clero y los Religiosos, que promueve la formación de los estudiantes orientales en Roma o en otro lugar según la tradición específica de pertenencia.

3. Congregación del Culto Divino y de la Disciplina de los Sacramentos

Esta Congregación es el resultado de la unificación de dos Dicasterios originariamente autónomos: (a) la Congregación para el Culto Divino[137] y (b) la Congregación para la Disciplina de los Sacramentos[138]. Unificados inicialmente por Pablo VI en 1975[139], fueron separados bajo sus respectivas denominaciones por Juan Pablo II en 1984[140]. Finalmente con la Constitución Apostólica *Pastor Bonus*, Juan Pablo II los reunió nuevamente en un único dicasterio bajo la denominación actual.

La Congregación –sin perjuicio de la competencia de la Congregación de la Doctrina de la Fe– trata lo que corresponde a la Sede Apostólica respecto a la ordenación y promoción de la sagrada liturgia, en primer lugar de los sacramentos (CPB, 62).

En este carácter, lleva delante las siguientes acciones:

i. fomenta y tutela la disciplina de los sacramentos, especialmente en lo referente a su celebración válida y lícita (CPB, 63);
ii. concede los indultos y dispensas que no entren en las facultades de los obispos diocesanos sobre esta materia (CPB, 63);

[137] Instituida bajo tal denominación por el Papa Pablo VI, con la Constitución Apostólica del Sacro Rito del 8 de mayo de 1969.

[138] Instituida bajo tal denominación por su Santidad Pío X, con la Constitución Apostólica *Sapienti Consilio* citada *supra* nota 102.

[139] Constitución Apostólica *Constans Nobis Studium*, del 11 de julio de 1975.

[140] Quirógrafo del 15 de abril de 1984.

iii. promueve la acción pastoral litúrgica, especialmente en lo que se refiere a la celebración de la Eucaristía (CPB, 64 §1);
iv. asiste a los obispos diocesanos, para que los fieles cristianos participen cada vez más activamente en la sagrada liturgia (CPB, 64 §1);
v. provee a la elaboración y corrección de los textos litúrgicos: revisa y aprueba los calendarios particulares y los propios de las Misas y de los oficios de las Iglesias particulares, así como los de los institutos que gozan de ese derecho (CPB, 64 §2);
vi. revisa las traducciones de los libros litúrgicos y sus adaptaciones, preparadas legítimamente por las Conferencias Episcopales (CPB, 64 §3);
vii. apoya las comisiones o los institutos creados para promover el apostolado litúrgico, la música o el canto o el arte sagrado, y mantiene relaciones con ellos (CPB, 65);
viii. erige las asociaciones de este tipo que tienen carácter internacional, o aprueba y revisa sus estatutos (CPB, 65);
ix. promueve congresos interregionales para fomentar la vida litúrgica (CPB, 65);
x. vigila que se observen con exactitud las disposiciones litúrgicas, se prevengan sus abusos y se erradiquen donde se encuentren (CPB, 66);
xi. ayuda a los obispos para que, además del culto litúrgico, se fomenten, y se tengan en consideración, las plegarias y las prácticas de piedad del pueblo cristiano, que respondan plenamente a las normas de la Iglesia (CPB, 70).

Corresponde también a esta Congregación examinar: (a) el hecho de la inconsumación del matrimonio y la existencia de causa justa para conceder la dispensa[141] (CPB, 67); y (b) las causas de nulidad de la sagrada ordenación (CPB, 68). Es competente también sobre: el culto de las sagradas reliquias, la confirmación de los patronos celestiales y la concesión del título de basílica menor (CPB, 69).

La Congregación cuenta con su propio Reglamento Interno[142], que ha dividido al dicasterio en dos sectores: (a) litúrgico y (b) disciplinario. El primero prepara estudios dirigidos a profundizar la litur-

[141] Recibe todas las actas junto con el parecer del Obispo y los alegatos del defensor del vínculo: las pondera atentamente, según un procedimiento especial y, si se da el caso, somete al Sumo Pontífice la petición para obtener la dispensa.

[142] Aprobado por la Secretaría de Estado el 24 de marzo de 1994.

gia –especialmente textos– en particular de las *editiones typicae* y de los ritos. Favorece la iniciativa para la formación preparatoria y permanente del clero, y también de los laicos, en materia litúrgica. Revisa y confirma la traducción de los libros litúrgicos y de su adaptamiento preparado de acuerdo a las Conferencias Episcopales[143]. Las competencias del segundo se refieren, entre otras, al orden sagrado[144] y a cuestiones derivadas del matrimonio[145].

[143] La preparación de las traducciones es una grave obligación, que incumbe sobre todo a los Obispos, aunque ellos, naturalmente, se valgan de la ayuda de los expertos. En todo trabajo de traducción, al menos algunos de los Obispos deben involucrarse directamente, no sólo revisando personalmente los textos definitivos, sino tomando parte activa en los varios estadios de su desarrollo. Aunque no todos los Obispos de una Conferencia sean expertos en un determinado idioma usado en sus territorios, deberían, sin embargo, asumir colegialmente la responsabilidad de los textos litúrgicos y la forma común de proceder, pastoralmente, en la elección de las distintas lenguas. La Instrucción presenta con claridad el procedimiento (que en general es el que ha estado hasta ahora en uso) para la aprobación de los textos litúrgicos, por parte de los Obispos y de su posterior presentación para la revisión y confirmación, a la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos. El documento dedica cierto espacio a expresar el sentido de la competencia de la Santa Sede en las cuestiones litúrgicas, fundamentándose, en parte, en el Motu *Proprio Apostolos Suos* del Papa Juan Pablo II, de 1998, en el que fueron clarificadas la naturaleza y la función de las Conferencias de los Obispos. El referido procedimiento constituye un signo de la comunión de los Obispos con el Papa y un medio para afianzarla. Es, además, una garantía de la calidad de los textos, asegurando y testimoniando que las celebraciones litúrgicas de las Iglesias particulares (diócesis) están en plena armonía con la tradición de la Iglesia Católica a través de los tiempos y en todos los lugares del mundo entero. Cuando la cooperación entre varias Conferencias de Obispos que usan una misma lengua es conveniente o necesaria, únicamente la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos tiene la facultad de erigir comisiones conjuntas o "mixtas", y sólo después de una petición de los Obispos interesados. Dichas comisiones no son autónomas y no constituyen, en ningún caso, un canal de comunicación entre la Santa Sede y las Conferencias de los Obispos. No tienen ninguna facultad de tomar decisiones y su papel se limita a estar al servicio del oficio pastoral de los Obispos. Deben ocuparse exclusivamente de la traducción de las *editiones typicae* latinas y no de la composición de nuevos textos en lengua vernácula, ni de la consideración de cuestiones teóricas o de adaptaciones culturales, y el establecimiento de relaciones con instancias semejantes de otros grupos lingüísticos queda fuera de su competencia.

[144] En esta materia entran bajo sus competencia las dispensas de irregularidad para la licitud del ejercicio del Orden en algunos ministerios. Asimismo interviene en los procesos canónicos para la declaración de nulidad de la Ordenación; en las causas de dispensa de las obligaciones consiguiente a la Ordenación y al estado clerical tanto para los sacerdotes como para los diáconos; en procesos sobre pérdida del estado clerical y de dimisión del estado clerical y provee la eventual remisión del "estado clerical" y a la rehabilitación del ministerio en los clérigos que, después de haber perdido el estado clerical, solicitan su nueva adscripción por rescripto de la Sede Apostólica (conf. c. 293).

[145] En esta materia interviene en la concesión de las dispensas de los impedimentos reservados a la Sede Apostólica, regulados en el c. 1078 § 2; en los procesos de

La Congregación está actualmente constituida por 40 miembros (cardenales, arzobispos y obispos) asistida por 21 Consultores del Culto Divino y 11 del Consejo de Disciplina de los Sacramentos y 73 Comisarios para las causas de dispensa del matrimonio rato y no consumado y para las dispensas de las obligaciones del diaconato y presbiteriato.

4. Congregación para las Causas de los Santos

Esta Congregación, cuyo cometido es tratar todo lo relativo a la canonización de los Siervos de Dios (CPB, 71), se origina bajo el papado de Sixto V (1585-1590), el cual creó la Sagrada Congregación de los Ritos[146] y le confió la tarea de regular el ejercicio del culto divino y de estudiar las causas de los Santos. Luego, como vimos más arriba, Pablo VI en 1969, dividió la Congregación de los Ritos, creando así dos Congregaciones separadas: una para el Culto Divino y otra para las Causas de los Santos. Con la misma Constitución de 1969, la nueva Congregación para las Causas de los Santos tuvo su propia estructura, organizada ahora en tres oficinas: (a) la judicial, (b) la del Promotor General de la Fe y (c) la histórico-jurídica[147]. En la actualidad la Congregación tiene 23 Miembros –Cardenales, Arzobispos y Obispos–, 1 Promotor de la Fe (Prelado Teólogo), 6 Relatores y 71 Consultores.

La Congregación prepara cada año todo lo necesario para que el Papa pueda proponer nuevos ejemplos de santidad. Después de aprobar los resultados sobre los milagros, martirio y virtudes heroicas de varios Siervos de Dios, el Papa procede a una serie de canonizaciones y beatificaciones. Dos normas sancionadas en 1983[148] dieron lugar a una profunda reforma en el procedimiento de las causas de canonización y a la reestructuración de la Congregación, a la que se le dotó de un Colegio de Relatores, con el encargo de cuidar la preparación de

---

sanación en la raíz (*sanatio in radice*) del matrimonio, cuyo otorgamiento corresponde a la Sede Apostólica (c. 1165 § 1) y que están fuera de la competencia ordinaria de los Obispos diocesanos; interviene en la resolución de los casos inciertos y complejos de muerte presunta de uno de los cónyuges, cuya consulta a la Sede apostólica establece el c. 1707 § 3.

[146] Constitución *Immensa Aeterni Dei*, del 22 de enero de 1588.

[147] Continuación de la Sección Histórica creada por Pío XI (1922-1939), el 6 de febrero de 1930.

[148] Constitución Apostólica *Divinus Perfectionis Magister*, del 25 de enero de 1983 y las respectivas *Normae Servandae in Inquisitionibus ab Episcopis Faciendis in Causis Sanctorum*, del 7 de febrero de 1983.

las *Positiones super vita et virtutibus* (o *super martyrio*) de los Siervos de Dios. Unido al Dicasterio se encuentra el "Estudio" (instituido el 2 junio de 1984), cuyo objetivo es la formación de los Postuladores y de los que colaboran con la Congregación, como también la de aquellos que ejercitan los diferentes cometidos ante las Curias diocesanas para el estudio de las Causas de los Santos. El Estudio tiene además la tarea de cuidar la actualización del *Index ac Status Causarum*.

En relación con el proceso de canonización, tiene las siguientes atribuciones legalmente establecidas:

i. asistir con normas especiales y con consejos oportunos a los obispos diocesanos, a los que compete la instrucción de la causa (CPB, 72 §1);
ii. ponderar atentamente las causas ya instruidas, viendo si todo se ha realizado según la ley (CPB, 72 §1);
iii. indagar a fondo las causas así examinadas, con el fin de juzgar si se dan todos los requisitos para someter al Sumo Pontífice los votos favorables (CPB, 72 §2).

En particular, el proceso de canonización y las atribuciones de los Obispos diocesanos y de la Congregación para la Causa de los Santos, están regulados en la Constitución apostólica *Divinus Perfectionis Magister*[149].

Además, están dentro de sus facultades: (a) examinar la concesión del título de Doctor a los Santos, después de haber obtenido el parecer de la Congregación de la Doctrina de la Fe, por lo que se refiere a la doctrina eminente (CPB, 73) y (b) decidir sobre todo lo referente a la declaración de la autenticidad de las sagradas reliquias y a su conservación (CPB, 74).

5. Congregación para los Obispos

Este antiguo Dicasterio fue instituido por Sixto V (1585-1590)[150], bajo el nombre de Congregación para la Erección de las Iglesias, luego cambiado por el de Sagrada Congregación Consistorial. San Pío X[151] amplió sus atribuciones asignándole competencia para la elección de los Obispos, la erección de las diócesis y los capitolios de los canónicos, la vigilancia sobre el gobierno de las diócesis, el régimen,

[149] Sancionada por el Papa Juan Pablo II el 25 de enero de 1983.
[150] Constitución Immensa, del 22 de enero de 1588.
[151] Constitución *Sapienti Concilio*, del 29 de junio de 1908.

disciplina, administración y estudios de los Seminarios pertenecientes a otras Congregaciones y Comisiones. El Código de Derecho Canónico, promulgado en el año 1917, ratificó la mayor parte de estas atribuciones y Pablo VI[152] volvió a cambiar su nombre por el de Sagrada Congregación de los Obispos.

La Congregación examina lo referente a la constitución y provisión de las Iglesias particulares, así como al ejercicio de la función episcopal en la Iglesia latina, salvo la competencia de la Congregación para la Evangelización de los Pueblos (CPB, 75). Le corresponde también tratar todo lo referente a la constitución de las Iglesias particulares y sus asambleas, a su división, unión, supresión y otros cambios, así como erigir los Ordinariatos castrenses para la atención pastoral de los militares (CPB, 76), el nombramiento de los obispos, incluidos los titulares, y, en general, a la propulsión de las Iglesias particulares (CPB, 77). No obstante siempre que haya que tratar con los Gobiernos lo referente a la constitución o cambio de Iglesias particulares y de sus asambleas, o bien a su provisión, no procederá sino consultando a la sección de la Secretaría de Estado para las relaciones con los Estados (CPB, 78). También compete a esta Congregación todo lo que corresponde a la Santa Sede sobre las prelaturas personales (CPB, 80) y lo referente a las visitas *ad limina*[153] donde asiste a los obispos que llegan a Roma, sobre todo para preparar convenientemente tanto el encuentro con el Sumo Pontífice como otros coloquios y peregrinaciones. Terminado la visita, transmite por escrito a los obispos diocesanos las conclusiones referentes a sus diócesis (CPB, 81). Se ocupa, por último, de lo referente a la celebración de Concilios particulares y de la constitución de las Conferencias Episcopales y la revisión de sus estatutos (CPB, 82).

En el ámbito de esta congregación se encuentra la Pontificia Comisión para América Latina cuya función es aconsejar y ayudar a las Iglesias particulares en América Latina y estudiar las cuestiones que se refieren a la vida y progreso de dichas Iglesias. También le corresponde favorecer las relaciones entre las instituciones eclesiásticas internacionales y nacionales, que trabajan en favor de las regiones de América Latina y los dicasterios de la Curia Romana (CPB, 83).

[152] Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*, del 15 de agosto de 1967.

[153] Son las visitas que realizan los obispos de las Iglesias particulares a los sepulcros de los Apóstoles, ocasión en la cual además presentan al Papa la relación del estado de sus diócesis. Ver CPB, 28-32.

6. Congregación para la Evangelización de los Pueblos

Su origen histórico se remonta al papado de Gregorio XV (1621-1623) donde fue instituida como Congregación para la Propaganda de la Fe[154]. Pablo VI (1963-1978)[155] reordenó y adecuó los deberes de la Curia Romana según las directivas del Concilio[156] y la Congregación adquirió su nombre actual. El deber específico de la Congregación es, desde siempre, la propagación de la fe en el mundo entero, con la específica competencia de coordinar todas las fuerzas misioneras, dar directivas a las misiones, promover la formación del clero y de las jerarquías locales, alentar la creación de nuevos institutos misioneros y proveer ayuda material para la actividad en las misiones[157]. De esta manera es el instrumento ordinario y exclusivo del Santo Padre y de la Santa Sede, para el ejercicio de jurisdicción sobre todas las misiones y la cooperación misionera. Le corresponde, en consecuencia, dirigir y coordinar, en todo el mundo, la obra de evangelización de los pueblos y la cooperación misionera, salvo la competencia de la Congregación para las Iglesias Orientales (CPB, 85).

Para ello:

i. promueve las investigaciones de teología, espiritualidad y pastoral misionera, y también propone los principios, normas y líneas de acción, adaptadas a las exigencias de los tiempos y lugares en los que se desarrolla la evangelización (CPB, 86);
ii. se preocupa de que el Pueblo de Dios, colabore eficazmente en la obra misionera con la oración, con el testimonio de vida, con la acción y con la ayuda económica (CPB, 87);
iii. procura suscitar vocaciones misioneras clericales, religiosas y laicales, y provee a la adecuada distribución de los misioneros (CPB, 88 §1).

[154] Bula *Inscrutabili Divinae*, del 22 de junio de 1622.

[155] Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae Universae*, del 15 de agosto de 1967.

[156] El Decreto Conciliar *Ad Gentes* sobre la actividad misionera, tenía redefinido con claridad la función de este dicasterio misional, con indicaciones acerca de la composición de sus órganos directivos. En particular, el Decreto afirma: "Para todas las misiones y para una actividad misionera uno tan sólo debe ser el Dicasterio competente, o sea el de Propaganda de Fe, quien espera regular y coordinar en todo el mundo, sea la obra misionera, sea la cooperación misionera, con respeto al derecho de las iglesias orientales" (AG, 29). Y así también la necesidad que "este Dicasterio se constituya en un instrumento de administración y un órgano de dirección dinámica, que haga uso de métodos científicos y de medios adaptados a las condiciones de nuestro tiempo, tenga en cuenta las investigaciones actuales de teología, de metodología y de pastoral misionera" (AG, 29).

[157] La actividad misional de la Iglesia está regulada en el CDC, cc. 781-792.

iv. en los territorios que dependen de ella, cuida también de la formación del clero secular y de los catequistas (CPB, 88 §2).

De la Congregación dependen los territorios de misiones cuya evangelización confía a institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica, así como a Iglesias particulares, y para esos territorios trata todo lo que se refiere tanto a la erección de circunscripciones eclesiásticas, o a sus modificaciones, como a la provisión de las Iglesias (CPB, 89). Para fomentar la cooperación misionera, la Congregación se sirve especialmente de las Pontificias Obras Misioneras, a saber, las llamadas de Propagación de la Fe[158], San Pedro Apóstol[159], Santa Infancia[160] y Pontificia Unión Misional del Clero[161] (CPB, 92). Cada una de las cuatro Obras Pontificias tiene su propia identidad y, sea en el fin que se propone, sea en los medios e iniciativas con los que actúa, adaptándolos y renovándolos según las diversas situaciones eclesiales y socio-culturales en las cuales debe actuar[162].

La Congregación administra su patrimonio y los otros bienes destinados a las misiones, mediante una oficina especial, quedando firme la obligación de rendir cuentas a la Prefectura de los Asuntos Económicos de la Santa Sede (CPB, 92).

[158] Fundada en Lyon (Francia) en el año 1822, tiene el deber de promover la cooperación misionera en toda la comunidad cristiana. Suma a este objetivo, la colecta de ayuda, el cuidado las vocaciones misioneras, la educación del espíritu misionero, especialmente con iniciativas durante el mes misionero de octubre.

[159] Fundada por la señora Bigard en Caen (Francia) en 1889. Esta obra se ocupa de la formación del clero local en las Iglesias de las misiones, en especial con ayuda financiera, donaciones extensivas para los candidatos a la vida religiosa, de ambos sexos.

[160] La obra fue fundada en 1843 por Mons. De Forbin Janson, Arzobispo de Nancy (Francia); se ocupa de educar a los jóvenes con el espíritu misionero interesándolos en las necesidades de sus coetáneos de países de las misiones por medio de la oración y de la ayuda material.

[161] Fundada en Italia por el P. Manna en 1916 se compromete en la animación misionera de los pastores del Pueblo de Dios, sacerdotes, religiosos y religiosas, miembros de los Institutos seculares. Cumple la misma función que tienen las otras Obras Pontificias que estudian promover las Iglesias locales.

[162] Están organizadas a nivel supranacional, nacional y diocesano. A nivel supranacional, la dirección y la recíproca colaboración de las Obras Pontificias están aseguradas por el Comité (*Comitato*) Supremo que está presidido por el Cardenal Prefecto de la Congregación para la Evangelización de los Pueblos y del Consejo Superior presidido por el Presidente de las Obras Pontificias. Cada Obra tiene un Secretario General. El Comité Supremo controla la actividad y desarrollo de las Obras individuales. El Consejo Superior que tiene una Asamblea anual se ocupa en especial de repartir los subsidios ya sean ordinarios o extraordinarios. A nivel nacional, las Pontificias Obras Misioneras están guiadas y alentadas por un Director Nacional

7. Congregación para los Clérigos

La historia de esta Congregación se origina en la *Congregatio Cardenalium Concilii Tridentini interpretum*, instituida por Pío IV (1559-1565)[163], para cuidar la recta interpretación y observación práctica de las normas sancionadas por el Concilio de Trento. Gregorio XIII (1572-1585) le aumentó sus atribuciones y Sixto V (1585-1590) le confió la revisión de los actos de los concilios provinciales y, en general, la tarea de promover la actuación de las reformas fijadas por el Concilio de Trento. Sucesivamente, la tarea de interpretar los cánones del célebre Concilio se le quitaron y la competencia por demás amplísima de este dicasterio pasó poco a poco a otras Congregaciones que iban surgiendo. Sin embargo, conservó su histórico nombre de Sagrada Congregación del Concilio hasta que Pablo VI le dio la actual denominación[164].

La Congregación –sin perjuicio del derecho de los obispos y de sus Conferencias– examina lo referente a los presbíteros y diáconos del clero secular en orden a las personas, al ministerio pastoral, y a lo que les es necesario para el ejercicio de ese ministerio; y en todo esto ofrece a los obispos la ayuda oportuna (CPB, 93).

Dentro de su competencia se ocupa de:

i. promover la formación religiosa de los fieles cristianos de toda edad y condición (CPB, 94);
ii. dar las normas oportunas para que la enseñanza de la catequesis se imparta de modo conveniente (CPB, 94);
iii. vigilar para que la formación catequética se imparta como es debido (CPB, 94);
iv. conceder la aprobación de la Santa Sede, prescrita para los catecismos y los otros escritos relativos a la formación catequética, con el consentimiento de la Congregación de la Doctrina de la Fe (CPB, 94);
v. asistir a los departamentos de catequesis y seguir las iniciativas referentes a la formación religiosa, que tengan carácter internacional, coordinar su actividad y ofrecerles su ayuda (CPB, 94);

nombrado por la Congregación para la Evangelización de los Pueblos y por el Consejo Nacional. El Director se encarga de los informes y colabora con los Organismos misioneros de la propia Conferencia Episcopal. En cada diócesis, el Obispo debe nombrar un Director de las Pontificias Obras quien debe para la misión universal, las distintas expresiones de la actividad pastoral (diocesana, parroquial, etcétera) (c. 791 2).

[163] Constitución Apostólica *Alias Nos*, del 2 de agosto de 1564.

[164] Constitución *Regimini Ecclesiae Universae*, ya citada.

vi. actuar en lo que se refiere a la vida, disciplina, derechos y obligaciones de los clérigos (CPB, 95 §1);
vii. proveer a una distribución más adecuada de los presbíteros (CPB, 95 §2);
viii. promover la formación permanente de los clérigos, especialmente en lo referente a su santificación y al ejercicio eficaz del ministerio pastoral, sobre todo respecto a la diaria predicación de la Palabra de Dios (CPB, 95 §3);
ix. tratar todo lo referente al estado clerical en cuanto tal por lo que hace a todos los clérigos, incluidos los religiosos, consultando a los dicasterios interesados cuando la circunstancia lo requiera (CPB, 96);
x. tratar las cuestiones de competencia de la Santa Sede relativas a: 1° los consejos presbiterales, las asambleas de consultores, los capítulos de canónigos, los consejos pastorales, las parroquias, las iglesias, los santuarios, las asociaciones de clérigos y los archivos eclesiásticos; y 2° las cargas de Misas, así como las pías voluntades en general y las fundaciones pías (CPB, 97);
xi. intervenir en todo lo referente al ordenamiento de los bienes eclesiásticos (CPB, 98)[165];
xii. procurar que se provea al sustentamiento y a la seguridad social de los clérigos (CPB, 98).

8. Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica

Fue fundada por Sixto V (1585-1590) el 27 de mayo de 1586 con el título de *Congregatio Super Consultationibus Regulariu*, luego confirmada en 1588[166] y posteriormente unificada en 1601 con la *Congre-*

[165] En la Congregación está establecida la Pontificia Comisión para la Conservación del Patrimonio Artístico e Histórico, cuya función es llevar la alta dirección en la tutela del patrimonio histórico y artístico de toda la Iglesia (CPB, 99). A este patrimonio pertenecen, en primer lugar, todas las obras de cualquier arte del pasado, que es necesario custodiar y conservar con la máxima diligencia (CPB, 100). Entre los bienes históricos, tienen particular importancia todos los documentos e instrumentos que se refieren y atestiguan la vida y la acción pastoral, así como los derechos y las obligaciones de las diócesis, parroquias, iglesias y demás personas jurídicas instituidas en la iglesia (CPB, 101 §1). Asimismo, la Comisión ofrece su ayuda a las iglesias particulares y a las asambleas episcopales, y, en su caso, actúa juntamente con ellas para que se establezcan museos, archivos y bibliotecas y se lleve a cabo adecuadamente la recogida y la custodia de todo el patrimonio artístico e histórico en todo el territorio, de forma que esté a disposición de todos los que tengan interés en ello (CPB, 102).

[166] Constitución *Immensa*, del 22 de enero de 1588.

gatio pro Consultationibus Episcoporum et Aliorum Praelatorum, hasta que fueron nuevamente separadas por San Pío X (1903-1914) en 1908[167]. Finalmente, Juan Pablo II, mediante la Constitución *Pastor Bonus*, le dio su nombre actual.

Esta Congregación se ocupa de todo lo que se refiere a los Institutos de vida consagrada[168] y a las Sociedades de vida apos-

[167] Constitución *Sapienti Consilio*, citada *supra* nota 102.

[168] Los Institutos de vida consagrada son sociedades eclesiásticas (Órdenes y Congregaciones religiosas –masculinas o femeninas– e Institutos seculares) erigidas, aprobadas y organizadas por la Iglesia a través de legislación general y particular (Reglas, Constituciones, Estatutos) para que pueda en ellas profesarse el estado de vida de consagración. Son personas jurídicas colegiales y como tales son corporaciones en la medida en que en el Derecho Canónico las personas jurídicas son: (a) corporaciones (personas jurídicas colegiales), es decir la reunión de al menos tres personas, o (b) fundaciones, es decir un conjunto de cosas que reciben el nombre de personas jurídicas patrimoniales (c. 114). Están regulados en el CDC a partir del canon 573 y se dividen en dos tipos: (a) religiosos (c. 607 y sigs.) y (b) seculares (c. 710 y sigs).

Entre los primeros, se llaman órdenes (órdenes regulares) aquellos Institutos en los que según la propia historia e índole o naturaleza, se emiten votos solemnes, al menos por una parte de sus miembros. Todos los miembros de las órdenes se llaman Regulares, y si son de sexo femenino, Monjas. Los demás Institutos religiosos se llaman Congregaciones o Congregaciones religiosas y sus miembros son Religiosos de votos simples (c. 1192 §2). Las órdenes preceden históricamente a las Congregaciones. En el CDC los Institutos Religiosos están regulados por una disciplina común. Subsisten, no obstante, las diversas categorías que responden a las varias formas que la vida religiosa ha asumido en el curso de la historia.

Un brevísimo perfil histórico, dado en orden cronológico, permite distinguir las siguientes categorías:

(a) Los Canónigos Regulares, que unen el estado y oficio clerical con la observancia de la vida comunitaria religiosa y de los consejos evangélicos, toman su propio origen de la comunidad clerical que vivía junto al Obispo. Fue San Agustín, a finales del siglo IV y principios del siglo V, quien dio a esta forma de vida religiosa los trazos más característicos.

(b) Los monjes, que desde el punto de vista históricos son los primeros religiosos que vivieron en comunidad. En la primera mitad del siglo IV las zonas desérticas de Egipto septentrional se poblaron de colonias de eremitas, cuyos dichos se recogieron en los *Apophtegmata Patrum*. Algunos de estos eremitas reunieron en torno a sí grupos de discípulos, que dieron origen al cenobitismo egipcio o pacomiano, caracterizado por una disciplina fuerte, a veces ruda. Durante el mismo siglo IV, surgió en Asia Menor, bajo la guía doctrinal de San Basilio, un cenobitismo basado en la noción de comunidad-Iglesia-cuerpo de Cristo. En Occidente, el monacato aparece con matices diversos en casi todos los países, también durante el siglo IV. Prevalece empero desde el siglo VI el monacato benedictino. Aunque frecuentemente en el curso de los siglos se ha unido de hecho a la vida monástica el sacerdocio y el apostolado en sus varias formas, sin embargo el monacato como tal no comporta ninguna unión necesaria con la vida clerical y con el apostolado individual en manera alguna. En la actualidad, la organización monástica es autónoma, es decir no centralizada, siendo autónomas (*sui iuris*) cada una de las Abadías o Prioratos conventuales. Ello comporta una mayor amplitud en los poderes del Superior local (Abad, Prior), y una menor

tólica[169] en cuanto a régimen, disciplina, estudios, bienes, derechos, privilegios. Es también competente para lo que concierne a la vida eremita, las vírgenes consagradas y las relativas asociaciones y las nuevas formas de vida consagrada. Su competencia se extiende a todos los aspectos de la vida consagrada: vida cristiana, vida religiosa, vida clerical; es de carácter personal, no tiene límites territoriales, no

---

dependencia del Superior General, si existe, y además cada casa tiene el propio noviciado. El monacato actual puede reducirse a cinco tipos: dos occidentales (benedictino y cartujo) y tres orientales (paulino, antoniano y basiliano).

(c) Las órdenes Mendicantes, que a partir del siglo XIII se unieron a los Monjes, toman el nombre de la pobreza corporativa que completa la pobreza individual y supone también la incapacidad de poseer como entidad. Además de este severo carácter de la pobreza, posteriormente morigerado, los Mendicantes tienen otro carácter común, es decir la unión de la vida regular al ministerio sacerdotal, apostólico, misionero, o caritativo en diversas formas. Es además característica común de los Mendicantes, por ellos introducido y después transmitido a las formas religiosas posteriores, la centralización del régimen que tiene como cabeza a un Superior supremo con plenos poderes, y la organización en Provincias.

(d) Los Clérigos Regulares que aparecen en el siglo XVI y en los primeros años del siglo XVII. Tienen como fundamento del apostolado sacerdotal, en el sentido más pleno de la palabra, la vida regular que acomodan a las diversas necesidades de los tiempos, sin hacerla menos severa. A finales del siglo XVI y en el siglo XVII aparecen en la Iglesia las Congregaciones Religiosas Clericales. Son algunas asociaciones de clérigos, y después también de laicos, que viven en comunidad y sin querer llegar a ser verdaderas órdenes religiosas, se dedican, además, a la propia perfección, al apostolado o a obras de caridad. A finales del siglo XVII surgen las Congregaciones Religiosas Laicales; se trata de diversas comunidades de laicos dedicados principalmente a la instrucción (enseñanza y catequesis) de los niños y de los jóvenes; persiguen también otras finalidades, p. ej. el cuidado de los enfermos, encarcelados, desocupados. De hecho excluyen formalmente los propios miembros del sacerdocio; alguna vez, sin embargo, admiten que algunos de ellos reciban el orden sacerdotal para desarrollar la labor de capellanes de la comunidad laical. Desde mitad del siglo XIX, las Congregaciones religiosas laicales son mayormente femeninas.

Los Institutos seculares están definidos en CDC como aquellos en los cuales sus miembros, viviendo en el mundo, aspiran a la perfección de la caridad y se dedican a la santificación del mundo (c. 710). Los precedentes históricos de estos Institutos se remontan a finales del siglo XVI, aunque el reconocimiento jurídico y el propio encuadramiento entre los estados de vida consagrada aprobados por la Iglesia, tuvo lugar recién bajo el Papa Pío XII, el 2 de febrero de 1947, con la Constitución Apostólica *Provida Mater Ecclesia*. Con el apelativo de seculares se ha querido subrayar que la persona que profesa este estado de vida consagrada, no modifica la condición que tiene en el siglo, y que continúa viviendo y actuando en medio del pueblo de Dios sin salir del propio ambiente social (c. 711) según el modo de vida secular que les es propio.

[169] Las Sociedades de vida apostólica, son sociedades de hombres o de mujeres que viven en común sin votos religiosos pero que buscan el fin apostólico propio de la sociedad y, llevando vida fraterna en común, según el propio modo de vida, aspiran a la perfección de la caridad por la observancia de las constituciones (c. 731 § 1). San

obstante que algunas cuestiones de sus miembros se remitan a otras Congregaciones. Dispensa también del derecho común a aquellos que le están sujetos. Es competente, además, para las Asociaciones de fieles eregidas con el fin de convertirse en Institutos de vida consagrada o Sociedades de vida apostólica y para las Terceras Órdenes seculares. Desde el 23 de octubre de 1951, funciona en la Congregación la Escuela Práctica de Teología y Derecho de los Religiosos, y desde mayo de 1975 se edita el *Boletín Informationes S.C.R.I.S.* que publica artículos en varios idiomas.

La principal función de la Congregación es promover y ordenar en toda la Iglesia latina la práctica de los consejos evangélicos, en cuanto se ejerce en las formas reconocidas de vida consagrada, y también la acción de las sociedades de vida apostólica (CPB, 105).

En tal función:

i. erige los institutos religiosos y seculares, así como las sociedades de vida apostólica, los aprueba o bien expresa su juicio sobre la oportunidad de su erección por parte del obispo diocesano (CPB,106 §1);
ii. suprime dichos institutos y sociedades (CPB,106 §1);
iii. constituye o, si fuere necesario, rescinde las uniones o federaciones de institutos y sociedades (CPB, 106 §2);
iv. procura que los institutos de vida consagrada y las sociedades de vida apostólica crezcan y florezcan según el espíritu de los fundadores y las sanas tradiciones, que tiendan fielmente hacia sus finalidades propias y contribuyan realmente a la misión salvífica de toda la Iglesia (CPB, 107).
v. resuelve todo aquello que, de acuerdo con el derecho, corresponde a la Santa Sede respecto a la vida y la actividad de los institutos y sociedades, especialmente respecto a la aprobación de las constituciones, el régimen y el apostolado, la aceptación y formación de los miembros, sus derechos y obligaciones, la dispensa de los votos y la expulsión de los miembros, así como la administración de los bienes (CPB, 108 §1)[170].

Felipe Neri puede ser considerado como el padre de las Sociedades de vida apostólica masculinas, tal y como nosotros hoy las conocemos, y San Vicente de Paul el de las Sociedades femeninas. Las Sociedades de vida apostólica pueden ser clericales o laicales, masculinas o femeninas.

[170] Pero, respecto a la ordenación de los estudios de filosofía y de teología, así como de los estudios académicos, es competente la Congregación de los Seminarios e Instituciones de Estudios (CPB, 108 §2).

vi. erige las Conferencias de los Superiores Mayores de los religiosos y de las religiosas, y aprueba los respectivos estatutos y también vigila para que su actividad se ordene a alcanzar las finalidades propias (CPB, 109)[171].

9. Congregación de los Seminarios e Instituciones de Estudios

Con la Constitución *Immensa*, ya citada, el Papa Sixto V erigió la *Congregatio pro universitate studii romani* cuyo objeto era supervisar los estudios en la Universidad de Roma y en otras importantes universidades de esa época, incluidas las de Bolonia, París y Salamanca. Posteriormente, León XII (1823-1829) creó en 1824, la *Congregatio studiorum*, para las escuelas del Estado Pontificio, que desde 1870 iniciaron a ejercer autoridad en las Universidades Católicas. La Reforma de San Pío X en 1908[172] confirmó esta responsabilidad. Siete años más tarde, el Papa Benedicto XV (1914-1922) erigió en la Congregación la sección para los seminarios que existían dentro de la Congregación del Consistorio, uniéndola a la *Congregatio Studiorum*, con la denominación de *Congregatio de seminariis et studiorum universitatibus*. En 1967, Pablo VI la llamó *Sacra Congregatio pro institutione catholica* y la Constitución *Pastor Bonus* le dio su nombre actual.

La Congregación expresa y realiza la solicitud de la Sede Apostólica por la formación de los que son llamados a las órdenes sagradas, y también por la promoción y la ordenación de la educación católica (CPB, 112). Este Dicasterio tiene autoridad en tres sectores distintos: (a) en los seminarios[173] (con la excepción de los que están bajo la juris-

[171] El primer Congreso general de los Estados de perfección, reunido en Roma los primeros días de diciembre del Año Santo 1950, invitó a los Institutos religiosos y seculares, masculinos y femeninos de las distintas Naciones a unirse en Federaciones, o Conferencias, o Consejos de Superiores Mayores. Tales organizaciones se extendieron bien pronto en casi todas las Naciones. Estas conferencias de Superiores Mayores (reguladas en el c. 708) tienen sus propios estatutos aprobados por la Santa Sede, autoridad competente para erigirlas (c. 709). Existen, además, aprobadas por la Sede Apostólica, Uniones mundiales (de Superiores y de Superioras Generales) y Continentales (en América Latina y en Europa).

Con fecha 23 de mayo 1974, la Congregación ha atribuido personalidad jurídica a la Conferencia Mundial de los Institutos Seculares (CMIS).

[172] Constitución *Sapienti Consilio*, citada *supra* nota 102.

[173] La actividad de la Oficina para los Seminarios incluye visitas apostólicas a instituciones católicas, preparación para recibir a los obispos cuando realizan las visitas *ad limina*, nombramientos de Rectores y erección de seminarios. Ha elaborado "Directrices sobre la preparación de los formadores en los seminarios" y ha insti-

dicción de las Congregaciones para la Evangelización de los Pueblos y para las Iglesias Orientales) y casas de formación de religiosos e institutos seculares; (b) en todas las universidades, facultades, institutos y escuelas de estudios superiores eclesiásticas y civiles que dependen de eclesiásticos[174]; y (c) en todas las escuelas e instituciones educativas que dependen de autoridades eclesiásticas[175].

En tal carácter:

i. asiste a los obispos para que en sus Iglesias se cultiven con el máximo empeño las vocaciones a los ministerios sagrados, y para que en los seminarios, que se han de instituir y dirigir de acuerdo con el derecho, se eduque adecuadamente a los alumnos con una sólida formación humana y espiritual, doctrinal y pastoral (CPB, 113 §1)[176];
ii. vigila que la convivencia y el gobierno de los seminarios respondan plenamente de las exigencias de la formación sacerdotal, y para que los superiores y profesores contribuyan todo lo posible, con el ejemplo de vida y la recta doctrina, a la formación de la personalidad de los ministros sagrados (CPB, 113 §2);
iii. erige seminarios interdiocesanos y aprueba sus estatutos (CPB, 113 §3).

---

tuido la Comisión Interdicasterial Permanente para una distribución más justa del clero en el mundo. También publica la revista *Seminarium*.

[174] La segunda sección de la Congregación, la Oficina para la Universidad, es responsable de aprobar los Estatutos de centros educativos nuevos o ya existentes, del nombramiento o confirmación de rectores y decanos, de la aprobación o concesión de doctorados *honoris causa*.

[175] La Oficina para las Escuelas Católicas colabora con otros dicasterios de la Curia Romana sobre cuestiones de interés mutuo, mantiene contactos con obispos y con representantes pontificios fuera de Italia para estar siempre al día sobre los sistemas educativos de todo el mundo, y se relaciona con organizaciones católicas nacionales e internacionales en relación con la educación católica. Algunas de las cuestiones que estudia esta oficina se refieren a la educación sexual en las escuelas católicas, a problemas relacionados con la enseñanza moral o religiosa en las escuelas públicas, al cierre de escuelas católicas en algunos países y, en otros, al reconocimiento jurídico de las escuelas católicas y de los bienes y propiedades eclesiales.

[176] En 1994, en colaboración con la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica, organizó el I Congreso Continental Latinoamericano sobre Vocaciones, que tuvo lugar en San Pablo, Brasil, del 23 al 27 de mayo. Asimismo, publica todos los años estadísticas sobre las ordenaciones de seminaristas y sacerdotes en todo el mundo, que aparecen en *Actividades de la Santa Sede* y en el *Anuario Pontificio*.

iv. procura que los principios fundamentales de la educación católica, tal como los propone el Magisterio de la Iglesia, se profundicen cada vez más, se defiendan y los conozca el Pueblo de Dios (CPB, 114);
v. cuida también de que en esta materia los fieles cristianos puedan cumplir sus obligaciones, y trabajen y se esfuercen para que también la sociedad civil reconozca y tutele sus derechos (CPB, 114);
vi. establece las normas según las cuales ha de regirse la escuela católica (CPB, 115);
vii. asiste a los obispos diocesanos para que se establezcan, donde sea posible, escuelas católicas y para que en todas ellas se ofrezcan la educación catequética y la atención pastoral a los alumnos cristianos (CPB, 115);
viii. procura que en la Iglesia haya un número suficiente de universidades eclesiásticas y católicas y de otros institutos de estudios, en los que se profundicen las disciplinas sagradas y se promuevan los estudios de humanidades y ciencias, teniendo en cuenta la verdad cristiana, y para que en ellos se forme adecuadamente a los fieles cristianos en el cumplimiento de sus funciones (CPB, 116 §1);
ix. erige o aprueba las universidades y los institutos eclesiásticos, ratifica sus respectivos estatutos, ejerce la alta dirección sobre ellos y vigila para que en la enseñanza doctrinal se salvaguarde la integridad de la fe católica (CPB, 116 §2);
x. en lo que se refiere a las universidades católicas, se ocupa de los asuntos que son competencia de la, Santa Sede (CPB, 116 §3);
xi. fomenta la colaboración y la ayuda mutua entre las universidades de estudios y sus asociaciones, a las que tutela (CPB, 116 §4).

f. Los Tribunales

1. Penitenciaria Apostólica

Aun cuando está regulada por la CPB como un tribunal, no actúa exactamente como tal[177]. Su competencia comprende todo lo relacionado con el fuero interno y además todo lo relacionado con las concesiones y el empleo de las indulgencias (CPB, 117), salvo el derecho de la Congregación de la Doctrina de la Fe para examinar todo lo que atañe a la doctrina dogmática en relación con las indulgencias (CPB,

[177] Conf. BRUNORI, *La Iglesia Católica*, pág. 95.

120). Para el fuero interno, tanto sacramental como no sacramental, concede las absoluciones, dispensas, conmutaciones, sanciones, condonaciones y otras gracias (CPB, 118). Provee asimismo que en las basílicas patriarcales de Roma haya un número suficiente de penitenciarios, dotados de las oportunas facultades (CPB, 119). Está a disposición de los confesores para ayudarlos en la solución de casos complejos o controvertidos.

2. Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica

El origen de este Tribunal se remonta al siglo XIII cuando los Sumos Pontífices comenzaron a utilizar a oficiales relatores (*referendarii*) para preparar la firma (signatura) de las súplicas y de las comisiones de las causas de justicia o de gracia a los auditores. Ya bajo Eugenio IV (1471-84) existe una oficina permanente de la Signatura que fue dividida en dos dicasterios bajo Alejandro VI (1492-1503), tarea que fue completada por Julio II (1503-1513). De ellas, la Signatura de justicia se transformó en un verdadero tribunal. Posteriormente, las funciones de las Signaturas disminuyeron y ya en el siglo XX San Pío X constituyó una única Signatura Apostólica como Tribunal Supremo[178].

Este dicasterio, bajo la actual Constitución *Pastor Bonus*, además de ejercer la función de Tribunal Supremo, provee a la recta administración de la justicia en la Iglesia (CPB, 121). Tiene en consecuencia una amplia competencia por medio de la cual posee un triple carácter: (a) es el tribunal supremo de la Iglesia; (b) es el único tribunal administrativo de la Iglesia y (c) actúa como una suerte de ministerio de justicia, con respecto al orden de los tribunales eclesiásticos[179].

En punto a lo primero le corresponde entender en:

i. las querellas de nulidad y las peticiones de restitución *in integrum* contra las sentencias de la Rota Romana;
ii. los recursos, en las causas sobre el estado de las personas, contra la negativa de la Rota Romana a un nuevo examen de la causa (CPB, 122);
iii. las excepciones de sospecha y otras causas contra los jueces de la Rota Romana por actos realizados en el ejercicio de su función (CPB, 122);

[178] Constitución *Sapienti Consilio*, del 29 junio de 1909.
[179] ARRIETA, *Diritto*, pág. 320.

iv. los conflictos de competencia entre tribunales, que no dependen del mismo tribunal de apelación (CPB, 122).

En punto a lo segundo interviene en:

i. los recursos, interpuestos dentro del plazo perentorio de treinta días útiles, contra los actos administrativos singulares dados por los dicasterios de la Curia Romana o sancionados por ellos, siempre que esté en discusión si el acto impugnado ha violado cualquier ley al deliberar o al proceder[180] (CPB,123);
ii. otras controversias administrativas, que le presenten el Romano Pontífice o los dicasterios de la Curia Romana, así como también los conflictos de competencia entre los mismos dicasterios (CPB, 123).

Como Ministerio de Justicia interviene en:

i. la vigilancia sobre la recta administración de la justicia y la conducta de los abogados y procuradores, cuando sea necesario (CPB, 124);
ii. las peticiones dirigidas a la Santa Sede para obtener la comisión de una causa a la Rota Romana u otra gracia relativa a la administración de la justicia (CPB, 124);
iii. la prórroga de la competencia de los tribunales inferiores (CPB, 124);
iv. la aprobación, reservada a la Santa Sede, del tribunal de apelación correspondiente, así como promover y aprobar la erección de tribunales interdiocesanos (CPB, 124).

Estas competencias se hallan mencionadas también en el canon 1445.

3. Tribunal de la Rota Romana

Este tribunal se origina en la Cancillería Apostólica, en la cual después del Canciller (más tarde Vice-Canciller) se encontraban el *auditor contradictorum* y los capellanes. A éstos, inicialmente caso por caso y después de manera estable, les era confiada la instrucción de las causas (*auditores causarum curiae domini papae*), pero Inocencio III (1198-1216) les concedió la facultad de dictar sentencias.

[180] En estos casos, además del juicio de ilegitimidad, puede examinar también, si lo pide el que recurre, lo referente a la reparación de los daños causados por el acto ilegítimo (CPB, 123 §2).

Con Inocencio IV (1243-1254) y el Primer Concilio de León, los capellanes formaron un tribunal estable. Juan XXII (1316-1334) les asignó una sede particular y en 1331 con la Constitución *Ratio Iuris* le otorgó un reglamento especial.

Sixto IV (1471-1484) en 1472, fijó en 12 el número de Capellanes Auditores y Benedicto XIV (1740-1758) determinó en forma definitiva la competencia del tribunal[181]. La elección de los auditores estuvo siempre reservada al Papa, pero también algunas naciones han ejercido el derecho de nombrar auditor. España pudo designar dos, Alemania y Francia uno y en tanto que las ciudades italianas de Boloña, Milán, Venecia, Ferrara y Perugia tuvieron el privilegio, cada una de ellas, de elegir un auditor. Debían ser *doctores iuris* famosos además de distinguirse en la prudencia e integridad de vida. Desde Gregorio XVI (1831-1846) la Rota fue también un tribunal de apelación para el Estado Pontificio, mientras las causas referidas al foro eclesiástico de preferencia eran resueltas por las Congregaciones. En 1870 la actividad de la Rota Romana casi cesó, pero fue luego restituida por San Pío X (1903-1914)[182].

En la actualidad, este Tribunal actúa como instancia superior, ordinariamente en grado de apelación, ante la Sede Apostólica, con el fin de tutelar los derechos en la Iglesia, provee a la unidad de la jurisprudencia y, a través de sus sentencias, sirve de ayuda a los tribunales de grado inferior (CPB, 126). Está definido por el CDC como el tribunal ordinario constituido por el Romano Pontífice para recibir apelaciones (c. 1443).Sus jueces "dotados de probada doctrina y de experiencia y escogidos por el Sumo Pontífice de las diversas partes del mundo", constituyen un Colegio el cual es presidido por el Decano, nombrado también por el Sumo Pontífice para un tiempo determinado, entre los mismos jueces (CPB, 127). En tal carácter, juzga en segunda instancia las causas ya sentenciadas por tribunales ordinarios de primera instancia y remitidas a la Santa Sede por legítima apelación (CPB, 128) y en tercera o ulterior instancia, las causas ya examinadas por el mismo Tribunal Apostólico y por cualquier otro tribunal (CPB, 128).

[181] Constitución *Justitae et Pacis* de 1747.

[182] Constitución *Sapienti Consilio*, del 29 de junio de 1908. Fue sancionada también la Lex S. R. *Rotae et Signaturae Apostolicae* (1908) y la *Regulae Servandae* (1910), renovada después por la *Normae S. R. Rotae Tribunalis* (1 sept. 1934).

Tiene también competencia como tribunal de primera instancia (CPB, 129) donde juzga: 1) a los obispos en las causas contenciosas, a no ser que se trate de los derechos o de los bienes temporales de una persona jurídica representada por el obispo; 2) a los abades primados, o abades superiores de congregaciones monásticas y a los superiores generales de institutos de religiosos de derecho pontificio; 3) las diócesis u otras personas eclesiásticas, físicas o jurídicas, que no tienen un superior fuera del Romano Pontífice; y 4) las causas que el Romano Pontífice hubiere confiado al mismo Tribunal. También trata las mismas causas, si no está previsto de otro modo, también en segunda y ulterior instancia (CPB, 129 §2).

La Rota está compuesta por un colegio de unos veinte jueces (auditores) presididos por un Decano designado por el papa. El Tribunal juzga por turnos (de allí deriva su nombre) y resuelve casos de: nulidad matrimonial (que constituyen la parte cuantitativamente más importante de su trabajo), separación, *iurium*, penales y de rito[183]. Dentro de su ámbito se desarrolla el Estudio Rotal, ubicado en las cercanías de la Rota Romana, el cual tiene por misión la formación de los abogados rotales y de los futuros jueces, bajo de la dirección del Decano[184].

g. Los Consejos Pontificios

A diferencia de las Congregaciones, los Consejos Pontificios son de reciente creación y se ocupan de tareas relativas a la misión de la Iglesia en el Mundo.

1. Consejo Pontificio para los Laicos

Es el dicasterio que asiste al Sumo Pontífice en todas las cuestiones referidas al aporte que los laicos dan a la vida y la misión de la Iglesia, sea como personas individuales o a través de las diversas formas de asociación que se conocen en la Iglesia. Su origen se remonta a una propuesta formulada en el decreto del Concilio Vaticano II sobre el apostolado de los laicos, y su nacimiento oficial tuvo lugar bajo Pablo VI en 1967[185]. Diez años después, el mismo Pablo VI reformaba

[183] *Vid.* BRUNORI, *La Iglesia Católica*, pág. 98.

[184] El curso interno necesario para obtener el título de Abogado Rotal consta de tres años (Decreto *Nihil Antiquius*, del 8 del junio 1945).

[185] *Motu Proprio Catholicam Christi Ecclesiam*, del 6 de enero de 1967.

el Consejo[186], incorporándolo a los dicasterios permanentes de la Curia romana[187].

El Consejo es competente en lo que corresponde a la Sede Apostólica respecto a la promoción y coordinación del apostolado de los laicos y, en general, en todo lo que concierne a la vida cristiana de los laicos en cuanto tales (CPB, 131).

En particular, le compete:

i. animar y apoyar a los Laicos a participar en la vida y misión de la Iglesia según su modo propio, individualmente o en asociaciones, sobre todo para que cumplan su peculiar oficio de impregnar de espíritu evangélico el orden de las realidades temporales (CPB, 133 §1);
ii. fomentar la cooperación de los laicos en la instrucción catequética, en la vida litúrgica y sacramental, así como en las obras de misericordia, caridad y promoción social (CPB, 133 §2);
iii. seguir y dirigir reuniones internacionales y otras iniciativas referentes al apostolado de los laicos (CPB, 133 §3).

Asimismo, en el ámbito de su competencia, el Consejo trata todo lo referente a las asociaciones laicales de fieles cristianos; erige las que tienen carácter internacional y aprueba o reconoce sus estatutos, salvo la competencia de la Secretaría de Estado: por lo que se refiere a las terceras órdenes seculares, se ocupa sólo de lo referente a su actividad apostólica (CPB, 134).

2. Consejo Pontificio para el Fomento de la Unidad de los Cristianos

Su origen está íntimamente ligado al Concilio Vaticano II. En junio de 1960, el Papa Juan XXIII estableció el Secretariado para Promover la Unidad de los Cristianos, primer organismo de la Santa Sede que tuvo como competencia específica la unidad de los cristianos. Su principal función, inicialmente, fue invitar a las otras Iglesias a enviar observadores al Concilio y fue colocado en el mismo nivel de las comisiones conciliares.

[186] *Motu Proprio Apostolatus Peragendi*, del 10 de diciembre de 1976.

[187] Los miembros del Consejo son 32 obispos, sacerdotes y sobre todo laicos, hombres y mujeres de todas las partes del mundo, que se encuentran una vez al año en una asamblea plenaria para afrontar los temas más urgentes para la vida y misión de los laicos. El Consejo se vale también de la colaboración de 30 consultores, que son convocados para sesiones de trabajo o a quienes se pide individualmente un parecer sobre cuestiones específicas. La sede del Consejo se encuentra en el Palazzo San Calisto en Trastevere.

El Secretariado además preparó los documentos conciliales sobre: ecumenismo (*Unitatis Redintegratio*), religiones no cristianas (*Nostra aetate*), libertad religiosa (*Dignitatis Humanae*) y juntamente con la comisión de doctrina preparó la Constitución Dogmática sobre la Revelación Divina (*Dei Verbum*). En 1963, el Santo Padre estableció que el Secretariado estaría dividido en dos secciones: (a) la de las Iglesias Ortodoxas y las antiguas Iglesias Orientales y (b) la de las Iglesias Occidentales y las Comunidades Eclesiales. En 1966, luego del Concilio, Pablo VI lo convirtió en un dicasterio permanente de la Curia Romana.

El Consejo ejercita un doble rol. En primer lugar promueve un auténtico espíritu ecuménico dentro de la Iglesia Católica, bajo los postulados del decreto conciliar *Unitatis Redintegratio*[188]; al mismo tiempo procura desarrollar el diálogo y la colaboración con otras Iglesias. Desde su creación asimismo, ha establecido una relación de cooperación con el Consejo Mundial de las Iglesias con sede en Ginebra[189].

Legalmente está dispuesto que es función del Consejo dedicarse a la labor ecuménica mediante oportunas iniciativas y actividades en orden a restaurar la unidad entre los cristianos (CPB, 135). Entre sus tareas, cuida de que se apliquen los decretos del Concilio Vaticano II referentes al ecumenismo, se ocupa de la recta interpretación de los principios sobre el ecumenismo y los ejecuta (CPB 136 §1); fomenta, relaciona y coordina grupos católicos nacionales o internacionales que promuevan la unidad de los cristianos, y vigila sus iniciativas (CPB, 136 §2); se ocupa de las relaciones con los hermanos de las Iglesias y de las Comunidades eclesiales que no tienen la plena comunión con la Iglesia católica, y establece el diálogo y los coloquios para fomentar la unidad con ellas; designa a los observadores católicos para las reuniones de cristianos, e invita a observadores de otras Iglesias y Comunidades eclesiales a las reuniones de católicos (CPB, 136 §3).

Dado que las materias que debe tratar tocan muchas veces cuestiones de fe, debe proceder en estrecha relación con la Congregación de la Doctrina de la Fe, sobre todo cuando se trata de publicar documentos o declaraciones (CPB, 137 §1). Asimismo, al tratar los asuntos de las Iglesias separadas de Oriente, es necesario que consulte primero a la Congregación para las Iglesias Orientales (CPB, 137 §2).

[188] Para satisfacer esta finalidad en los años 1967-1970 fue publicado un Directorio Ecuménico, que tuvo en 1993 una edición revisada bajo el nombre *Directorio para la Aplicación de los Principios y Normas Ecuménicas.*

[189] De hecho, desde 1968 doce teólogos cristianos han integrado la Comisión de Fe y Orden del Consejo Mundial de las Iglesias.

Artículo 138

En el ámbito del Consejo está la Comisión para las Relaciones Religiosas con los Judíos, establecida en octubre de 1974 por Pablo VI como una oficina separada del Consejo, pero estrechamente relacionada con él. De hecho, el cardenal que preside el Consejo preside también esta Comisión y el Secretario del Consejo es el Vicepresidente de la Comisión[190].

En la actualidad, el Consejo mantiene diálogo teológico con: la Iglesia Ortodoxa; la Iglesia Ortodoxa Copta; las iglesias Malankara; la Comunión Anglicana; la Federación Luterana Mundial; la Alianza Mundial de Iglesias Reformadas; el Consejo Metodista Mundial; la Alianza Bautista Mundial; la Iglesia Cristiana (Discípulos de Cristo) y algunos grupos pentecostales.

3. Consejo Pontificio para la Familia

Fue instituido por Juan Pablo II con el *Motu Proprio Familia a Deo Instituta* en 1981, y sustituyó al Comité para la Familia, creado por Pablo VI en 1973. Le corresponde la promoción de la pastoral y del apostolado en campo familiar, mediante la aplicación de las enseñanzas y orientaciones del Magisterio eclesiástico para ayudar a las familias cristianas a cumplir su misión educativa y apostólica. Además, promueve y coordina los esfuerzos pastorales relacionados con el problema de la procreación responsable, y anima, sostiene y coordina las iniciativas en defensa de la vida humana en todos los estadios de su existencia, desde su concepción.

En relación también con la pastoral familiar y la defensa de la vida, entran dentro de la competencia del Consejo los siguientes temas: teología y catequesis de la familia; espiritualidad conyugal y familiar; derechos de la familia y del niño; formación de los laicos para la pastoral familiar; cursos de preparación al matrimonio. Otros temas de los que se ocupa son: educación sexual, demografía, anticoncepción y aborto; esterilización, ingeniería genética y diagnosis prenatal; homosexualidad, y problemas éticos y pastorales relacionados con el SIDA y otros problemas de bioética.

En la actualidad tiene un Comité de Presidencia compuesto por 9 Cardenales y 9 Arzobispos y Obispos y cuenta además con 19 Miembros-laicos, hombres y mujeres, sobre todo matrimonios, de diversas partes del mundo, 39 Consultores y un equipo de 7 Oficiales.

[190] En 1985 la Comisión publicó un trabajo titulado *Notas sobre la Forma Correcta en que los Judíos y el Judaísmo deben ser Presentados en los Sermones y Catequesis de la Iglesia Católica Romana.*

En punto a sus competencias legalmente establecidas, el Consejo:

i. promueve la atención pastoral a las familias y fomenta sus derechos y su dignidad en la Iglesia y en la sociedad civil, de modo que puedan cumplir cada vez mejor sus propias funciones (CPB, 139);
ii. profundiza la doctrina sobre la familia y divulgar mediante una catequesis adecuada; fomenta especialmente los estudios sobre la espiritualidad del matrimonio y de la familia (CPB, 141 §1);
iii. en colaboración con los obispos y sus Conferencias, se preocupa de que se conozcan bien las condiciones humanas y sociales de la institución familiar en las diversas regiones, y también de que se intercomuniquen las iniciativas sobre pastoral familiar (CPB, 141 §2);
iv. se esfuerza para que se reconozcan y defiendan los derechos de la familia, incluso en la vida social y política; también apoya y coordina las iniciativas para la defensa de la vida humana desde su concepción y las referentes a la procreación responsable (CPB, 141 §3); sigue la actividad de las instituciones y asociaciones cuya finalidad es servir el bien de la familia (CPB, 141 §4).

4. Consejo Pontificio de Justicia y Paz

El Concilio Vaticano II formuló abiertamente el auspicio de que fuera creado "un organismo universal de la Iglesia que tenga como función estimular a la comunidad católica para promover el desarrollo de los países pobres y la justicia social internacional"[191], y para responder adecuadamente a este deseo, Pablo VI instituyó la Comisión Pontificia *Justitia et Pax*[192]. Después de un período experimental de diez años de duración, el mismo Pablo VI, dio a la Comisión su mandato definitivo[193]. Al reorganizar la Curia Romana, por medio de la Constitución Apostólica *Pastor Bonus* el Papa Juan Pablo II transformó la Comisión en el Consejo Justicia y Paz, ratificándole sus funciones en grandes líneas.

Según está legalmente establecido, el Consejo tiene como finalidad promover la justicia y la paz en el mundo según el Evangelio y la doctrina social de la Iglesia (CPB, 142). A tales efectos:

[191] Constitución *Gaudium et Spes*, n. 90.
[192] *Motu Proprio Catholicam Christi Ecclesiam*, del 6 de enero de 1967.
[193] *Motu Proprio Justitiam et Pacem*, del 10 de diciembre de 1976.

i. profundiza la doctrina social de la Iglesia, trabajando para que se difunda ampliamente y se aplique entre los hombres y comunidades, especialmente en lo que se refiere a que las relaciones entre obreros y empresarios se impregnen más y más del espíritu del Evangelio (CPB,143 §1);
ii. recoge informaciones y resultados de encuestas sobre la justicia[194] y la paz[195], el desarrollo de los pueblos y las violaciones de los derechos humanos[196], los evalúa y, según los casos, comunica a las asambleas de obispos las conclusiones obtenidas (CPB, 143 §2);
iii. fomenta las relaciones con las asociaciones católicas internacionales y con otras instituciones existentes, incluso fuera de la Iglesia católica, que trabajen sinceramente por alcanzar los bienes de la justicia y de la paz en el mundo (CPB, 143 §2);
iv. trabaja para que se forme entre los pueblos una sensibilidad respecto al deber de promover la paz, especialmente con ocasión de la Jornada para lograr la Paz en el mundo (CPB, 143 §3).

El Consejo tiene un Presidente, asistido por un Secretario y un Subsecretario y está integrado por unas 40 personas, entre miembros y consultores, nombrados a título personal por el Santo Padre, por un período de cinco años. Provenientes de todos los continentes, los miembros se reúnen regularmente en Roma en asamblea plenaria para contribuir, según sus diversas sensibilidades y sus trabajos pastorales o profesionales, a trazar las grandes líneas de la actividad del Consejo. Los consultores, algunos de los cuales son expertos en doctrina social de la Iglesia, pueden ser convocados para formar parte de grupos de estudio sobre argumentos específicos.

[194] Entran en este ámbito las cuestiones correspondientes a la justicia social, con los problemas específicos del mundo del trabajo; la justicia internacional, con los problemas relativos al desarrollo y su dimensión social. También anima la reflexión, bajo el perfil ético, de la evolución de los sistemas económicos y financieros, y examina la problemática unida a la cuestión ambiental y al uso responsable en la administración de los bienes de la tierra.

[195] Encargado de reflexionar sobre los problemas relativos a la guerra, al desarme, a los armamentos y al comercio de las armas, a la seguridad internacional y a la violencia bajo sus diversos y cambiantes aspectos (terrorismo, nacionalismo exacerbado, etc.), el Pontificio Consejo fija también su atención en los sistemas políticos y en el compromiso de los católicos en el campo político. Se encarga también de promover la Jornada Mundial de la Paz.

[196] La actividad del dicasterio en este campo se desarrolla a través de tres líneas principales: profundización doctrinal, el estudio de los temas debatidos en el cuadro de las organizaciones internacionales, la preocupación por las víctimas de las violaciones de los derechos del hombre.

5. Consejo Pontificio Cor Unum

Este Consejo dedicado a la promoción humana y cristiana fue creado por el Papa Pablo VI en 1971. Expresa la preocupación de la Iglesia católica hacia los necesitados, de modo que se fomente la fraternidad humana y se manifieste la caridad de Cristo (CPB, 145).

Es función del Consejo (CPB, 146):

i. estimular a los fieles cristianos a dar testimonio de caridad evangélica, en cuanto partícipes de la misma misión de la Iglesia, y apoyarlos en este afán;
ii. fomentar y coordinar las iniciativas de las instituciones católicas que se dedican a ayudar a los pueblos necesitados, especialmente las que socorren las dificultades y calamidades más urgentes, y facilitar las relaciones entre estas instituciones católicas con los organismos públicos internacionales, que trabajan en el mismo campo de la beneficencia y del progreso;
iii. seguir con afán y promover los proyectos y obras de solidaridad y ayuda fraterna que favorecen el desarrollo humano.

El Dicasterio difunde además el Mensaje Anual del Santo Padre en Cuaresma, promueve y estimula la reflexión teológica con los Pastores para informar sobre las raíces cristianas de la Caridad y favorece y sostiene el voluntariado.

En el ámbito de este Consejo actúan la Fundación Juan Pablo II para el Sahel, creada en 1984 por el Sumo Pontífice para la lucha contra la sequía y la desertización, y la Fundación *Populorum Progressio*, instituida en 1992, y puesta al servicio de la población indígena, mestiza o afroamericana y de los campesinos pobres de América Latina y del Caribe.

El Presidente de este Consejo es el mismo que el del Consejo de Justicia y Paz, el cual debe procurar que la actividad de ambas instituciones proceda en estrecha unión (CPB, 147). Cuenta con 40 miembros, 10 consultores y 8 Oficiales y tiene sede en el Palacio de San Calixto, Roma.

6. Consejo Pontificio para la Atención Espiritual a los Emigrantes e Itinerantes

Dada la tradicional solicitud de la Iglesia por los emigrantes, han existido siempre en la Curia Romana distintas oficinas encargadas de la pastoral de estos grupos. En 1952, Pío XII estableció el Consejo

Superior para la Emigración y la Obra del Apostolado del Mar, dentro de la entonces Congregación Consistorial, actualmente Congregación para los Obispos. Seis años más tarde, confió a esta Congregación la asistencia espiritual de los fieles que trabajan en las líneas aéreas y de los pasajeros, a través de la institución llamada: "Obra del Apostolatus Coeli o Aëris". En 1965, Pablo VI fundó, en el ámbito de esta Congregación, un Secretariado con la competencia de "otorgar consuelo espiritual a la población que no tiene morada fija y también a aquellos hombres que viven en condiciones análogas". En 1976 se instituyó en la Congregación para el Clero una oficina cuyo cometido era "garantizar la asistencia religiosa de todas aquellas personas que entran en el ámbito del fenómeno turístico". Con el *Motu Proprio Apostolicae Caritatis* de 1970, Pablo VI instituyó una comisión específica, dentro de la Congregación para los Obispos, que abarcaba todas las pastorales concernientes a la movilidad humana: emigrantes, exiliados, refugiados, gente de mar, personal de vuelo y pasajeros, nómadas, peregrinos y turistas, entre otros. En 1988 este Consejo recibió un nombre nuevo y se separó de la Congregación para los Obispos.

El Consejo proyecta la solicitud pastoral de la Iglesia sobre las peculiares necesidades de los que se vean obligados a dejar su patria o carezcan totalmente de ella (CPB, 149). A tal efecto:

i. trabaja para que en las Iglesias particulares se ofrezca una eficaz y apropiada atención espiritual, tanto a los prólogos y a los exiliados, como a los emigrantes, a los nómadas y a la gente del circo (CPB, 150 §1);
ii. fomenta igualmente en las mismas Iglesias la solicitud pastoral en favor de los marinos, tanto en el mar como en los puertos, sobre todo por medio de la Obra del Apostolado del Mar, cuya alta dirección ejerce (CPB, 150 §2);
iii. muestra la misma solicitud por los que tienen un empleo o trabajan en los aeropuertos o en los mismos aviones (CPB, 150 §3);
iv. se esfuerza para que el pueblo cristiano sobre todo con ocasión de la celebración de la Jornada Mundial en favor de los Emigrantes y Prófugos, adquiere conciencia de sus necesidades y manifieste con hechos su ánimo fraterno hacia ellos (CPB, 150 §2);
v. trabaja para que los viajes que se realizan por motivos de piedad, o por afán de aprender o para descansar, contribuyan a la formación moral y religiosa de los fieles cristianos (CPB, 151);
vi. asiste a las Iglesias particulares para que todos los que se encuentren fuera de su propio domicilio puedan disfrutar de una atención pastoral adecuada (CPB, 151);

vii. organiza y participa en reuniones internacionales sobre actividades pastorales, tales como la pastoral para los gitanos y la gente del circo (CPB, 152);
viii. colabora todos los años con el Santo Padre en el Mensaje de la Jornada Mundial del Emigrante (CPB, 152).

En el Congreso Mundial de 1991 sobre la Pastoral para los Emigrantes y Refugiados, celebrado en el Vaticano sobre: "Solidaridad con las nuevas migraciones", el Cardenal Roger Etchegaray, Presidente de los Pontificios Consejos "Justicia y Paz" y "*Cor Unum*", señaló que hay 100 millones de refugiados en el mundo, incluida toda "la gente en movimiento" y también los que huyen de sus tierras por motivos económicos o por guerras o conflictos civiles. En 1992 este Consejo y el Pontificio Consejo "*Cor Unum*" emanaron juntos un documento titulado "Los refugiados: un desafío a la solidaridad". El Arzobispo Cheli dijo entonces que unas 80 Conferencias episcopales tienen una Comisión u Obispo encargados de responder a las necesidades de los refugiados. Para mejorar el servicio a los emigrantes e itinerantes, el Consejo busca la colaboración de Representaciones pontificias, Conferencias episcopales, Obispos locales, Embajadores acreditados ante la Santa Sede, Congregaciones religiosas y Organizaciones gubernamentales o eclesiales de carácter internacional, interesados en este sector.

7. Consejo Pontificio del Apostolado para los Agentes de la Salud

El Consejo manifiesta la solicitud de la Iglesia por los enfermos, ayudando a quienes realizan un servicio para con los que están enfermos y los que sufren, con el fin de que el apostolado de la misericordia, al que se dedican, responda cada vez mejor a las nuevas exigencias (CPB, 152).

Compete a este Consejo:

i. difundir la doctrina de la Iglesia sobre los aspectos espirituales y morales de la enfermedad y el significado del dolor humano (CPB, 153 §1);
ii. ofrecer su colaboración a las Iglesias particulares, para que se ayude a los agentes de la salud con la atención espiritual en el desarrollo de su actividad según la doctrina cristiana, y además

para que no falten las ayudas adecuadas a los que se dedican a la acción pastoral en este sector (CPB, 153 §2);

iii. favorecer el estudio y la acción que, en este campo, desarrollan tanto las organizaciones católicas internacionales como otras instituciones (CPB, 153 §3);

iv. seguir atentamente, en el campo legislativo y científico, las novedades referentes a la salud, con el fin de que se tengan en cuenta oportunamente en la labor pastoral de la iglesia (CPB, 153 §1).

8. Consejo Pontificio de la Interpretación de los Textos Legislativos

La historia de este Dicasterio comienza con la creación por parte de Benedicto XV de la Pontificia Comisión para la Interpretación auténtica del Código de Derecho Canónico, promulgado el 27 mayo de 1917[197], la cual duró hasta la creación de la Pontificia Comisión de Revisión del Código de Derecho Canónico, constituida por Juan XXIII el 28 de marzo de 1963, con el objetivo de preparar, a la luz de los decretos del Concilio Vaticano II, la reforma del Código promulgado por Benedicto XV. Luego, con fecha 11 de julio de 1967, Pablo VI instituyó la Pontificia Comisión para la Interpretación de los Decretos del Concilio Vaticano II, a cuya competencia le era sucesivamente asignada la interpretación de los documentos emanados de la Santa Sede para la ejecución de los Decretos Conciliares (Carta de la Secretaría de Estado Nro. 134634 del 14 de abril de 1969). Por último con la Constitución Apostólica *Pastor Bonus*, la Comisión fue transformada en el actual Consejo Pontificio para la Interpretación de los Textos Legislativos con una competencia más amplia y articulada.

La función del Consejo consiste, sobre todo, en interpretar las leyes de la Iglesia (CPB, 154). Compete al Consejo dar la interpretación auténtica de las leyes universales de la Iglesia, corroborada por la autoridad pontificia, después de haber oído en las cuestiones de mayor importancia a los dicasterios competentes por razón de la materia (CPB, 155). Asimismo, está a disposición de los demás dicasterios romanos para ayudarles a que los decretos generales ejecutivos y las instrucciones que hayan de publicar estén de acuerdo con las normas del derecho vigente y se redacten en la debida forma jurídica (CPB, 156). Han de ser sometidos a él para la revisión, por parte del

[197] *Motu Proprio Cum Iuris Canonici*, del 15 septiembre 1917.

dicasterio competente, los decretos generales de las asambleas episcopales, con el fin de ser examinados bajo el aspecto jurídico (CPB, 157). A petición de los interesados, decide si las leyes particulares y los decretos generales, emanados por legisladores que están por debajo de la autoridad suprema, son o no conformes a las leyes universales de la Iglesia (CPB, 158).

9. Consejo Pontificio para el Diálogo entre las Religiones

El Domingo de Pentecostés de 1964, el Papa Pablo VI instituyó en la Curia Romana un organismo especialmente dedicado a las relaciones con los no cristianos, denominado Secretariado para los No Cristianos, el cual en 1988, con la Constitución *Pastor Bonus*, se convirtió en el Pontificio Consejo para el Diálogo entre las Religiones, que es la oficina central de la Iglesia Católica para la promoción del diálogo interreligioso conforme el espíritu del Concilio Vaticano II, en particular, la declaración *Nostra Aetate*.

Así, este Consejo fomenta y regula las relaciones con los miembros y grupos de las religiones que no estén consideradas bajo el nombre de cristianas, y también con los que de alguna forma tienen un sentido religioso (CPB, 159).

A tal fin:

i. trabaja para que se desarrolle de modo adecuado el diálogo con los seguidores de otras religiones, y fomenta diversas formas de relaciones con ellos (CPB, 160)[198];
ii. promueve oportunos estudios y reuniones para que haya un mutuo conocimiento y estima y para que se colabore en la promoción de la dignidad del hombre y de sus valores espirituales y morales (CPB, 160);
iii. vela por la formación de los que se dedican a dicho diálogo (CPB, 160).

Para el desarrollo de estas tareas, sus miembros reciben a los líderes de otras religiones, los visitan en sus países o bien organizan encuentros de carácter regional, nacional e internacional. El Consejo ha publicado, entre otros, dos trabajos: La Actitud de la Iglesia Católica hacia los Seguidores de otras Tradiciones Religiosas: reflexiones

[198] Su tarea se constriñe a los aspectos religiosos sin ingresar en el terreno social o político.

sobre el Diálogo y la Misión (1984), y Diálogo y Proclamación (1991). Publica, asimismo, un boletín trimestral denominado *Pro Diálogo*.

Cuando la materia en cuestión lo requiera, en el ejercicio de su función propia, tiene que proceder consultando a la Congregación de la Doctrina de la Fe y, si fuere necesario, con las Congregaciones para las Iglesias Orientales y para la Evangelización de los Pueblos (CPB, 161). En el Consejo está establecida una Comisión para fomentar las relaciones con los musulmanes desde el punto de vista religioso, bajo la dirección del Presidente del mismo Consejo (CPB, 162).

Está integrado por 30 miembros entre cardenales y obispos de todas partes del mundo, que se reúnen en Asamblea Plenaria cada dos o tres años; cuenta también con un cuerpo asesor de 50 consultores. En el ámbito del Consejo funciona la Fundación *Nostra Aetate* que otorga subsidios a personas de otras religiones que desean estudiar el Cristianismo.

10. Consejo Pontificio para el Diálogo con los No Creyentes

El Consejo manifiesta la preocupación pastoral de la Iglesia para con los que no creen en Dios o no profesan ninguna religión (CPB, 163). Con tal motivo, promueve el estudio del ateísmo, así como de la falta de fe y de religión, investigando sus causas y consecuencias respecto a la fe cristiana, con la finalidad de proporcionar ayudas adecuadas para la acción pastoral, sobre todo con la colaboración de las instituciones católicas de estudios (CPB, 164) y establece el diálogo con los ateos y con los no creyentes, siempre que éstos acepten una colaboración sincera: participa en asambleas de estudio sobre esta materia por medio de auténticos peritos (CPB, 165).

11. Consejo Pontificio de la Cultura

Es el dicasterio de la Curia Romana que auxilia al Sumo Pontífice en el encuentro entre el mensaje del Evangelio y las diferentes culturas. Se ocupa por ello del estudio de los graves fenómenos de la ruptura entre aquél y éstas, de la indiferencia religiosa e increencia, y en general de las relaciones de la Iglesia y de la Santa Sede con el mundo de la cultura. Para ello, promueve el diálogo con las diversas culturas de nuestro tiempo, a fin de que se abran cada vez más al Evangelio, y quienes cultivan las ciencias, las letras y las artes, se sientan reconocidos por la Iglesia. Paralelamente, sigue y coordina la actividad de las Pontificias Academias y mantiene contactos periódicos con la Pontificia Comisión para los Bienes Culturales de la Iglesia.

Se origina en el Concilio Vaticano II, el cual destacó –dedicándole toda una sección de la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*– la importancia fundamental de la cultura para el pleno desarrollo del hombre, los múltiples vínculos que existen entre el mensaje salvífico y la cultura, y el mutuo enriquecimiento entre la Iglesia y las culturas en la comunión histórica con las diversas civilizaciones[199]. Por su lado, el Papa Pablo VI, recogiendo el fruto de los trabajos de la Asamblea del Sínodo de los Obispos sobre la evangelización, celebrado en el otoño de 1974, escribió: "El Evangelio, y por tanto la evangelización, no se identifican ciertamente con la cultura, y son independientes respecto a todas las culturas. Sin embargo, el Reino que el Evangelio anuncia, es vivido por hombres profundamente ligados a una cultura, y la construcción del Reino debe necesariamente servirse de los elementos de la cultura y de las culturas humanas. Independiente frente a las culturas, el Evangelio y la evangelización no son necesariamente incompatibles con ellas, sino capaces de impregnarlas todas, sin sujetarse a ninguna"[200]. Finalmente, Juan Pablo II creó en 1982 el Consejo Pontificio para la Cultura[201] y en 1993 precisó sus funciones[202].

El Consejo fomenta las relaciones entre la Santa Sede y el mundo de la cultura, sobre todo promoviendo el diálogo con las diversas instituciones de ciencia y pensamiento de nuestro tiempo, para que la civilización se abra cada vez más al Evangelio, y los que cultivan las ciencias, las letras y las artes se sientan llamados por la Iglesia a la verdad, a la bondad y a la belleza (CPB, 166). Para ello, asume directamente iniciativas apropiadas respecto a la cultura y sigue las que llevan a cabo las diversas instituciones de la Iglesia y, en la medida que fuere necesario, les presta su colaboración. Asimismo, consultando a la Secretaría de Estado, se interesa por los programas de acción que adaptan los Estados y los organismos internacionales para mentar la civilización humana, y en cuanto a la cultura participa, si es oportuno, en las principales asambleas y fomenta encuentros (CPB, 168).

[199] *Gaudium et Spes*, 53-62.

[200] Tal como dice la Exhortación Apostólica *Evangelii Nuntiandi* emitida por el Papa Pablo VI el 8 de diciembre de 1975: "... lo que importa es evangelizar –no de una manera decorativa, como un barniz superficial, sino de manera vital, en profundidad y hasta sus mismas raíces– la cultura y las culturas del hombre en el sentido rico y amplio que tienen sus términos en la *Gaudium et Spes* (50), tomando siempre como punto de partida la persona y teniendo siempre presentes las relaciones de las personas entre sí y con Dios" (§ 20).

[201] Carta autógrafa al Cardenal Secretario de Estado, 20 de mayo de 1982.

[202] Carta Apostólica –en forma de *Motu Proprio*– *Inde a Pontificatus*, del 25 de marzo de 1993.

Según otras normas que también lo regulan, el Consejo tiene encomendadas las siguientes tareas:

i. promover el encuentro entre el mensaje salvífico del Evangelio y las culturas de nuestro tiempo, para que éstas se abran cada vez más a la fe cristiana[203];
ii. manifestar la solicitud pastoral de la Iglesia frente a los graves fenómenos de ruptura entre el Evangelio y las culturas y promover el estudio del problema de la increencia y de la indiferencia religiosa presente de formas diversas en los distintos ambientes culturales, indagando sus causas y consecuencias, en lo que respecta a la fe cristiana, con el intento de proporcionar una ayuda adecuada a la acción pastoral de la Iglesia en la evangelización de las culturas y la inculturación del Evangelio[204];
iii. favorecer las relaciones entre la Iglesia y la Santa Sede con el mundo de la cultura, promoviendo oportunas iniciativas en el ámbito del diálogo entre la fe y la cultura, y el diálogo intercultural[205];
iv. seguir las iniciativas emprendidas por otras instituciones de la Iglesia y ofrecer la propia colaboración a los organismos correspondientes de las conferencias episcopales[206];
v. entablar diálogo con los que no creen en Dios o no profesan religión alguna, siempre que estén abiertos a una sincera colaboración. Organizar y participar en encuentros de estudio en este campo por medio de expertos[207];
vi. seguir y coordinar la actividad de las Academias Pontificias, sin perjuicio de la autonomía de los programas de investigación, a fin de promover una investigación interdisciplinaria y dar mayor resonancia a las obras de éstas[208];
vii. compartir las preocupaciones culturales de los dicasterios de la Santa Sede[209];
viii. realizar proyectos comunes con otros organismos de la Santa Sede, a fin de facilitar la coordinación de sus tareas en la evangelización de las culturas, y asegurar la cooperación de las instituciones culturales de la Santa Sede[210];

[203] *Inde a Pontificatus*, 1.
[204] Ibid., 2.
[205] Ibid., 3.
[206] Ibid., 3.
[207] Ibid., 4.
[208] Normas para la renovación de las Academias Pontificias, n° 7.
[209] Cf. Carta autógrafa de fundación.
[210] Ibid.

ix. dialogar con las conferencias episcopales, las conferencias de superiores y superiores mayores, con el fin de hacer que toda la Iglesia pueda beneficiarse de las iniciativas, investigaciones, realizaciones y creaciones que permitan a ésta una presencia activa en el propio ambiente cultural[211];
x. colaborar con las organizaciones internacionales católicas, universitarias, históricas, filosóficas, teológicas, científicas, artísticas, intelectuales, y promover la recíproca cooperación[212];
xi. seguir la acción de los organismos internacionales que actúan en el campo de la cultura, la filosofía, las ciencias de la naturaleza y del hombre, y asegurar una eficaz participación de la Santa Sede en los foros internacionales que se ocupan de estos asuntos, principalmente la UNESCO y el Consejo de Europa[213];
xii. seguir la política y la acción cultural de los diversos gobiernos del mundo[214];
xiii. facilitar el diálogo entre la Iglesia y la cultura en la universidad y centros de investigación, especialmente a través de centros culturales católicos, organizaciones de artistas, de especialistas, investigadores y estudiosos, y promover encuentros significativos mediante estos espacios culturales[215];
xiv. acoger en Roma a los representantes de la cultura interesados en conocer mejor la acción de la Iglesia en este campo y en hacer a la Iglesia beneficiaria de su experiencia, ofreciéndoles en Roma un lugar de encuentro y diálogo[216].

La variada actividad del Consejo –desarrollada en dos secciones: (a) Fe y Cultura, y (b) Diálogo con las culturas– se puede sintetizar en torno a los siguientes aspectos: (a) Acogida a los visitantes: tienen lugar encuentros con los obispos que llegan a Roma con ocasión de sus visitas *ad limina* y con otros grupos de visitantes (sacerdotes, religiosos y religiosas, directores de centros culturales, etc.). Además, el Consejo recibe numerosas visitas de parte de exponentes y representantes del mundo de la cultura. (b) Congresos: el Consejo organiza coloquios, jornadas de estudio, reuniones y encuentros, y además par-

[211] Ibid.
[212] Ibid.
[213] Ibid.
[214] Ibid.
[215] Ibid.
[216] Ibid.

ticipa frecuentemente en los encuentros promovidos por otros organismos, de nivel regional, nacional o internacional. (c) Contactos: el Consejo mantiene contactos con los demás dicasterios de la Curia Romana, con las conferencias episcopales, con las iglesias locales, con las legaciones pontificias ante los Estados, con la UNESCO y otros organismos internacionales no gubernamentales. (d) Publicaciones: el Consejo publica la revista trimestral *Culturas y Fe*, con artículos y noticias en español, francés, inglés e italiano. Además, se publican diversos libros y opúsculos a propósito de los diversos aspectos del encuentro del Evangelio con las culturas y del diálogo intercultural. El Consejo publica igualmente las actas de los congresos que organiza. La actividad ordinaria comprende también: correspondencia con la Iglesia universal y con el mundo de la cultura, preparación instrucciones para los nuncios apostólicos, informes sobre publicaciones, corrientes y tendencias culturales, sobre todo a partir de las relaciones quinquenales preparadas por las diócesis

El Consejo, cuya sede también es el Palacio San Calixto en el Trastevere, está constituido por: el Cardenal Presidente, el Secretario, el Subsecretario, 13 cardenales, 17 arzobispos y obispos, 8 sacerdotes encargados de los principales espacios culturales y geográficos, así como de las diversas áreas que forman parte de la actividad del dicasterio: ciencias, centros culturales católicos, arte y artistas, medios de comunicación social, academias pontificias, sectas, etcétera y 7 asistentes administrativos y técnicos. Asimismo, para el estudio de cuestiones de particular importancia, se cuenta con la ayuda de Consultores, nombrados por el Santo Padre *ad quinquennium*: 26 especialistas del campo de la cultura o en la práctica del diálogo con los no creyentes, residentes en todos los continentes.

La Asamblea Plenaria del Consejo tiene lugar al menos una vez cada tres años y se reúne con la misión de estudiar y definir los programas de acción del dicasterio, intercambiar experiencias y reflexiones sobre las diversas situaciones culturales de las sociedades contemporáneas, en una perspectiva de evangelización y de diálogo de la Iglesia con las culturas. Participan de ella los miembros del Consejo, cardenales y obispos nombrados *ad quinquennium*, procedentes de diversas partes del mundo.

12. Consejo Pontificio de las Comunicaciones Sociales

El 30 de enero de 1948 la Secretaría de Estado creó la Comisión Pontificia para el Estudio y la Evaluación Eclesiástica de Films sobre Asuntos Morales y Religiosos, luego aprobada en el mes de septiem-

bre de ese mismo año por el Papa Pío XII bajo el nombre de Comisión Pontificia para los Films Educacionales y Religiosos a quien se le encomendó la tarea de examinar los problemas pastorales y educacionales en la entonces incipiente era audiovisual. Este organismo se convirtió, el 1° de enero de 1952, en la Comisión Pontificia para el Cine, y luego de varios desarrollos posteriores, Pablo VI la transformó en la Comisión Pontificia para las Comunicaciones sociales[217]. Finalmente con la Constitución *Pastor Bonus* fue transformada en el Consejo Pontificio de las Comunicaciones Sociales.

El Consejo se dedica a las cuestiones relativas a los instrumentos de comunicación social, con la finalidad de que, también por medio de ellos, el mensaje de la salvación y el progreso humano contribuyan a fomentar la civilización y las costumbres (CPB, 169 §1).

Para ello:

i. suscita y apoya la acción de la Iglesia y de los fieles cristianos en las múltiples formas de la comunicación social, trabajando para que los diarios y otros escritos periódicos, los espectáculos cinematográficos y las transmisiones de radio o televisión estén cada vez más impregnados de espíritu humano y cristiano (CPB, 170 §1);
ii. sigue con especial preocupación los diarios, publicaciones periódicas, emisoras de radio y televisión de naturaleza católica, para que respondan realmente a la propia índole y función, divulgando sobre todo la doctrina de la Iglesia como la propone el Magisterio, y difundiendo correcta y fielmente las noticias religiosas (CPB, 170 §2);
iii. fomenta las relaciones con las asociaciones católicas que trabajan en las comunicaciones sociales (CPB, 170 §3);
iv. procura que el pueblo cristiano, especialmente con ocasión de la celebración de la jornada de las Comunicaciones Sociales, tome conciencia del deber que tiene cada uno de esforzarse para que dichos instrumentos estén al servicio de la misión pastoral de la Iglesia (CPB, 170 §4).

h. Las Oficinas

1. Cámara Apostólica

La Cámara Apostólica, al frente de la cual está el Cardenal Camarlengo, tiene a su cargo principalmente las funciones que le están asignadas por la ley peculiar sobre la Sede Apostólica vacante (CPB

[217] *Motu Proprio In Fructibus Multis* del 2 de abril de 1964.

171 §1)[218]. En este caso el Cardenal Camarlengo tiene el derecho y el deber de reclamar a todas las administraciones dependientes de la Santa Sede las relaciones sobre su estado patrimonial y económico, así como las informaciones sobre los asuntos extraordinarios que estén eventualmente en curso, y a la Prefectura de los Asuntos Económicos de la Santa Sede el balance general del año anterior, así como el presupuesto para el año siguiente. Asimismo, está obligado a someter esas relaciones y balances al Colegio de Cardenales (CPB, 171 §2).

2. Administración del Patrimonio de la Sede Apostólica

Tiene a su cargo la administración de los bienes de propiedad de la Santa Sede, destinados a proveer de los fondos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Curia Romana (CPB, 172). Está presidida por un cardenal, al que asiste una asamblea de padres cardenales: y consta de dos Secciones, la Ordinaria y la Extraordinaria, bajo la dirección de un prelado secretario (CPB, 173). La Sección Ordinaria administra los bienes que se le confían, pidiendo, si fuere necesario, el consejo de peritos; trata lo referente al estado jurídico-económico del personal de la Santa Sede, vigila las instituciones sometidas a su dirección administrativa; cuida de que se provea a todo lo que requiere la actividad ordinaria de los dicasterios en orden a cumplir sus finalidades, lleva la contabilidad de las entradas y salidas y elabora el balance del año anterior y el presupuesto del año siguiente (CPB, 174). La Sección Extraordinaria administra sus propios bienes muebles, y lleva la gestión de los bienes muebles que le encomiendan las demás instituciones de la Santa Sede (CPB, 175).

3. Prefectura de los Asuntos Económicos de la Santa Sede

La Prefectura dirige y controla las administraciones de los bienes que dependen de la Santa Sede o que ella preside, cualquiera que sea la autonomía de que puedan gozar (CPB, 176). Está presidida por un cardenal, asistido por una asamblea de cardenales, con la ayuda de un prelado secretario y de un contable general (CPB, 177). Entre sus funciones: (i) examina las relaciones sobre el estado patrimonial y económico, así como los balances y presupuestos anuales de las administraciones de las que habla el Artículo 176, inspeccionando, si fuere necesario, libros de contabilidad y documentos (CPB, 178 §1); (ii) prepara el presupuesto y el balance general de la Santa Sede y lo

[218] Véase *supra* V.a.3.

somete a la aprobación de la autoridad superior dentro del tiempo establecido (CPB, 178 §2); (iii) vigila las iniciativas económicas de las administraciones, da su parecer sobre los proyectos de mayor importancia (CPB, 179 §1); (iv) indaga sobre los daños que de cualquier manera se hayan ocasionado al patrimonio de la Santa Sede, con el fin de promover, si fuere necesario, acciones penales o civiles ante los tribunales competentes (CPB, 179 §2).

i. Los Organismos

1. Prefectura de la Casa Pontificia

La Prefectura se ocupa del orden interno relativo a la Casa Pontificia y dirige, en lo referente a la disciplina y al servicio, a todos los clérigos o laicos que constituyen la Capilla y la Familia Pontificia (CPB, 180). En tal carácter: (i) asiste al Sumo Pontífice tanto en el Palacio Apostólico, como cuando viaja a la Ciudad de Roma o a Italia (CPB, 181 §1); (ii) cuida de la ordenación y desarrollo de las ceremonias pontificias, excluida la parte estrictamente litúrgica, de la que se ocupa la Oficina encargada de las Celebraciones Litúrgicas del Sumo Pontífice; asigna el orden de precedencia (CPB, 181 §2); (iii) prepara las audiencias públicas y privadas del Sumo Pontífice consultando, siempre que lo exijan las circunstancias, a la Secretaría de Estado, bajo cuya dirección dispone todo lo que hay que observar cuando el Sumo Pontífice recibe en audiencia solemne a los jefes de Estado, Embajadores, Ministros de Estado, autoridades públicas y a otras personalidades insignes por su dignidad (CPB, 181 §3).

2. Oficina de las Celebraciones Litúrgicas del Sumo Pontífice

Le corresponde preparar todo lo necesario para las celebraciones litúrgicas y otras funciones sagradas que celebre el Sumo Pontífice u otro en su nombre, y dirigirlas según las prescripciones vigentes del derecho litúrgico (CPB, 182 §1). Al Maestro de las Celebraciones Litúrgicas Pontificias lo nombra el Sumo Pontífice para un quinquenio; a los ceremonieros pontificios, que lo ayudan en las sagradas celebraciones, los nombra el Secretario de Estado para el mismo período de tiempo (CPB, 182 §2).

j. Los abogados

Además de los abogados de la Rota Romana y los abogados para las Causas de los Santos, existe un registro de abogados que están habilitados para asumir, a petición de las personas interesadas, el

patrocinio de las causas ante el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, y para prestar además su colaboración en los recursos jerárquicos ante los dicasterios de la Curia Romana (CPB, 183). El cardenal Secretario de Estado, oída la comisión constituida de modo estable para ello, puede inscribir en el registro a los candidatos que se distingan por una adecuada preparación, comprobada por títulos académicos aptos, y al mismo tiempo por el ejemplo de vida cristiana, honradez de costumbres y pericia en tratar los asuntos (CPB, 184). Se constituye así un Cuerpo de abogados de la Santa Sede elegidos principalmente de entre los inscriptos en dicho registro, los cuales pueden asumir el patrocinio de las causas, en nombre de la Santa Sede o de los dicasterios de la Curia Romana, ante los tribunales eclesiásticos o civiles (185 §1). El cardenal Secretario de Estado los nombra para un quinquenio luego de consultar a la misma comisión que interviene en la formación del registro. Por causas graves pueden ser removidos de su cargo y al cumplir los setenta y cinco años de edad, cesan en el cargo (CPB, 185 §2).

k. Instituciones vinculadas a la Santa Sede

Existen algunas instituciones que aunque no forman parte en sentido propio de la Curia Romana, sin embargo prestan servicios necesarios o útiles al Sumo Pontífice, a la Curia y a la Iglesia universal, y de algún modo están ligadas con la Sede Apostólica (CPB, 186).

Entre estas instituciones, regidas por leyes particulares, se distinguen:

i. el Archivo Secreto Vaticano, en el cual se conservan los documentos relativos al gobierno de la Iglesia, a fin de que estén a disposición en primer lugar de la Santa Sede y de la Curia para realizar su trabajo, y también, por concesión pontificia, puedan ser para todos los historiadores fuentes de conocimiento, incluso de la historia profana, de todas las regiones que en los siglos pasados estuvieron estrechamente ligadas con la vida de la Iglesia (CPB, 187);
ii. la Biblioteca Apostólica Vaticana, constituida por los Sumos Pontífices como instrumento de la Iglesia para fomentar, conservar y divulgar la cultura (CPB, 188);
iii. la Pontificia Academia de las Ciencias, dedicada a la investigación y la difusión de la verdad en los distintos sectores de la ciencia divina y humana (CPB, 189);

iv. la Fábrica de San Pedro que tiene a su cargo lo referente a la basílica de San Pedro, tanto para la conservación y decoro del edificio como para la disciplina interna de los visitantes y peregrinos que entran en ella (CPB, 192).

Además de estas instituciones antiguas hay otras más modernas tales como: la Tipografía Políglota Vaticana, la Librería Editorial Vaticana, la Limosnera Apostólica, que ejerce el servicio de asistencia a los pobres y depende directamente del Sumo Pontífice, la Radio Vaticano y el Centro Televisivo Vaticano. Existen también las publicaciones diarias, semanales y mensuales entre las que se distingue *L'Osservatore Romano*. Estas instituciones también se rigen por sus propias leyes (CPB, 192).

VII. Conclusiones

Al comenzar dije que el propósito de este trabajo es aportar al derecho público general, la rica experiencia que brinda el derecho público eclesiástico que, como ningún otro ordenamiento jurídico, ha conocido los vaivenes de los –ininterrumpidos– veinte siglos de historia de la Iglesia Católica. Estas conclusiones, por lo tanto, están fundamentalmente dirigidas a trazar un paralelo posible entre el gobierno y administración de la Iglesia y los de un gobierno civil.

En este orden de ideas, me parece que lo primero es encuadrar al gobierno de la Iglesia Católica dentro de alguna de las concepciones que tradicionalmente maneja la ciencia política. Desde este primer punto de vista, la Iglesia Católica es una monarquía en el sentido aristotélico del concepto, es decir, el gobierno unipersonal, pero en el bien de todos[219]. Basta recordar la preeminencia que tiene la figura del Papa en el gobierno de la Iglesia, para comprender esta idea. El Romano Pontífice posee la llamada potestad ordinaria, que es suprema, plena, inmediata, universal, y además puede ser ejercida libremente frente a intromisiones del poder temporal o frente a planteamientos conciliaristas o galicanos; pero está sometida, sin embargo, a la divina Revelación, la estructura fundamental de la Iglesia, los sacramentos y las definiciones de los primeros concilios.

El Romano Pontífice ejerce, al mismo tiempo, la suma de las facultades ejecutivas, legislativas y judiciales. Es quien nombra a todos

[219] ARISTÓTELES, *Política*, Libro III, cap. V. He consultado la edición española de Editorial Porrúa, México, 1997.

los funcionarios de la Curia Romana, mandatos que cesan a su muerte. Designa asimismo a los cardenales, los obispos y a los legados pontificios. Convoca al Concilio Ecuménico y lo preside, convoca al Sínodo de los Obispos, preside el Colegio de los Obispos, convoca y preside el Consistorio de los Cardenales, constituye, suprime o cambia las provincias eclesiásticas y es el administrador y distribuidor supremo de todos los bienes eclesiásticos. Es, asimismo, la autoridad final en materia administrativa, pues sus decretos no pueden ser objeto de apelación alguna. En el orden legislativo, ejerce la suma de tales facultades, pues de los dicasterios de la Curia Romana no pueden emanar leyes o decretos generales que tengan fuerza de ley, ni derogar las prescripciones del derecho universal vigente, sino en casos determinados y con aprobación específica del Sumo Pontífice. Recordemos que la organización política de la Iglesia no contempla forma alguna de Parlamento o asamblea legislativa, salvo el Concilio. En materia jurisdiccional, el Papa es el juez supremo para todo el orbe católico y dicta sentencia personalmente, o mediante los tribunales ordinarios de la Sede Apostólica, o por jueces en los cuales delega[220]. Pero al mismo tiempo goza de inmunidad jurisdiccional. Sus decisiones, además, son finales, pues no cabe apelación ni recurso contra ellas.

La hegemonía del Papa en el gobierno de la Iglesia, queda también de manifiesto cuando se produce la vacancia de la Sede Apostólica, pues en tal caso nada puede innovarse en el régimen de la Iglesia universal, y deben aplicarse las disposiciones especialmente previstas para dicha circunstancia. Mientras está vacante la Sede Apostólica, el gobierno de la Iglesia queda confiado al Colegio de los Cardenales solamente para el despacho de los asuntos ordinarios o de los urgentes y para la preparación de todo lo necesario para la elección del nuevo Pontífice, por eso deben quedar absolutamente excluidos los asuntos, que son potestad únicamente del Romano Pontífice. El Colegio de los Cardenales no tiene ninguna potestad o jurisdicción sobre las cuestiones que corresponden al Papa en vida o en el ejercicio de las funciones de su misión y todas estas cuestiones deben quedar reservadas exclusivamente al futuro Pontífice. Por lo tanto, es inválido y nulo cualquier acto de potestad o de jurisdicción correspondiente al Romano Pontífice mientras éste vive.

[220] Reparemos en esta disposición del canon 1442, que es típica de las monarquías, donde la justicia o la función judicial pertenece al Rey y éste la delega para su ejercicio en los jueces, a diferencia de las repúblicas donde los poderes están divididos y los jueces ejercen sus funciones a título propio.

Como primera conclusión tenemos entonces que la Iglesia Católica en su estructura de gobierno puede ser asimilada a una monarquía constitucional no hereditaria. Pese a sus amplísimos poderes, el Papa tiene dos limitaciones que contribuyen, en definitiva, al fortalecimiento institucional de la Iglesia. En primer lugar, ejerce un gobierno sometido a la ley. Nadie podría dudar de que en el ámbito de la Iglesia Católica rige el principio del Estado de derecho. Al mismo tiempo, el Papa como monarca, no es sucedido por un miembro de su familia –rasgo típico mediante el cual las monarquías tienden a perpetuarse– sino que el sucesor es elegido por los cardenales, es decir por aquellos varones que se destaquen notablemente por su doctrina, costumbres, piedad y prudencia en la gestión de los asuntos de la Iglesia. Estamos entonces ante una monarquía electiva. Pero no se trata de una elección popular. En todo caso, por ser una elección de pocos, es de tipo aristocrática, siguiendo la clasificación aristotélica[221]. Por último, la forma de gobierno monárquica no ha impedido la existencia –claramente delimitada y legislada– de las tres funciones principales: legislativa, ejecutiva y judicial, aun cuando esta separación es meramente formal, pues las tres alcanzan su máximo grado en una sola persona: el Romano Pontífice[222].

A las notas precitadas, puede añadirse una tercera. La monarquía papal posee un cierto grado de descentralización. Aun cuando no me he ocupado específicamente de ello en este trabajo, he podido señalar muy brevemente que el gobierno de la Iglesia comprende la llamada Iglesia universal y las Iglesias particulares. Estas últimas son las circunscripciones territoriales en que se divide la Iglesia a cuyo frente están, principalmente, los Obispos como sucesores de los Apóstoles. Como vemos, esta descentralización no tiene por objetivo restar o limitar los poderes del Sumo Pontífice, sino reproducir en el gobierno de la Iglesia la reunión de Jesucristo con sus Apóstoles. Esta reunión, además, se materializa en dos órganos de la Iglesia: el Colegio Episcopal y el Concilio Ecuménico. Aun así, si fuera posible hacer una analogía con un gobierno civil, la coexistencia de la Iglesia universal y de las Iglesias particulares, ofrece un conjunto equivalente al de un estado unitario con descentralizaciones autárquicas. No se

[221] Idem nota 219.

[222] Aun cuando se reconoce que esta división tripartita es heredera del constitucionalismo y de las democracias liberales, la división es más formal que real, pues lejos de haber una división de poderes propiamente dicha, existe unidad en la potestad de régimen. Véase CDC-BAC, nota al canon 135.

trata ciertamente de un Estado federal, formado por la reunión de estados o provincias autónomas, pues quien elige a los obispos es el propio Papa y carecen aquéllos de una autonomía legislativa y jurisdicional suficiente como para ser equiparados a los órganos de algún gobierno autónomo.

La descentralización territorial convive también, siguiendo conceptos del Derecho Administrativo, con una desconcentración burocrática, encarnada en la Curia Romana. La Curia Romana como desconcentración vicaria, según se la ha designado[223], cumple un rol equivalente al de la Administración Pública en el gobierno civil. Si reparamos en su compleja organización, veremos que los dicasterios pueden ser asimilados a los ministerios que dependen del jefe ejecutivo del gobierno (presidente, primer ministro, etc.). Ciertamente –y por ello estamos ante una monarquía– la Curia Romana alberga también funciones legislativas y judiciales. Dentro de la Curia Romana se distingue claramente lo que corresponde al gobierno interior de la Iglesia y la tarea que ésta desarrolla en la realidad social. Dicho de otro modo, la Iglesia hacia adentro y la Iglesia hacia afuera. El primer ámbito lo abarcan las Congregaciones y el segundo los Consejos Pontificios.

Este panorama se ve enriquecido con la figura de la prelatura personal, que no es una Iglesia particular, pues no tiene base territorial determinada sino jurisdiccional. No es tampoco un dicasterio de la Curia Romana, sino que se halla dentro del ámbito de la Congregación para los Obispos. No es una persona jurídica[224], pero tiene estatutos y reglas propias. Estamos sin dudas ante una institución asociativa muy peculiar, que prácticamente no tiene equivalente en un gobierno civil. Ciertamente, mirado desde el Derecho Administrativo, es un órgano de la Iglesia[225], enderezado a promover una conveniente distribución de los presbíteros o de llevar a cabo peculiares obras pastorales o misionales en favor de varias regiones o diversos grupos sociales. Tal es la competencia general que le asigna el CDC. Consecuentemente, dentro de una organización jurídico-administrativa, podría ser calificado como un órgano desconcentrado.

También existen paralelos interesantes entre la legislación eclesiástica y la legislación civil, que tienen especial aplicación en el cam-

[223] ARRIETA, Diritto, pág. 303.

[224] El CDC legisla sobre las Prelaturas personales fuera del régimen general de las personas jurídicas.

[225] Empleo aquí el mismo concepto desarrollado *supra* en la nota 98.

po del derecho público. Hemos visto que el CDC distingue entre actos de alcance general (decretos generales, instrucciones, estatutos y reglamentos) y actos de alcance particular (decretos, preceptos singulares y rescriptos). Los decretos generales y las instrucciones, por su lado, ocupan en el derecho público eclesiástico un lugar semejante al que poseen los reglamentos delegados y ejecutivos, respectivamente, en el derecho administrativo común. Asimismo, está previsto y legislado con gran cuidado y detalle todo lo atinente a la delegación de facultades legislativas y los principios en esta materia son muy similares a los del derecho administrativo[226]. Entre los actos administrativos singulares se distingue entre los que son dictados de oficio (decretos o preceptos singulares) y los que proceden a instancia del interesado (rescriptos). Deben ser emitidos respetando los derechos de quienes se puedan ver afectados por ellos y existen normas que regulan con mucha precisión el procedimiento de ejecución de los actos singulares.

Como síntesis final, me atrevo a decir que el derecho público eclesiástico, con sus instituciones y fisonomías propias, ofrece al día de hoy un altísimo grado de actualización en materia jurídica, reflejado en las modernas Constituciones Apostólicas y en el Código que lo nutre. La Iglesia Católica es una institución bimilenaria, pero su estructura jurídica, lejos de haber quedado opacada por el paso del tiempo, recepta los cambios de la modernidad y ha logrado adaptarse a ella con eficacia. De hecho, los principales instrumentos jurídicos aquí analizados han sido sancionados bajo el reinado del Papa Juan Pablo II y son encomiables por su claridad conceptual y sistematización de instituciones y principios. Hay muchos gobiernos civiles, que al lado de la Iglesia son recientes, pero sus legislaciones no ostentan la actualidad y claridad del Código de Derecho Canónico o de la Constitución Apostólica *Pastor Bonus*. No me parece en consecuencia, que esta legislación debe ser mirada como un cuerpo aparte o que esté sentada sobre principios jurídicos completamente instransmisibles al orden jurídico civil. El Derecho siempre es uno, por más clasificaciones metodológicas que se le impongan, y una vez que aislamos y estudiamos las instituciones centrales que lo conforman, veremos que todas ellas, sin perjuicio de las fronteras geográficas o políticas existentes, pueden ser incorporadas con el debido cuidado, en la medida en que la cultura de cada lugar y sus necesidades lo exijan o lo permitan.

[226] En primer lugar la atribución de competencia debe ser expresa, con precisa determinación de la materia delegada. En segundo lugar, las normas delegadas tienen naturaleza legislativa.

ANEXO

CONCILIOS ECUMÉNICOS	AÑOS	DOCTRINAS Y ACONTECIMIENTOS PRINCIPALES
I de Nicea	325	El Verbo es consustancial al Padre– Fórmula de Fe– Símbolo Nicea. Condena Arrio
I de Constantinopla	381	Divinidad y consubstancialidad del Espíritu Santo. Símbolo Nicea-Constantinopla. Condena Macedonio.
De Éfeso	431	Única Persona de Cristo. Maternidad divina de María (Theotokós). Condena Nestorio.
De Calcedonia	451	Dos naturalezas en una Persona en Cristo. Condena monotelismo.
II de Constantinopla	553	Condena simpatizantes de doctrinas nestiorianas.
III de Constantinopla	680	Existencia de dos voluntades en Cristo. Condena monotelismo.
IV de Constantinopla	787	Legitimidad del culto a las imágenes. Condena iconoclastas
I de Letrán	869-870	Afirmación del primado del Papa.
II de Letrán	1123	Solución al problema de las investiduras. (Primer Concilio en Occidente).
III de Letrán	1139	De carácter disciplinar; simonía, usura, nicolaísmo.
IV de Letrán	1215	Profesión de Fe. Comunión pascual y confesión anual. Condena cátaros y albigenses.
I de Lyon	1245	Condena Federico II.
II de Lyon	1274	Unión con los Orientales.
De Viennes	1311-1312	Proceso a los templarios.
De Constanza	1414-1418	Pone fin al cisma de Occidente. Condena Wiclef y Huss.
De Basilea- Ferrara-Florencia	1439- 1445	Nueva unión con los Orientales.
V de Letrán	1512- 1517	Reforma del clero.
De Trento	1545- 1563	Doctrina sobre: la transmisión en la Iglesia de la Revelación Divina, el pecado original, la justificación y los sacramentos. Reforma disciplinar de la Iglesia.
Vaticano I	1869- 1870	Definiciones dogmáticas sobre la Fe y el racionalismo. Primado e infalibilidad del Papa.
Vaticano II	1962- 1965	Doctrina sobre la Iglesia y sobre la Revelación. Llamada universal a la santidad. Gran renovación de la Iglesia.

BRUNORI, *La Iglesia Católica*, pág. 46.

ACTO Y REGLAMENTO EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

JUAN CARLOS CASSAGNE *

1. Liminar

A tres decadas de la sanción de la LNPA, uno de los temas centrales del Derecho Administrativo que concita la atención de los juristas argentinos sigue siendo el que tiene por objeto el análisis jurídico del reglamento y del acto administrativo (en su acepción técnica más usual). Aunque varias son las razones que motivan esa trascendencia pueden resumirse diciendo que se trata de categorías que constituyen algo así como "vectores" que se proyectan hacia otras instituciones o partes de la materia no menos fundamentales (contrato administrativo, servicio público, responsabilidad, actividad de limitación, contencioso-administrativo, entre otras).

Seguidamente, vamos a exponer una serie de reflexiones sobre algunas cuestiones que configuran las fortalezas y debilidades del ordenamiento nacional, para pasar luego al análisis de las figuras del reglamento y del acto administrativo en el marco de dicha ley y de las principales doctrinas expuestas.

2. El escenario de la LNPA: finalidad e interpretación

La situación del Derecho Administrativo en la actualidad resulta muy distinta a la que existía al momento de sancionarse la LNPA en

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina.

el año 1972 y –aunque no vamos a describir en detalle el antiguo escenario– algunas referencias resultan insoslayables si se quiere captar el sentido que hoy tienen las prescripciones legales a la luz de las transformaciones operadas en el seno de la Administración y en el modelo de Estado. Estas transformaciones, precisamente, han pasado muchas veces desapercibidas para aquellos cultores del Derecho Administrativo que continúan anclados en las concepciones elaboradas antes de dictarse la LNPA, opuestas a su fuente doctrinaria que, como una paradoja, resurge hoy día con una nueva fuerza y vitalidad como consecuencia de su adaptación a los cambios operados.

Tal es el sentido de fidelidad que cabe guardar hacia la obra del principal inspirador del Título III de la LNPA quien, como se reconoce en la Exposición de Motivos, ha sido nuestro siempre recordado maestro Miguel S. Marienhoff.

Una visión actual y retrospectiva del escenario en el que se aplica la LNPA no puede prescindir de estos datos:

a) en comparación con otras épocas no se puede desconocer que, actualmente, existe una Administración que cuenta con mejores recursos humanos (al menos, en el plano jurídico) y técnicos;
b) la actividad administrativa, en general, se ha ordenado en torno al principio de legalidad, que se traduce en la vigencia de el reconocimiento de garantías efectivas para los administrados (ej.: los obstáculos que se interponían para ejercer el derecho a la vista de las actuaciones pertenecen al pasado del Derecho Administrativo). Los abusos y arbitrariedades (que siguen siempre existiendo) son hoy menores a los que se producían antes de la sanción de la ley;
c) el modelo de Estado en el que opera la LNPA exhibe una realidad radicalmente distinta, como consecuencia de haberse pasado del Estado Benefactor al Estado Subsidiario, a raíz de los cambios que impulsó el proceso mundial de globalización de la economía y, entre nosotros, la transformación del Estado que condujo a la privatización de los principales servicios públicos que prestaban las empresas públicas;
d) la interpretación administrativa y judicial ha seguido, en general, una línea que asigna prevalencia a las fuentes doctrinarias (particularmente al Tratado de Marienhoff y al Proyecto de Código Contencioso-Administrativo para la Nación de 1968). No se puede así desconocer, *malgré* lo sostenido por algunos autores

que pretenden amoldar los criterios legales a sus peculiares puntos de vista, que esta circunstancia ha contribuido a la seguridad jurídica en grado sumo, al uniformar la interpretación judicial de las principales prescripciones de la LNPA;

e) el objetivo esencial que perseguía la LNPA, al centrarse en la constitución de un sistema legal garantístico de los derechos e intereses de las personas frente al Estado, se ha cumplido y continúa cumpliéndose, no obstante algunas desviaciones que una buena jurisprudencia podría llegar a corregir.

Puede adicionarse a lo expuesto la circunstancia que –pese a que se trata de una regulación incompleta, en muchos aspectos– el marco básico de la LNPA ha permitido, en líneas generales, tanto el desarrollo de una dinámica interpretativa de los textos existentes para amoldarlos a la realidad, como la inserción de nuevos principios e instituciones.

3. Consecuencias que generó la LNPA en el plano de la realidad jurídica

Una primera consecuencia derivada de la sanción de la LNPA radicó en la aplicación de un bloque de normas propias del Derecho Administrativo para regular la mayor parte de las relaciones entre los particulares y la Administración, ya que si bien ya se había admitido, en ese tiempo, la aplicación generalizada de ciertos principios de Derecho Público, aún gravitaba, en la práctica administrativa de los escalones intermedios del Estado, el peso de la visión civilista sobre la actividad de los órganos y entes estatales.

De otra parte, a lo largo de los años, la LNPA ha sido objeto del análisis ciertamente crítico pero equilibrado, tanto por parte de la mayoría de la doctrina como de la jurisprudencia, dando pie a una interpretación evolutiva y dinámica que se revela por:

a) la aplicación analógica y no meramente subsidiaria del Derecho Civil, lo cual implica la prevalencia y aplicación generalizada de los principios generales del Derecho Administrativo y de las fórmulas legales similares para resolver los casos no previstos por la LNPA, acudiendo al Derecho Privado sólo ante la insuficiencia de las fuentes formales, previa adaptación de sus prescripciones a los principios del Derecho Público;

b) la creación pretoriana de nuevas técnicas y principios (que se incorporan al derecho), tales como la tutela judicial efectiva, la confianza legítima y el denominado *in dubio pro administrado*, así como la doctrina del acto propio y el principio general de la buena fe (estos últimos proveniente del Derecho Civil). Esta circunstancia ha impedido la llamada anquilosis o congelamiento de la ley, abriendo un ancho cauce a la interpretación, el cual, en la medida en que transite por el terreno garantístico, refuerza el Estado de Derecho y las garantías individuales.

En este punto del análisis global de la LNPA se puede sostener que su reforma no resulta imprescindible pues, mientras no se opere el crecimiento de nuestra economía, es mayor el interés en conservar la estabilidad de ciertas instituciones jurídicas básicas que gozan de una aceptación generalizada con el fin de alcanzar la necesaria credibilidad o confianza internacional, susceptible de mantener las inversiones existentes y atraer nuevas. En la actualidad, cualquier modificación –como algunas que lamentablemente se han llevado a cabo (aunque en forma limitada y parcial)– podría afectar la seguridad jurídica, máxime por lo imprescindible de su combinación con las tendencias interpretativas que se han generado a partir de la reforma constitucional de 1994.

Ahora bien, como no siempre es oro todo lo que reluce, existen algunas circunstancias que no han favorecido la interpretación y aplicación del sistema de la LNPA.

En primer lugar, una parte de la doctrina acusa una gran dispersión interpretativa, habiéndose incurrido, a nuestro juicio, en una interpretación libre de los principios y preceptos de la LNPA, la cual se aparta muchas veces tanto de las fuentes como de la jurisprudencia. Sin embargo, esta falta de unidad doctrinaria no ha resentido ni influido mayormente en la labor jurisprudencial la cual, en líneas generales, se ha atenido a la interpretación auténtica y realista de las principales prescripciones legales. Hay que reconocer que esa falta de ingeniería social –como diría Mario Bunge– que se revela en las posturas que se orientan a criticar o destruir el sistema antes que mantenerlo o reconstruirlo no ha sido la tendencia dominante en los últimos años y, sobre todo, en la producción científica que surge del desarrollo de los institutos de investigación de las carreras de posgrado.

En segundo término, cuadra observar que la LNPA no ha constituido un freno eficaz contra la corrupción como consecuencia de ha-

ber omitido reglamentar el principio de la transparencia y medidas de prevención tales como las que ahora existen a partir de la vigencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Esta última, que constituye una fuente supra-nacional del Derecho Administrativo, torna innecesario introducir modificaciones a la LNPA, bastando el dictado de normas reglamentarias al nivel del Poder Ejecutivo Nacional.

4. Las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales interpretativas

La sistematización de las corrientes interpretativas de una ley –en este caso la LNPA– corre el riesgo de resultar artificial o incompleta en cuanto depende siempre de la discrecionalidad con que se escoge el elemento rector que se toma en cuenta para realizar la tarea, de por sí compleja, de agrupar y discriminar, a la vez, las diferentes tendencias doctrinarias y jursiprudenciales que exhibe la interpretación de la LNPA. Con ese alcance relativo pensamos que ellas pueden resumirse en dos grandes líneas:

a) una corriente estatista, apegada ciertamente más a la exégesis que a una interpretación dinámica y evolutiva (y, sobre todo, garantística), pone el acento en la irrestricta defensa del interés público (al que suele confundir con el interés de la Administración) e inaplica el principio *in dubio pro administrado* y otros principios cardinales como la confianza legítima y la tutela judicial efectiva (este último en cuanto a la interpretación de las normas procesales de la LNPA, es decir, con respecto a los arts. 23 y subsiguientes);
b) una corriente garantística que, con algunas paradojas, se vuelca en una subdivisión. Mientras que una línea interpretativa se orienta a evitar una diferencia injustificada en el tratamiento de los distintos protagonistas privados de la relación jurídica con el Estado (meros ciudadanos, contratistas incluidos los concesionarios y licenciatarios, y los llamados usuarios), otra, en cambio, opta por dar una exagerada prevalencia a la protección del usuario del servicio público en desmedro, incluso, de los legítimos derechos del concesionario. Otra distorsión sería la que se produce al pretender aplicarle a los concesionarios de servicios públicos la teoría de la "sujeción especial", para excluirlos del ámbito de

aplicación de ciertas normas garantísticas (incluso algunas, como el informalismo, que emergen directamente de la LNPA). La paradoja es que esta última corriente interpretativa traduce, desde el punto de vista del contratista privado, interpretaciones que llegan a conculcar muchas veces los derechos reconocidos en los respectivos contratos, convirtiéndose así en una corriente autoritaria más que garantística, desde la óptica de los intereses privados del prestador del servicio.

En ambas interpretaciones late una ideología radicalmente distinta que necesariamente conduce a una interpretación diversa del art. 42 de la CN, como que también ambas posturas exhiben defectos semánticos y metodológicos, transformando discusiones de fondo en meras discrepancias verbales y viceversa, al igual que con la misma facilidad transitan por el camino del método descriptivo para encubrir fórmulas preceptivas.

5. Acto y reglamento de la LNPA

En lo que sigue vamos a limitar nuestro análisis a los aspectos dogmáticos más trascendentes del acto y del reglamento en el sistema de la LNPA excluyendo los detalles de su régimen jurídico, suficientemente estudiados por la doctrina y jurisprudencia administrativas.

5.1. El concepto de acto y reglamento

Si bien la LNPA ha incluido definiciones en su texto, de sus diferentes prescripciones se desprenden algunas consecuencias:

a) aunque el art. 1° de la LNPA parece orientarse hacia una noción orgánica o subjetiva de acto administrativo como actividad del Ejecutivo, nada impide utilizar, por analogía, el criterio de la función materialmente administrativa para asignar el carácter de actos administrativos a los provenientes de los órganos legislativo y judicial, como efectivamente lo ha interpretado prácticamente la totalidad de la doctrina y los distintos tribunales del fuero federal;
b) no obstante que parece haber adoptado el criterio de mayor amplitud conceptual considerando que el reglamento es un acto administrativo, aunque de alcance general –pues así se lo mencio-

na en varias prescripciones– lo cierto es que la LNPA regula también, específicamente, aspectos que hacen a la autonomía de la figura reglamentaria, como el régimen de publicidad (art. 11), y va de suyo que excluye su aplicación en los supuestos en que trata de la revocación del acto administrativo. Ambas nociones subsisten así en la LNPA en forma implícita, lo que no ha provocado mayores inconvenientes a la hora de interpretar los respectivos preceptos;

c) sin embargo, si se independiza el concepto de reglamento (que comprende el mero acto de alcance general que no integra el ordenamiento) de la figura más específica del acto administrativo (concreto y, por tanto, de efectos jurídicos individuales) tal disección permite extender la noción de reglamento sin mayores escollos interpretativos, salvo los ideológicos, a los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, lo cual brinda a los titulares de los derechos afectados en cada caso una mayor protección jurídica.

5.2. Diferencias entre los regímenes jurídicos del acto administrativo y del reglamento

Tal como ocurre con respecto a la noción positiva, la mayoría de estas diferencias no surgen de la LNPA en forma expresa siendo ellas, en algunos casos, el producto de creaciones doctrinarias recogidas por la jurisprudencia y, en otros casos, una interpretación extensiva o implícita de las normas en juego. Veamos en qué consisten.

A) La prelación jerárquica del reglamento y la imposibilidad de establecer excepciones singulares y concretas

Uno de los principios más importantes del Derecho Administrativo anterior a la Revolución Francesa era el denominado de la "inderogabilidad singular del reglamento". Durante el Derecho Regio, la forma jurídica que instrumentaba las normas de alcance general que emitía el monarca o el príncipe, no podía derogarse para los casos particulares a través del dictado de actos de excepción.

Esta regla halla su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, que proclama el artículo 16 de la Constitución Nacional y que es de estricta aplicación en materia reglamentaria.

A raíz de la prelación jerárquica, el acto administrativo, que por su naturaleza es concreto y de alcance individual, debe adaptarse a la normativa general que prescriba el reglamento.

De este principio se desprenden consecuencias que hacen al régimen jurídico del reglamento, a saber:

1) la misma Administración no puede derogar singularmente (por un acto administrativo) un reglamento, ya fuere éste de ejecución, delegado, autónomo o de necesidad y urgencia;
2) el órgano administrativo superior puede derogar el reglamento del órgano inferior o modificarlo mediante otro acto de alcance general, si posee competencia y potestad reglamentaria;
3) el órgano administrativo superior que carece de potestad reglamentaria puede derogar un reglamento del órgano inferior, de oficio o al resolver el recurso jerárquico, donde se cuestione indirectamente el reglamento. En cambio, nunca puede dictar un acto administrativo de excepción que no se ajuste al reglamento, ya que ello violaría la garantía de la igualdad ante la ley.

Por otra parte, no resulta necesario, como principio general, el dictado de reglamentos previos por parte de la Administración para que ésta pueda emitir actos administrativos de alcance individual, ya que muchas veces para que la ley se cumpla no se precisa el dictado de reglamentos.

La prohibición de alterar o violar un reglamento mediante el dictado de un acto administrativo ha sido reiteradamente señalada por la Procuración del Tesoro de la Nación, quien también la ha fundado en la necesidad de observar el principio de legalidad.

B) El régimen de publicidad

La técnica de la publicidad a que está sometido el reglamento difiere de la prescripta para el acto administrativo. El reglamento adquiere vigencia, por principio, mediante la publicación, ya que al trasuntar el ejercicio de la función materialmente legislativa, se torna imprescindible el cumplimiento de un postulado constitucional básico en todo estado de derecho: la igualdad ante la ley (art. 16, CN). En cambio, el acto administrativo –que posee siempre alcance individual– cobra publicidad a través de la notificación, la cual, en principio, debe realizarse en forma personal y fehaciente. La distinta modalidad que implica el régimen de publicidad entre el acto administrativo y el reglamento ha sido reconocida tanto por la doctrina nacional como comparada, encontrándose incorporada al ordenamiento vigente en el orden nacional y provincial.

De las diferencias apuntadas en el régimen de publicidad surge que las personas físicas o jurídicas que hubieran tomado conocimiento de un acto administrativo, aun sin hallarse notificadas, pueden pedir su aplicación. Tal posibilidad no existe en relación a los reglamentos en razón de la desigualdad que se generaría con quienes no hubieran tenido la oportunidad de conocer sus disposiciones, lo cual sería violatorio del principio constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16, CN). Por esta causa, la última parte del art. 11 de la LNPA que reconoce la facultad, a favor de quien conozca el contenido de un reglamento antes de su publicación, de pedir la aplicación del mismo, debe reputarse inconstitucional.

C) Otras diferencias entre el régimen del reglamento y del acto administrativo

En materia de extinción, los reglamentos participan del mismo régimen que las leyes en el sentido de que ningún derecho adquirido puede impedir su derogación. Lo contrario importaría tanto como postular la total inmovilidad del derecho objetivo en materia reglamentaria. Los reglamentos son, por lo tanto, esencialmente revocables en sede administrativa, principio que resulta opuesto al que rige los actos administrativos que, en principio, gozan de estabilidad.

De ese modo, el sistema de revocación que contienen las normas de la LNPA sólo se aplica a los actos administrativos (de alcance individual).

Tampoco se aplican a los reglamentos las disposiciones sobre silencio administrativo (por su propia naturaleza, pues no puede haber actos generales tácitos de denegatoria), ni las normas que se refieren a la intervención previa del administrado en el proceso de formación del acto administrativo (debido proceso adjetivo).

En materia de protección jurisdiccional también el respectivo régimen acusa diferencias en punto a la situación legitimante del titular del derecho o interés legítimo, pues, al menos en el orden nacional y en algunos códigos procesales contencioso administrativos de las provincias se consagran requisitos especiales para la impugnación judicial directa de los reglamentos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que había negado en algunos casos la protección jurisdiccional de los administrados que impugnaban ante la justicia directamente reglamentos ilegítimos, en base al argumento de que en virtud de su contenido general no existía "gravamen actual" deben considerarse hoy

superada por las normas de la LNPA que admiten la impugnación judicial directa del reglamento [art. 24, inc. a) y 30 LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686].

Por último, en cuanto a los denominados caracteres del acto administrativo, mientras el acto y el reglamento poseen un régimen jurídico común en materia de presunción de legitimidad (lo cual no se configura cuando la invalidez resulta manifiesta) en materia reglamentaria no rigen ni el principio de ejecutoriedad ni tampoco la ejecutividad, dado que se trata de actos que generan relaciones abstractas para cuya concreción se requiere el dictado de un acto administrativo.

De otra parte, el principio de irretroactividad de las leyes que prescribe el art. 3 del Código Civil, por constituir una norma aplicable a todo el ordenamiento (y no sólo al Derecho Privado) resulta de aplicación directa en materia reglamentaria, lo cual no significa, sin embargo, que el régimen del acto administrativo contemple la retroactividad como regla general, sino sólo en los casos contemplados expresamente en el art. 13 de la LNPA.

PROPIEDAD Y CONTROL DE LOS FONDOS REMITIDOS A LAS PROVINCIAS (EL CASO DE LA COPARTICIPACIÓN Y LOS SUBSIDIOS)

ESTELA B. SACRISTÁN *

I. Introducción

Las permanentes tensiones en el juego de fuerzas entre el Estado federal y las provincias inspira la necesidad de indagar en algunas cuestiones de índole económico-jurídica y sus consecuencias, generadas a propósito de esta relación. En esta ocasión, interesa abordar algunos aspectos del envío, por parte del gobierno nacional, de fondos, que integrarán luego los recursos provinciales.

Las finanzas provinciales –enseña la doctrina[1]– se nutren de diversos recursos, tales como impuestos, el producido de rentas que obtengan de los recursos naturales sobre los que ejercen derecho originario de dominio, venta y locación de tierras de propiedad provincial, empréstitos y operaciones sobre el crédito de la provincia, y subsidios del tesoro nacional.

Los recursos que se les acreditan a las provincias a título de coparticipación de impuestos, y los subsidios que reciben, poseen una

* Abogada (UMSA, 1992) y Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 1998).

[1] Sobre los principales recursos provinciales, antes de la reforma constitucional de 1994, puede verse GALLI, Guillermo P., *Recursos Públicos*, en MORDEGLIA, Roberto M. y otros, *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, AZ Editora, 1986, pág. 163 y sigs, esp. págs. 241/244. Para la situación posterior a la reforma, véase BIDEGAIN, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional* (Rev. y act. por PALAZZO, Eugenio L. y PUNTE, Roberto M.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. III, pág. 94 y sigs.

nota en común: se trata de fondos que son enviados o remitidos por el gobierno central a aquéllas. Ello puede suscitar interrogantes en relación a la propiedad de los mismos, esto es, a partir de qué momento puede decirse que se está ante recursos "de" la provincia, y también interrogantes en punto al control de cómo se "dispone" de los mismos.

En relación a la coparticipación[2], tengamos presente que existe un régimen de coparticipación primaria y secundaria de los tributos que recauda la Nación, que el Banco de la Nación reparte primariamente entre la Nación y las provincias, que aquél reparte secundariamente entre las diversas provincias, y que, finalmente, cada una de las provincias reparte entre sí misma y los diversos municipios de su jurisdicción territorial.

En cuanto a los subsidios, sabemos que es facultad del Congreso Nacional el acordarlos cuando, según el presupuesto provincial, las rentas locales no alcancen a cubrir los gastos ordinarios (art. 75, inc. 9, CN); el pago de salarios sería un ejemplo de tal clase de gastos. Se perfila, en el ejercicio de esta competencia congresional, el ejercicio de actos de justicia distributiva, tal que bienes comunes, de la esfera federal, son otorgados –por intermedio de una jurisdicción provincial– a los miembros una comunidad local, que con ellos se benefician[3].

Ahora, cabe indagar en el tema de la propiedad de dichos fondos provenientes de la coparticipación o del otorgamiento de subsidios. Ello es de importancia pues de ello puede depender la respuesta relativa a qué esfera de gobierno –nacional, provincial, municipal– tendrá competencia para controlar o supervisar la disposición o empleo de los mismos. Imaginemos –a título de ejemplo– que haya que verificar que un importe destinado a sufragar determinado gasto haya sido ejecutado debidamente, o que un municipio necesite, por razones de liquidez, endeudarse garantizando el respectivo mutuo con fondos de la coparticipación[4]: ¿sería el respectivo control federal, o local?

[2] Ampliar en BERTEA, Aníbal O., *Los Planteos de la Comunas ante la Comisión Federal de Impuestos. El Endeudamiento Municipal con Garantía de Fondos Coparticipables*, en Casas, José O. (coord.), *Derecho Tributario Municipal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, pág. 313 y sigs.

[3] Aplicamos, extensivamente, la conceptualización que brinda CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. II, pág. 477 y sigs.

[4] No es ello un fenómeno argentino exclusivamente. Acerca del endeudamiento de las autoridades locales, y su implementación desde 1990 en el Reino Unido,

A fin de responder estos dos interrogantes, encararemos este breve trabajo en dos secciones. En una, analizaremos lo relativo a los fondos de coparticipación, haciendo lo propio con los subsidios en la siguiente. Finalmente, formularemos las conclusiones pertinentes.

II. Coparticipación

Establecer a partir de qué momento son de propiedad de una provincia los fondos de coparticipación es de importancia. En efecto, si se interpretara que los mismos son de propiedad de la Nación desde el momento en que son recaudados, y hasta el momento de la acreditación a favor de la provincia, podría llegarse a la conclusión de que la Nación podría disponer de ellos durante ese lapso, y, llegado el caso, podría suponerse que podría comprometerlos o ejercer un derecho de retención sobre los mismos. En cambio, si se interpretara que se hallan afectados a las provincias desde el momento mismo de la recaudación –en las proporciones adecuadas– aquellas dos posibilidades quedarían vedadas.

Trataremos de fundamentar una interpretación según la cual dichos fondos son de la provincia a partir del momento mismo de la acreditación, correspondiendo entonces, a partir de ese instante, el control de aquéllas sobre los mismos. Similar inteligencia podría aplicarse al caso de que la provincia acreditara los fondos de la coparticipación a favor de un municipio.

Como veremos, no se trata de una cuestión sencilla, pues tal postura se enfrenta con la realidad de facultades del gobierno federal aparentemente otorgadas por la Ley 24.156 de Administración Financiera que, en los hechos, deparan casi una intervención económica federal en las finanzas provinciales, generando renovadas tensiones entre federalismo y centralismo[5], entre poder central y poder local[6]. Veamos ahora ambos juegos de relaciones, entre el orden nacional y el orden provincial, y entre éste y el orden municipal.

---

véase TROTMAN-DICKERSON, D. I., *Economics of the Public Sector*, Londres, Macmillan, 1996, pág. 326 y sigs.

[5] Sobre las tensiones entre federalismo y centralismo, en el marco latinoamericano, véase DALLA VIA, Alberto R., "¿Hacia la Constitución Supranacional?", en *LL*, 1996-D, pág. 1429 y sigs., esp. pág. 1473.

[6] Distinción sobre la que se explaya GAUNA, Juan O., "Poder Central y Poder Local", en *LL*, 1996-D-1497 y sigs.

a) Orden federal -orden provincial

Los aspectos constitucionales que pueden tenerse en cuenta a fin de definir un correcto deslinde de competencias en lo relativo a la mentada propiedad –y consiguiente disponibilidad en el plano temporal– y control, abarca planteos relativos a las relaciones entre el gobierno federal y las provincias.

Recordaremos que nuestra Constitución establece un sistema de poderes delegados por las provincias a favor del gobierno federal[7] y de poderes expresamente conservados por aquéllas (art. 121, CN)[8] En dicho marco general, las provincias conservan facultades impositivas aparentemente amplias, que oportunamente fueran convalidadas por nuestra Corte Suprema[9], a saber, el poder establecer contribuciones indirectas[10] en forma concurrente con la Nación, así como contribuciones directas[11] –hoy en día sacrificadas a favor del gobierno federal– y la facultad de proveer a sus tesoros provinciales con otros recursos, tales como empréstitos, tasas y contribuciones.

De otra parte, cada provincia, en tanto división territorial autónoma, y a fin de proveer al sostenimiento de su propio gobierno y de sus gastos públicos, debe organizar necesariamente un sistema de recursos[12]. Dicha organización halla como límite –insiste sobre ello Cassagne[13]– los "principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional"[14]. En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que el gobierno nacional "no puede impedir o estorbar" a las provincias el ejercicio de aquellos poderes que no han delegado o se han reservado, porque por esa vía podría llegarse a

[7] Para un exhaustivo cuadro evolutivo de la interpretación de tal delegación, a la luz de la cláusula comercial en el marco de una organización federal de gobierno, en nuestro país y en los Estados Unidos, véase el dictamen de la Procuradora Fiscal Dra. María Graciela Reiriz en autos "Empresa Gutiérrez SRL c/ Pcia. de Catamarca", Fallos: 316: 2865, esp. págs. 2874/2884; para la evolución de dicha cláusula en el derecho federal norteamericano, véase el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos "United States vs. Alfonso Lopez", del 26/4/95, 514 U.S. 550, esp. pág. 551.

[8] Ampliar en COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 291 y sigs.

[9] Fallos: 7: 373; 95: 335; 150: 112; 184:30, entre otros.

[10] LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y Administración de la República Argentina*, 2a. ed. aum. y act., Buenos Aires, TEA, 1959, t. II, pág. 27.

[11] LINARES QUINTANA, *ob. y loc. cits.*

[12] BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, pág.797.

[13] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Seguridad Jurídica en las Provincias*, en *LL*, 2001-E-1109 y sig., esp. pág. 1110.

[14] Arg. art. 5°, CN. Para un análisis dinámico de los preceptos constitucionales relativos a facultades de los gobiernos provinciales y central, véase BIDEGAIN, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional* (Rev. y act. por PALAZZO, Eugenio L. y PUNTE, Roberto M.)..., cit., t. III, pág. 73 y sigs., esp. pág. 75.

anularlos por completo[15] y que el gobierno de la Nación "carece de facultades para impedir o estorbar" a las provincias el ejercicio de aquellos poderes que no han delegado o se han reservado, porque por esa vía podría llegarse al mismo resultado[16].

Bajo el art. 75, inc. 2, las provincias "coparticiparán" –de conformidad con la ley de coparticipación– en dos distribuciones: en la distribución de las contribuciones indirectas, y en la distribución de las contribuciones directas que –por tiempo determinado, en forma proporcionalmente igual en todo el territorio de la Nación y con fundamentos en razones de defensa, seguridad común y el bien general del Estado– recaude el gobierno federal. En esta inteligencia puede afirmarse, que las contribuciones indirectas y directas (con excepción, en ambos casos, de las que tengan asignación específica) son percibidas por un organismo fiscal federal, pero automáticamente[17] remitidas a las jurisdicciones provinciales, a tenor de lo prescripto en la ley vigente[18].

De tal modo, la percepción de las contribuciones directas e indirectas por parte de un organismo fiscal federal no implica que la porción de fondos coparticipables por las provincias sea de propiedad del gobierno federal; antes bien, se trata de recursos fiscales que son de propiedad de cada provincia pero que, por delegación propia establecida en la Carta Fundamental, son percibidos o cobrados por la Nación, para su automática acreditación.

Es más, podría afirmarse que si la Nación cesara en la percepción de una contribución directa[19], cada provincia recobraría la potestad de percibirla[20]. E incluso podría concluirse en que ya antes de la acreditación automática, dichos fondos se hallan destinados o afectados a las jurisdicciones provinciales.

[15] Fallos: 186: 170, cons. 26.

[16] Fallos: 196: 369.

[17] Véase BERTEA, *Los Planteos...* cit., pág. 316, donde señala que la distribución de los recursos coparticipados, que se efectúa por intermedio del Banco Nación, es "diaria", y que la acreditación es "automática" y "gratuita".

[18] Ley de Coparticipación de Impuestos 23.548, cit., art. 6°: "El Banco de la Nación Argentina, *transferirá automáticamente* a cada provincia y al Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las Provincias, el monto de recaudación que les corresponda, de acuerdo a los porcentajes establecidos en la presente Ley. Dicha transferencia será diaria y el Banco de la Nación Argentina no percibirá retribución de ninguna especie por los servicios que preste conforme a esta Ley". (La bastardilla es nuestra). Compárese la situación con la descripta en Fallos: 313: 1203, "Pcia. de Formosa c/ Nación Argentina", caso en el que se trataba de un impuesto enderezado a atender la emergencia que abarcaba diversas provincias.

[19] Por ejemplo, por haber expirado el tiempo determinado de vigencia de la atribución al gobierno federal.

[20] Sin embargo, téngase presente que también es jurisprudencia de la Corte Suprema que así como "las provincias no pueden ejercer los poderes delegados a la Nación, tampoco podrían ejercer aquellos cuyo ejercicio por los poderes provinciales

Concordantemente, dado que los fondos son, en esta tesitura, de las Provincias a partir del momento de la "automática acreditación", tampoco podría reconocerse en cabeza de la Nación un derecho de retención o de compensación unilateral sobre los mismos, y sobre ello se ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Suprema[21], si bien no de modo uniforme[22].

Como conclusión parcial, en lo que a esta sección respecta, puede aseverarse que la propiedad o dominio de los fondos coparticipables se halla en cabeza de cada provincia beneficiaria[23] a partir del momento de la acreditación, lo que ocurre inmediatamente después de la recaudación. Por ende, su disposición y eventual control –dado dicho extremo temporal– no corresponden en momento alguno a la esfera nacional de gobierno.

b) Orden provincial-orden municipal

En nuestra Constitución, se refiere al régimen municipal el art. 5°[24], que dispone que las constituciones que las provincias dicten para

---

obstaría o haría ineficaz el de los que corresponden a los poderes nacionales" (Fallos: 10: 380).

[21] En Fallos: 316:2860, "Cámara de Senadores de la Provincia de Corrientes c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad" la Corte Suprema decidió que, considerando que el Estado Nacional efectuaría de manera inmediata los descuentos pertinentes de los fondos de coparticipación provinciales, cabía decretar la prohibición de innovar pedida por la Provincia de Corrientes y hacer saber al Estado Nacional que se tendría que abstener de efectuar retenciones que afectaran la participación de la provincia en el régimen de distribución de recursos fiscales establecido por la ley 23.548, por las sumas tomadas en préstamo al Estado por el ex interventor federal.

[22] Debemos citar el precedente de Fallos: 324: 3289, en el que accionó la Provincia de Jujuy contra el Estado Nacional –en competencia originaria de la Corte Suprema– a fin de que el Tribunal ordenara al demandado: a) mantener la integridad de los fondos de coparticipación de impuestos en los porcentajes y condiciones que le correspondían a dicha provincia; b) abonar las sumas adeudadas; c) abstenerse de efectuar reducciones; d) efectivizar en tiempo y forma los desembolsos acordados. La acción se fundaba, entre otros argumentos, en que debía hacer frente al funcionamiento de servicios esenciales como condición básica para sostener la paz social en su territorio. La provincia solicitó una medida cautelar a fin de que se ordenara al Estado Nacional que "tome a su cargo el depósito de los vencimientos" que deben hacerse efectivos a los acreedores bancarios de la provincia, "absteniéndose de detraer suma alguna a favor de los mismos" (cons. 3°). La Corte Suprema rechazó la medida cautelar solicitada.

[23] En este sentido, cabe señalar que el art. 9° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su inc. 3°, establece que son recursos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "los fondos de coparticipación federal que le correspondan".

[24] Véase CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002, t. I, 460 y sigs.; GAUNA, *ob. cit.*, pág. 1498; BAISTROCHI, Eduardo, "La Autonomía de los Municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias", en *LL*, 1996-D-1173 y sigs., esp. pág. 1178.

sí mismas deberán asegurar tal régimen. Como enseña Cassagne, los gobernadores son los "agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación"[25], esto es, los encargados de exigir el cumplimiento de tal cláusula constitucional.

Recordemos que la jurisprudencia en materia de régimen municipal puede ser resumida a través de unos pocos pero trascendentes fallos[26], tales como el definió su carácter autárquico[27], el que posibilitó por vía de *obiter* su caracterización como entidades autónomas[28], sobre el cual se explaya la doctrina[29] –y, finalmente, el que limitó[30] esa autonomía[31]–. De los dos últimos fallos emergió la doctrina de una autonomía municipal limitada[32], que difiere de la que poseen las provincias.

A la luz de los diferentes regímenes municipales vigentes –sea a tenor de las disposiciones de las cláusulas de las constituciones provinciales, sea por lo dispuesto en las diferentes leyes orgánicas de municipalidades de cada provincia– esa autonomía limitada se manifiesta en más o menos extensos poderes de administración financiera, los cuales abarcan, lógicamente, las facultades para disponer de los fondos de coparticipación remitidos por el respectivo gobierno provincial, y el control de la ejecución de los mismos en un todo de acuerdo con la normativa financiera provincial y municipal aplicable dictada bajo el art. 123 de la Constitución Nacional.

Finalmente, para determinar cuándo son del municipio los fondos de la coparticipación provincial, conforme al art. 9°, inc. g) de

[25] CASSAGNE, *Derecho Administrativo...* cit., t. I, pág. 457.

[26] Ampliar en CASSAGNE, *Derecho Administrativo...* cit., t. I, pág. 461 y sigs.; COMADIRA, *Derecho...* cit., pág. 291 y sigs., esp. pág. 342 y sigs.

[27] Fallos: 114: 282, "Municipalidad de La Plata c/ Ferrocarril Sud".

[28] Fallos: 312:326, "Rivademar".

[29] CASSAGNE, *Derecho Administrativo...* cit., t. I, pág. 462 y sigs.; HERNADEZ, Antonio M., *Federalismo, Autonomía Municipal y Ciudad de Buenos Aires en la Reforma Constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 9; BIANCHI, Alberto B., *El Enigma Jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en R.A.P., Buenos Aires, 1997, N° 222, pág. 5 y sigs., esp. pág. 6.

[30] Respecto de la autonomía limitada de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, véase GAUNA, *ob. cit.*, pág. 1500.

[31] Fallos: 314:495, "Pcia. de Santa Fe c/ Rosario".

[32] A favor de la autonomía limitada, post-reforma constitucional de 1994, SPOTA, ALBERTO A., "Ensayo sobre el art. 123 de la Constitución Nacional y la Autonomía de los Municipios", en *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N° 177, enero 2001, pág. 5 y sigs., esp. pág. 8. Según COMADIRA, Julio R., *Acto Administrativo Municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, págs. 8/9 y sus citas, los municipios carecen de las potestades propias y originarias inherentes al ente autónomo.

la ley 23.548, consideramos que las provincias, por mandato legal, deben "establecer un sistema de distribución de los ingresos que se originen en esta ley para los municipios de su jurisdicción, el cual deberá estructurarse asegurando la fijación objetiva de los índices de distribución y la remisión automática y quincenal de los fondos". Por ende, puede concluirse en que les pertenecen a partir del instante mismo en que se opera esa "remisión automática".

c) ¿Una intervención federal económica?

Como vimos, una vez operada la acreditación de los fondos de coparticipación, los mismos son de propiedad de la jurisdicción receptora, y de tal suerte, su disponibilidad y control recae en esta última, integrando sus recursos, a partir de aquel instante. Sin embargo, antes, e inmediatamente después de la reforma de 1994 se emitieron normas de las que podría inferirse un serio reparo a tal conclusión, que podría parecer apresurada. Se trató de la resolución 1075/93 de Economía[33], entre otras normas[34].

Esto podría calificarse de "intervención federal económica" en tanto permite que el gobierno central supervise, controle y apruebe todo acto, contrato, gestión o negociación de créditos a celebrarse por las

[33] B.O. 27/9/93, Adla, LIII-D-4445. Dicha resolución establece: "Art. 1: ... Las Provincias, sus organismos o empresas, están sujetos a la supervisión, coordinación y aprobación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos respecto de todo acto, contrato, gestión o negociación de créditos a celebrarse por los que se originen o puedan eventualmente originarse obligaciones de pago en moneda extranjera ...a los efectos ...del art. 61 de la Ley 24.156...". Y agrega: "Art. 2: ...Ningún organismo, empresa o entidad financiera de las Nación podrá tomar a su cargo la transferencia de una suma de dinero o el pago de ninguna obligación contraída en infracción a lo dispuesto en la legislación aplicable, incluyendo la presente resolución, en favor de ningún acreedor de las Provincias o de los Municipios, sus organismos o empresas, ni aun cuando se hubiera pretendido ceder o dar en garantía de una deuda la proporción que le correspondiere a la Provincia en la respectiva recaudación coparticipable...". Por último, establece: "Art. 3: Los importes que correspondan a cesiones de derechos sobre impuestos coparticipables ... serán retenidos por este Ministerio en una cuenta especial hasta tanto los acreedores notifiquen la revocación de dichas cesiones o transferencias dispuestas por las autoridades locales en violación a las normas aplicables... ".

[34] Por ejemplo, el decreto 684/95, B.O. 22/5/95, Adla LV-C-3050, que en su parte pertinente esablece: "Art. 1°: El Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, a través de la Secretaría de Hacienda, requerirá a las Provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires información sobre el endeudamiento interno y externo del Sector Público no financiero, la que deberá ser brindada mensualmente a partir del 31 de diciembre de 1994 en la forma, con los requisitos y en los plazos que se detallan en el Anexo I que forma parte del presente decreto."

provincias, sus organismos o empresas, por los que se originen o puedan eventualmente originarse obligaciones de pago en moneda extranjera a los efectos del art. 61[35] de la Ley 24.156.

De esta manera, si una provincia –o, en su caso, un municipio– dispusiera de los fondos de la coparticipación –que, como vimos, le pertenecen a partir de la automática acreditación– en virtud de un acto, o de un contrato, que la obligara en moneda extranjera ante un acreedor extranjero, tal operación debería ser controlada por el gobierno central; tal lo que prescribe la citada resolución. Pues bien, entendemos que una interpretación de tal tenor es inadmisible[36], por diversas razones.

En primer lugar, si tenemos en cuenta que nuestra Constitución establece el sistema federal de gobierno y que tanto las provincias como los municipios –dentro de los diversos grados de sus respectivas autonomías– pueden obligarse en la medida en que no violen la respectiva Constitución o leyes provinciales (en especial, la ley que regla la administración financiera local y la ley orgánica de municipalidades), se sigue que es el gobierno provincial, mas no el federal, el constitucionalmente facultado para dictar un acto con el contenido de la resolución citada.

El argumento de que operaciones como las descriptas en la resolución comprometrían el "crédito público de la Nación"[37] –art. 124 CN– debe ser interpretado a la luz de la organización federal adoptada en el art. 1° de la Carta Magna, tal que no se desnaturalice dicha forma de estado concebida por el Constituyente de 1853. Si los fondos son de las provincias –o, en su caso, de los municipios– desde el instante de la automática recaudación, su disponibilidad en virtud de un acto contrato, gestión o negociación como las descriptas no haría sino comprometer el crédito de la provincia, mas no el de la Nación, pues los fondos comprometidos no le pertenecen a ella sino a la provincia.

[35] El mencionado art. 61 de la L.A.F. prescribe, en lo relativo al crédito público que "en los casos en los que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa, antes de formalizarse el acto respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante, deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos."

[36] Al así hacer, tenemos presente el interrogante que planteara BIDEGAIN, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional* (Rev. y act. por PALAZZO, Eugenio L. y PUNTE, Roberto M.)... cit., t. III, pág. 113, intentando brindar una respuesta.

[37] Concepto que, además, no es claro, conf. BIDEGAIN, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional* (Rev. y act. por PALAZZO, Eugenio L. y PUNTE, Roberto)... cit., t. III, pág. 113.

d) Conclusión parcial

En síntesis, a partir de lo dicho en esta sección puede afirmarse que sólo el gobierno provincial –o municipal– es propietario de los fondos de la coparticipación, y desde el momento de la acreditación automática ejerce el control sobre su disposición, incluso cuando se los emplea en operaciones como las aludidas en la resolución citada.

Dicho control será efectuado a la luz de: a) las prescripciones de la Constitución provincial; b) las leyes provinciales incluyendo la ley local de administración financiera, y, en su caso, c) la ley provincial orgánica de municipios, en cuanto a la fiscalización de la ejecución de los fondos y a la aplicación de las reglas de procedimiento financiero, auditoría de las registraciones contables, verificación de errores y examen de la conducta de los agentes públicos para deslindar responsabilidades por los perjuicios que se ocasionaren a la hacienda pública local[38].

III. Subsidios

La cuestión de la propiedad de los subsidios enviados por el gobierno federal a una provincia –la cual puede, a su vez, y de acuerdo a lo que disponga su normativa local, reenviarlos a un municipio de su jurisdicción– ha hallado tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Podemos mencionar, en este sentido, dos contiendas de competencia que echan luz sobre la cuestión: se trata de los casos "Mirra"[39] y "Defensor del Pueblo de la Nación-formula denuncia"[40], en los que el Alto Tribunal dejó sentada su interpretación al respecto.

En el caso enumerado en primer lugar, se investigaban presuntas irregularidades en la administración y aplicación de los fondos destinados al financiamiento del "Programa de Políticas Sociales Comunitarias", destinado a atender las necesidades alimentarias, sani-

[38] Conforme definición de ARCHABAHIAN, Adolfo, *Curso de Contabilidad Pública*, 2da. ed., Buenos Aires, 1985, citado en DE ANGELIS, Eduardo; SÁNCHEZ, Patricia; SCHAFRIK, Fabiana y PORTA, Carlos, *Nociones Introductorias al Análisis de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional No. 24.156*, en Impuestos, LIV-B, 1996, pág. 1991.

[39] CSJN, Mirra, Ramón Rubén, Fallos: 324: 1619 (2001).

[40] CSJN, Competencia N° 2131. XXXVII - "Defensor del Pueblo de la Nación-formula denuncia P.S. falta de remisión de fondos destinados a comedores escolares en la Provincia de Jujuy", Fallos: 325: (2002) del 12/3/2002.

tarias, asistenciales, habitacionales o locativas de los sectores sociales más carenciados del país, apoyo financiero proveniente de la ley 23.767. La solicitud fue formulada por un ex funcionario del gobierno de la Provincia de Tucumán, quien alegó que, dado que los fondos eran aportados por el entonces denominado Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, la causa correspondía a la competencia federal. Agregó el juez federal que el hecho a investigar podría implicar un perjuicio al patrimonio de la Nación, y que, como los recursos asignados integraban el presupuesto de la administración nacional se hallaban sometidos a su contralor. El juez provincial, a su turno, rehusó declinar su competencia.

La Corte Suprema, por los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal, declaró que era competente en la causa la justicia penal provincial. Para así resolver, consideró, entre otros argumentos, que: a) existía una Unidad Ejecutora local a cargo de la implementación del Programa; b) una ley provincial dispuso que la administración, ejecución y financiamiento de las políticas sociales comunitarias era de competencia de un Ministerio local; c) conforme el convenio suscripto entre la Nación y la Provincia, ese Ministerio local era el titular de la cuenta especial en la que se acreditaban los fondos; d) aun cuando los imputados habrían evadido controles nacionales, el accionar habría estado dirigido, objetivamente, a damnificar las rentas provinciales.

En el segundo caso –otra contienda de competencia, entre la justicia local de instrucción penal y la justicia federal, ambas con asiento en la Provincia de Jujuy– se investigaba la denuncia remitida al Defensor del Pueblo de la Nación por un grupo de padres de alumnos de escuelas con comedor y albergues de esa provincia pues se habrían generado atrasos, por parte de las autoridades provinciales, en la transferencia de las partidas enviadas por el Gobierno Nacional para el funcionamiento de los comedores y albergues, en el marco de ejecución del "Programa Social Nutricional y del Programa de Políticas Sociales Comunitarias".

La Corte Suprema, por los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal, declaró que era competente en la causa la justicia de instrucción penal provincial. Para así resolver, consideró, entre otros argumentos, que: a) los recursos transferidos desde la Nación se acreditaban en una cuenta del Banco Nación, sucursal Jujuy, y desde allí eran girados a otra cuenta del Banco de la Provincia de Jujuy, por lo que resultaba aplicable la regla de que la entrega de una suma de

dinero proveniente de un subsidio implica la transferencia del dominio sobre ella[41]; b) aun cuando los imputados habrían evadido controles nacionales, el accionar había estado dirigido, objetivamente, a damnificar las rentas provinciales.

De ambos decisorios puede extraerse la doctrina de que la entrega de sumas de dinero –acreditación en cuenta– provenientes de las arcas nacionales, a favor de las jurisdicciones provinciales en concepto de subsidio, implica la transferencia de dominio sobre dicha suma a favor de la jurisdicción receptora, esto es, la provincia. De esta manera, la transacción contable de registración en la cuenta local determina la propiedad de los fondos del subsidio de que se trate.

De ello podría colegirse que, en tanto operada esa transferencia u operación contable de acreditación, los controles sobre su ejecución deberán guardar arreglo con la legislación de administración financiera local –art. 123, CN–. El momento de la acreditación, por su parte, determina, en el plano temporal, a partir de cuándo es el respectivo importe de propiedad de la jurisdicción provincial.

IV. Conclusiones

La remisión de fondos a las provincias, provenientes de la coparticipación o del otorgamiento de subsidios, se vinculan con el rol del Estado como guardián de la paz y el bienestar conforme expresa el Preámbulo de nuestra Constitución.

Toda injerencia del gobierno central que cause agravio a la forma de estado federal adoptada por el Constituyente, que no respete los poderes locales constituidos y el ejercicio de sus competencias constitucionalmente reconocidas, impide el ejercicio, por parte de los gobiernos locales, de las facultades que la Carta Magna les asegura.

Tanto en el caso de los fondos de la coparticipación como en el de los subsidios acordados por el Congreso Nacional en las condiciones reseñadas, el dominio o propiedad corresponde a las jurisdicciones locales a partir de la acreditación, y a esas esferas corresponde el respectivo control por la ejecución de los mismos. Una interpretación en contrario, que colocara en la esfera nacional de gobierno la disponibilidad y control de esos recursos, haciendo caso omiso de los efec-

[41] Ello, con cita de Fallos: 295: 775; 303: 655; 312: 1205; 320: 677; 323: 133, entre otros.

tos jurídicos de aquella registración contable –como si de fondos federales se tratara– equivaldría a consagrar una suerte de intervención federal económica no prevista por el Constituyente, coadyuvando a que nuestro federalismo sea sólo aparente[42], a que nuestra organización federal no sea más que un ropaje exterior[43].

[42] SPOTA, ALBERTO A., *Lo Político, lo Jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1993, pág. 137.

[43] Sostiene el citado jurista: "Durante el curso de la centuria a cuyo fin estamos llegando, los argentinos construyeron de hecho un país unitario, aunque vestido con atuendos federales", en CUETO RUA, Julio, *Posibilidades de un Federalismo Económico Eficaz*, en REIG, Enrique J., (coord.), Seminario sobre Federalismo y Coparticipación, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Instituto de Economía Aplicada, Buenos Aires, 1996, pág. 43 y sigs., esp. pág. 53.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

DANIELA UGOLINI *

El perfeccionamiento de los contratos administrativos determina el momento a partir del cual puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato y por lo tanto hacerse efectivas las responsabilidades en caso de incumplimiento.

Los contratos, en general, se perfeccionan con el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes, al expresar su consentimiento.

Según el art. 1144 del Código Civil, que establece el marco normativo básico de los contratos civiles, "el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra" (art. 1144, CC).[1]

En los contratos administrativos, sin embargo, surgen especiales aspectos de estudio, debido a la presencia de la Administración Pública como uno de los contratantes, que tiene un modo peculiar de expresar su voluntad.[2]

Veamos cómo se expresa el consentimiento de las partes cuando una de ellas es la Administración Pública, para lo cual cabe analizar tanto los distintos contratos administrativos como los modos en que puede realizarse la contratación administrativa.

Estos aspectos surgen del nuevo régimen de contrataciones de la Administración Nacional establecido en el decreto 1023/01.[3]

* Abogado-UNBA. Directora de Curso de Posgrado de Procedimientos y Proceso Administrativo CABs.As.

[1] ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos-teoría general*, cap. IX, "La formación del consentimiento", pág. 261, 1998, Abeledo-Perrot.

[2] MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, Contratos Administrativos, págs. 34 y 55, Abeledo-Perrot, 1994.

[3] Decreto delegado por ley 25.414, publicado en Buenos Aires el 16-08-2001. La derogación de dicha ley por la Ley 25.556 no implica pérdida de vigencia de los reglamentos dictados en ejercicio de las familias delegadas.

Según establece su art. 1°, se aplica a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultorías, alquileres con opción a compras, concesiones de uso de bienes de dominio público o privado, a obras públicas y concesiones de obras o de servicios públicos y a todos los contratos no excluidos expresamente, como el de empleo público, compras de caja chica, contratos con estados extranjeros y de crédito público.

Se indica también que el procedimiento de selección del contratista, para los contratos previstos en la norma, será: a) la licitación o concurso público; b) la subasta; c) la licitación o concurso abreviado; d) la contratación directa.

Quiere decir que la formación de la voluntad de las partes surgirá de un procedimiento reglado mediante el cual los interesados formulan su oferta por escrito, salvo en la subasta, la que es evaluada y comparada por la Administración, quien luego decide su aceptación.

Por un lado, se requiere la propuesta del contratista y por el otro la aceptación de la Administración, que se configura con la adjudicación.

La adjudicación es uno de los actos más importantes porque es precisamente la decisión de la Administración de aceptar la oferta y es el modo en que expresa su consentimiento a la propuesta de la otra parte, según los términos ya señalados por el Código Civil. Por lo tanto, notificado el acto administrativo de adjudicación, se habría producido la fusión de voluntades.

Al respecto, el art. 11 del decreto 1023 establece que la decisión de la Administración tanto con relación a la aprobación del procedimiento de selección como a la adjudicación, debe realizarse mediante el dictado de un acto administrativo.

En principio podría concluirse que con la notificación de la adjudicación al oferente cuya propuesta se acepta, se encontraría perfeccionado el contrato.

Sin embargo, la pregunta es si además de esto es necesario suscribir un contrato, ya que así lo establecía la ley de obras públicas, no resultando claro en el caso de los contratos de suministro o servicios en la reglamentación de la anterior ley de contabilidad.

A mi modo de ver, el problema surge porque el Código Civil hace una distinción entre el perfeccionamiento del contrato que se produce con el consentimiento recíproco en el caso de los contratos consensuales y lo dispuesto sobre la forma de los contratos. En cuanto a la forma de los contratos, sabido es que la forma hace a su prueba ya

que los contratos se prueban según la forma que prescriben las leyes, tal como se indica en el art. 1191 del Cód. Civil.[4]

En los contratos administrativos, por lo general, la doctrina se preocupó del perfeccionamiento de los contratos[5] y no tanto de la prueba, probablemente porque el procedimiento de formación de la voluntad administrativa es siempre escrito y se prueba con el expediente de la contratación. Sólo en la ley de obras públicas, se aclaraba que debía suscribirse un contrato, pero en el viejo régimen de contrataciones, tanto del decreto 5720/58 como su modificatorio, decreto 436/00[6], se insistió en la comunicación de la orden de provisión, para el caso del contrato de suministro o de servicios, no previendo una solución general para los demás contratos.

Al respecto, el profesor Marienhoff también sostiene que si bien como regla el contrato queda perfeccionado con el acuerdo de voluntades, si la norma aplicable exigiere que después de producido el acuerdo se suscriba el contrato respectivo, éste recién quedará perfeccionado cuando se haya cumplido con tal requisito[7]. Además, agrega que en cuanto a la prueba del contrato hay que distinguir si la legislación exige o no un instrumento específico, ya que si ello no se requiere, el acuerdo de voluntades podrá probarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulta dicha fusión de voluntades.

En cambio, actualmente, la nueva ley de contrataciones, en su art. 20, determina de modo general y para todos los contratos que "los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación".

Esta norma se refiere tanto al contrato de suministro como a los demás contratos, indicando que deberán suscribirse los instrumentos respectivos.

Esto despeja la duda planteada ya que la notificación de la adjudicación no perfecciona el contrato.

[4] ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos-teoría general*, cap. VIII y XXI, "Forma y prueba del contrato", págs. 234 y 478, 1998, Abeledo-Perrot.

[5] BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2° ed., Depalma, pág. 268.

[6] B. O. 05/06/2000.

[7] MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, "Contratos Adminisrativos", pág. 144.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 61.

Para mayor aclaración, la norma citada agrega que "las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes".

La orden de compra es un acto administrativo que contiene las estipulaciones básicas de la contratación de un suministro al Estado: así el objeto de la compra, el precio, el plazo de entrega, el plazo de pago, las garantías, penalidades, etcétera. Puede decirse que una vez notificada, la orden de compra resulta el instrumento del contrato de suministro.

Para los demás contratos, el contenido del instrumento dependerá de las particularidades específicas de la contratación y sólo luego de suscriptos por las partes puede exigirse su cumplimiento. Éste es el sentido de la norma al establecer que el contrato se perfecciona con la notificación de la orden de compra o la firma del instrumento respectivo.

Sin embargo, habrá que ver de qué modo se reglamentará esta disposición ya que con relación a la notificación de la orden de compra la anterior reglamentación del dec. 436/00 fijó el plazo de 7 días a partir del acto que autoriza su emisión para que la Administración notifique dicha orden al adjudicatario y éste tiene un plazo de 3 días desde que es notificado de la orden para rechazarla. Cabe destacar que la norma también establece que la notificación de la orden de compra debe hacerse dentro del plazo de mantenimiento de la oferta y que si no se notifica en el plazo de 7 días el contratista puede desistir de su oferta.

El Pliego Único de Bases y Condiciones[8] y el Manual Práctico para las Contrataciones[9] también prevén disposiciones concordantes.

Por último, por Decreto reglamentario 1060/01[10] se estableció que al emitir la orden de compra o contrato, los responsables de las jurisdicciones deberán entregar al proveedor una certificación en la que conste que existe saldo de crédito presupuestario y de cuota de compromiso en las partidas correspondientes (art. 5°), agregando con esto un requisito más al contrato.

Otro aspecto interesante del tema es el caso del perfeccionamiento del contrato en el contrato de empleo público, ya que está expresa-

[8] Aprobado por resolución 834/00 del Ministerio de Economía, B.O. 19-10-00.
[9] Aprobado por resolución 515/00 del Secretario de Hacienda, B.O 29-12-00.
[10] B.O. 24-08-01.

mente excluido del nuevo régimen de contrataciones. A los efectos del perfeccionamiento deberá tenerse en cuenta el acto administrativo de designación y la aceptación del nombramiento, si se trata de una designación en la denominada planta estable, o bien, si la prestación de servicio requerida es temporaria y con una encomienda específica, en cuyo caso se suscribirá el pertinente contrato con las condiciones de la contratación. Sin embargo, en la especial relación del empleo público no puede decirse que los derechos del empleado nazcan o comiencen a partir de la celebración del contrato, sino que éstos nacen desde que el agente toma posesión de su empleo y ejercicio efectivo de sus funciones. Así lo analiza también el profesor Marienhoff equiparando la situación del empleado a la del propietario respecto de la cosa ya que los derechos sobre la cosa nacen despues de la tradición (arts. 577 y 3265, CC)[11]. De todos modos, parece que en el caso del empleado sería suficiente que éste concurriera a su trabajo y estuviera a disposición, ya que si la Administración no le asigna funciones ello no podría limitar los derechos del empleado, que fue designado.

Hasta aquí me he referido al régimen legal. Ahora comentaré algunos fallos por cuestiones que se suscitan con el perfeccionamiento del contrato cuando la autoridad administrativa suscribe un contrato sujeto a la aprobación o refrendo de otro órgano, ya sea un órgano superior o el órgano legislativo.

En estos casos, las estipulaciones del contrato se consideran efectuadas bajo condición suspensiva y por lo tanto, si la condición (aprobación) no se cumple, el contrato se entiende como no firmado, así en los términos del art. 548 del Cód. Civil.

En el caso "Herpazana S.R.L c/ Banco de la Nación Argentina" decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 16-12-93, se trataba de establecer si el acuerdo modificatorio de un contrato de servicios suscripto por el subgerente departamental del Banco *ad referendum* de la resolución del Directorio se encontraba perfeccionado o no, ya que el contratista se había retractado antes de la aprobación del Directorio, si bien había continuado la prestación del servicio aceptando la renegociación del precio, motivo del acuerdo. La Corte tuvo en cuenta que el subgerente había actuado con suficientes facultades según un poder otorgado para celebrar o modificar contratos y que por lo tanto el acuerdo suscripto por él era válido, si bien su efica-

[11] MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, "Contratos Adminisrativos", Abeledo-Perrot, 1994, pág. 218.

cia estaba condicionada a la aprobación del Directorio. Al haberse dado la aprobación del Directorio, los efectos se retrotraen al día en que se celebró el acuerdo, y por lo tanto no podía admitirse el desistimiento del contratista antes que se expidiera el Directorio. Por el contrario, la disidencia de los doctores Moliné O' Connor, Guillermo López y Adolfo Vazquez sostuvo que más allá del tema de la competencia, y aún reconociendo que se trataba de un acto válido, sin embargo, al haberse establecido la necesaria intervención del Directorio, ello implicaba someter su eficacia a una condición suspensiva y por lo tanto no podía generar derechos hasta tanto el hecho futuro e incierto se cumpliera. Por ello entendió que el contratista podía retirar su consentimiento ya que no se había emitido la manifestación de voluntad definitiva de la Administración.

Considero que si se trata de un acto sometido a una condición que es la aprobación de otro órgano, la obligación no genera derechos hasta que la condición se cumple (art. 528, CC) en cuyo caso los efectos se retrotraen (art. 543, CC) pero sólo para la Administración, ya que la obligación del contratista fue contraída sin condiciones y por ende, no podía ser válido su desistimiento en tal situación.

Otra cuestión está referida a la interpretación de los distintos documentos integrantes de la contratación, cuando hay divergencias entre pliegos y contratos.

En el caso "V. Robles c. Parques Nacionales", la Corte en el fallo del 30-3-1993 analizó el problema planteado por divergencias entre el contenido del pliego general, del pliego particular y del contrato. V. Robles pretendía la nulidad de la resolución de Parques Nacionales que, teniendo en cuenta lo establecido en el Pliego de Condiciones Particulares, determinó que finalizado el contrato de concesión, los edificios construidos pasarían sin cargo a ser propiedad del Estado Nacional. El conflicto interpretativo surge porque en el Pliego de Condiciones Generales se establecía que al finalizar el contrato, Parques Nacionales tenía opción para exigir el retiro de las construcciones y mejoras o para adquirirlas al valor que fijara el Tribunal de Tasaciones. Por el contrario, en el Pliego de Condiciones Particulares se decía que el adjudicatario asumía la obligación de retirar todas las instalaciones efectuadas en el plazo que se fijara. En caso contrario quedaría sin derecho a indemnización y los edificios pasarían sin cargo al Estado Nacional. Por último, el contrato pretendió ser aclaratorio y estableció lo expresado en el Pliego General. El voto de la mayoría sostuvo que el contrato aclaratorio, si bien reproducía lo establecido

en el pliego general al no haber derogado expresamente la cláusula del pliego particular, no podía desvirtuar lo pretendido por la Administración. En todo caso, la concesionaria es responsable de no haber solicitado oportunas aclaraciones al respecto. En cambio, el voto en disidencia del ministro Moliné O'Connor sostuvo que el contrato sirvió para aclarar la contradicción y por lo tanto debió aceptarse lo establecido en el pliego general según el orden de prevalencia previsto en el mismo contrato, donde se indicaba que regía primero el contrato, luego el pliego particular, luego el pliego general. Argumentó también que normalmente la notificación de la adjudicación perfecciona el contrato pero excepcionalmente se concreta mediante la redacción de un documento *ad hoc*.

En mi opinión, la interpretación de estas cláusulas de ambos pliegos podía hacerse considerándolas complementarias y no contradictorias, en tanto primero, según lo establecía el pliego general, correspondía la opción al Estado Nacional para adquirir las edificaciones o pretender su retiro y si, decidido el retiro de construcciones o mejoras, según los términos del pliego particular, la contratista no lo efectuaba en el plazo que se le fijara, estas construcciones pasaban al Estado Nacional sin cargo.

Este caso presenta también la necesidad de dejar establecido cuál es el orden de prevalencia de las normas en caso de diferencias de interpretación. Ello ha sido ahora previsto en el nuevo régimen de contrataciones del Dec. 1023/01. Su art. 7° determina que las contrataciones se regirán por su reglamentación, por las normas que se dicten en consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones y por el contrato o la orden de compra, según corresponda. Precisamente el art. 86 del Dec. Reglamentario anterior, 436/00, dispuso que todos los documentos que integran el contrato son reciprocamente explicativos y en caso de discrepancias deberá seguirse el siguiente orden de prelación: 1) en su momento, la ley de contabilidad; 2) el reglamento 436/00; 3) el pliego de condiciones generales; 4) el pliego de condiciones particulares; 5) la ofera; 6) la adjudicación; 7) la orden de compra.

Éste es el criterio expuesto por la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones, en lo Contencioso Administrativo Federal en el fallo del 29-11-2000, autos "Administración de Parques Nacionales c/Llao Llao-Holding S.A. s/contrato administrativo". Ante la diferente interpretación de las normas del pliego general de condiciones y las del contrato que determinaban diferencias en el precio que debía pagar la demandada, la Cámara sostuvo que en caso de duda debe

estarse a lo que específicamente determinan los pliegos correspondientes, ya que cabe estar a lo que tiene valor de una norma genérica interpretativa del contrato, como lo es el pliego de condiciones. En igual sentido, el Dr. Cassagne ha sostenido la naturaleza reglamentaria del pliego.[12]

Cabe concluir que de seguirse los términos del Código Civil para el perfeccionamiento del contrato bastaría la notificación del acto administrativo de adjudicación, actualmente el régimen de contrataciones del Estado ha establecido la necesidad de la firma de los instrumentos respectivos o de la notificación de la orden de compra para el contrato de suministro, despejando así esta duda, en un avance en la aplicación primaria del derecho administrativo y sus principios.

[12] CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 51.

LA DOCTRINA DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

ADOLFO GABINO ZIULU *

I. La influencia de la Constitución de los Estados Unidos

La importancia que tiene entre nosotros la Constitución de los Estados Unidos –considerada por algunos estudiosos como el instrumento más perfecto del derecho constitucional codificado–[1] no se debe exclusivamente a la circunstancia de ser la fuente primigenia de nuestro estatuto político de 1853. Ha contribuido también a ello la notoria influencia que han ejercido en el desenvolvimiento de nuestras instituciones republicanas las prácticas legislativas del Congreso norteamericano y principalmente las interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales federales de ese país.

Las posturas extremas que entendían que nuestra Constitución era una transcripción literal de la adoptada en Filadelfia en 1787 y que, por tanto, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte norteamericana constituía la primera guía para la resolución de los conflictos que se originen en nuestro país, han sido superadas hace tiempo. Empero, no se puede dejar de reconocer el valor de aquélla como modelo seguido por nuestros convencionales para la elaboración del código constitucional y, en especial, por el propio Alberdi al redactar las *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*[2].

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de Derecho Constitucional, UCLP y UNLP. Titular de Derecho Público.

[1] JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 18ª ed., 1948, pág. 20.

[2] Nuestros convencionales no sólo se inspiraron en la Constitución Federal de Norteamérica, sino también en la de varios de los Estados de la Unión sancionadas

De los varios principios contenidos en el texto norteamericano que pasaron a integrar el nuestro –entre los que cabe citar la supremacía constitucional, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, el sistema federal de organización del Estado y el presidencialismo– uno resulta sumamente caro a la arquitectura de nuestra república: el de la separación de poderes[3].

El sistema de frenos y contrapesos –*checks and balances*– esbozado por Locke y pergeñado luego por Montesquieu, tuvo favorable acogida en los fundadores de la Unión americana –especialmente Madison, quien reconocía al célebre pensador de la Brede como el "oráculo del tema–"[4] al punto de constituir su eje vertebral[5]. Este principio fue adoptado con la convicción que serviría por sí solo como resguardo de la libertad, resultando innecesario enumerar los derechos y garantías, postura que se dejó de lado a menos de dos años de vigencia del estatuto americano cuando el 8 de junio de 1789 el mismo James Madison presentó el *Bill of Rights* a la Cámara de Representantes.

Nuestra Constitución política, basada en la Carta Norteamericana y sus diez primeras enmiendas, al adoptar en su artículo 1° la forma republicana de gobierno, hizo de la separación de poderes uno de sus más fuertes dogmas. No es de extrañar, entonces, que al aferrarse a una estructura rígida de distribución de atribuciones, prohibiera la transferencia de éstas entre las distintas ramas que conforman el gobierno federal.

La delegación de las facultades legislativas al poder administrador, utilizada con creciente asiduidad, se encontró en el derecho nor-

---

antes de 1787 –principalmente las de Virginia de 1776, Maryland de 1776, Massachussets de 1780 y New Hampshire de 1783– y aun después, como la de California, adoptada en Monterrey el 12 de octubre de 1849, que deslumbró a Alberdi. Asimismo, la obra de Story y los artículos de *El Federalista* fueron conocidos por nuestros constituyentes, aunque tardíamente y en muy pocas ocasiones en su versión original, mediante traducciones no del todo fidedignas. Conf. GALETTI, Alfredo, *Historia Constitucional Argentina*, La Plata, Librería Editora Platense, 1ª reimpresión, t. II, 1987, pág. 502.

[3] Véase: GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, t. I, 1997, pág. 31.

[4] HAMILTON, MADISON y JAY, *El federalista*, traducción de Ildefonso Isla, Establecimiento Tipográfico La Pampa, Buenos Aires, 1881, N° 47, pág. 334.

[5] A diferencia del federalismo, el presidencialismo y el control judicial de constitucionalidad, originarios de la Constitución sancionada en Filadelfia, el principio de separación de poderes ya había tenido acogida en el artículo 5 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, fuente principal de aquélla.

teamericano con una prohibición implícita que dificultaba su admisión y, entre nosotros, con un cuadro agravado por la interdicción impuesta por el constituyente al Congreso en el artículo 29, que veda el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo Nacional, bajo la amenaza de juzgarlos como "infames traidores a la patria," norma de fuertes contenidos político, histórico y –siguiendo las enseñanzas de Carrió– emotivo,[6] pero de escasa relevancia práctica.

Pese a esta importante diferencia entre los dos instrumentos, nuestra Corte Suprema se trazó, hasta la reforma de 1994, laxas pautas jurisprudenciales tomadas del Alto Tribunal de Norteamérica, que desde comienzos del siglo XIX ha admitido la delegación legislativa, con harta frecuencia[7]. Esta afirmación puede corroborarse al observar que incluso cuando excepcionalmente nuestro más alto Tribunal de la República descalificó una delegación de facultades, como lo hizo en 1957 en el *leading case* "Mouviel",[8] se ha fundado en las escasas oportunidades en que su par de Washington declaró inconstitucional una cesión de poder[9].

II. La delegación legislativa en la reforma constitucional argentina de 1994

Sin lugar a dudas, la reforma constitucional de 1994 estuvo enderezada –en lo que aquí atañe– a disipar todo manto de dudas sobre la legitimidad de la delegación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, y a evitar, en el futuro, las irritantes declaraciones de inconstitucionalidad dispuestas por los jueces federales inferiores, que si bien por regla han sido revertidas al llegar a la instancia de la Corte Suprema, han entorpecido los planes económicos de los distintos gobiernos.

Son éstas las razones por las que nuestros constituyentes de 1994 han buscado en la jurisprudencia de la Corte Federal norteamericana los fundamentos que justifiquen el robustecimiento de los poderes presidenciales en épocas de emergencia.

[6] Denotaba Carrió el empleo de palabras emotivas, usadas en forma ostensible o encubierta, para exteriorizar, despertar o agudizar ciertas actitudes de aprobación o desaprobación y aprovechar su significado nebuloso para adjudicarle sentidos distintos y dirigir el comportamiento ajeno según cierto rumbo. Conf. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre lenguaje y derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 23.

[7] Conf. BIANCHI, Alberto B., "La delegación legislativa", diario *La Nación*, 11 de agosto de 1999, pág. 15.

[8] Fallos: 237-636.

[9] En el caso Mouviel, la Corte hizo suyo el meduloso dictamen del entonces Procurador General, Sebastián Soler, que citó expresamente los precedentes, "Pana-

De la lectura de las actas de sesiones de la Convención Constituyente de 1994 surge claramente la intención del seguir *in totum* la doctrina sentada por la Suprema Corte norteamericana. El convencional García Lema, miembro co-informante del despacho mayoritario, reconoció expresamente que en virtud del artículo 76, incorporado a nuestra Constitución Nacional, "los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo al cual se transfieren facultades"[10].

Nuestra Ley Fundamental, sin derogar el artículo 29[11], confirió expresa autorización al Congreso para transferir su poder de legislar al Ejecutivo, a diferencia de lo sucedido en Estados Unidos, donde, a pesar de la vasta jurisprudencia dictada por la Suprema Corte –que suma más de cien casos de delegación legislativa resueltos favorablemente desde 1813–, la letra de la Constitución, en este tema, no ha sido modificada desde su sanción.

Admitida la delegación legislativa en la constitución formal –ya que en la material había sido aceptada desde antiguo por una frecuente práctica, encubierta bajo los poderes reglamentarios del presidente–[12] se refuerza la necesidad de precisar la doctrina elaborada por la *Supreme Court*, en aras de aclarar su real significado y extensión.

La delegación de poderes ha aparecido en ambos países como la herramienta por excelencia a la que acuden los gobernantes para paliar las crisis económicas o políticas, en la creencia que tiempos excepcionales, originados por crisis financieras o conflagraciones béli-

---

má Refining Co." y "A.L.A. Schechter Poultry", de 1935 –que analizaremos *ut supra*– para impugnar la constitucionalidad de la delegación de facultades legislativas. Conf. BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1990, pág. 140.

[10] Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, Buenos Aires, 1994, pág. 1218. Véase la selección y recopilación de las intervenciones orales e inserciones solicitadas por los constituyentes en el anexo de la obra de BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, t. VI, 1995, pág. 609.

[11] Ubicado en la parte dogmática de la Constitución, ajena al Núcleo de Coincidencias Básicas que habilitó su reforma, conforme al artículo 2 de la Ley 24.309.

[12] Así lo ha hecho la Corte Suprema desde el *leading case* Delfino, de 1927 (Fallos, 148:430), en el que si bien rechazó la delegación legislativa, admitió la multa impuesta al actor en uso de facultades reglamentarias acordadas al Poder Ejecutivo por el artículo 86, inc. 2° (actual art. 99, inc. 2°).

cas, requieren del presidente que se erija en *leader* de la salvación nacional, figura que no se condice con la más compleja y parsimoniosa tarea del Congreso. Ésta ha sido la base de la política del *New Deal*, con la que Franklin D. Roosvelt afrontó la Gran Depresión de 1929, como reconociera en su libro *On our way*: "Pediré al Congreso el único instrumento que quedará para enfrentarse con la crisis: un amplio Poder Ejecutivo para emprender la guerra contra la emergencia, tan grande como el que se me hubiera dado si de hecho hubiéramos sido invadidos por un enemigo extranjero"[13].

No debe sorprender que los mismos argumentos sean esgrimidos en la actualidad en nuestro país para justificar la legislación de emergencia. Clara muestra de ello son las leyes 25.414 y 25.561, sancionadas en el 2001 y 2002, respectivamente, que autorizan al Poder Ejecutivo a tomar amplísimas medidas en aras de encauzar la economía nacional.

En lo que sigue trataremos de corroborar si estas leyes, fundadas en las prácticas norteamericanas, verdaderamente se ajustan a ellas o si, por el contrario, se basan en autorizaciones genéricas que no guían a la administración según un *intelligible standard,* como exige la jurisprudencia de aquél país[14].

Para ello, habremos de estudiar el desarrollo jurisprudencial acaecido en el país del Norte en los dos últimos años en materia de delegación legislativa. Ello, entendemos, le permitirá al lector extraer sus propias conclusiones acerca del grado de similitud o diferencia con la jurisprudencia de los Estados Unidos. Para asegurar una mejor comprensión de esta última, nos detendremos previamente a recordar la doctrina judicial del caso Chevron de 1984, insistentemente citada en los casos más actuales.

La actual jurisprudencia norteamericana entendemos que es una síntesis que ha permitido delinear en base a la experiencia recogida durante dos siglos en la política de los Estados Unidos los oscuros márgenes que convierten a una cesión de potestades en una ley inconstitucional y al ejercicio de facultades delegadas en una usurpación de poder.

[13] ROOSVELT, Franklin D., *On our way, 1934*, pág. 260, citado por FRAGA IRIBARNE, Manuel, *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1951, pág. 95.

[14] PADILLA, Miguel, ha criticado la ley 25.561, sancionada el 6 de febrero de 2002, cuyas vagas y amplias pautas ("reactivar el funcionamiento de la economía"; "crear condiciones para el desarrollo económico sustentable", etc.) autorizan al titular del Ejecutivo a "hacer y deshacer lo que a su exclusiva discreción, estime adecuado, necesario o conveniente." Conf.: "Delegación de facultades al presidente," diario *La Nación*, 15 de enero de 2002, pág. 17.

III. La doctrina judicial del caso Chevron

En el *leading case* "Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc." (1984),[15] la Corte Suprema consolidó su método de interpretación de los criterios o patrones impuestos por el Congreso sobre la Administración. Debido a la trascendencia de este precedente, cuya vigencia en la actualidad, si bien ha sido mermada, permanece incuestionada, habremos de desglosar su análisis en dos secciones: en lo que sigue, subrayaremos los puntos mas relevantes de la resolución judicial, dejando para más tarde la evolución posterior de esta doctrina, con especial referencia a las sentencias que han ido limitando su campo de acción.

El caso se originó por un reglamento dictado por la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency, EPA*) en el marco de la autoridad delegada por la Ley de Aire Puro, de 1977 (*Clean Air Act Amendments*) que autorizaba a esa entidad a promulgar regulaciones que establezcan estándares de calidad de aire.

Al reformar la norma en 1977, el Congreso instituyó un programa de regularización de los Estados que no habían alcanzado los estándares de calidad de aire fijados por EPA según la legislación anterior. La nueva norma requería que los Estados "incumplidores" instauraran un sistema regulatorio de las "nuevas o mayores fuentes fijas" de polución del aire. Por lo general, los permisos no podían ser otorgados para "nuevas o mayores fuentes fijas de polución", salvo que se reúnan un número importante de condiciones muy estrictas.

De acuerdo a esa delegación, la agencia administrativa dictó un reglamento autorizando a los Estados a adoptar una definición amplia del término "fuente fija," que les permitiría a las industrias que tengan instalaciones contaminantes instalar o modificar algún equipo o maquinaria que no reúna las condiciones exigidas, si la alteración no superaba el total de emisiones autorizado por la planta o fábrica.

Natural Resourses Defense Council, una organización no gubernamental dedicada a la protección del medio ambiente, demandó a EPA por considerar que el reglamento citado contrariaba la Ley de Aire Puro, al permitir englobar en un solo concepto las distintas fuentes de polución de un grupo industrial, y así autorizar la instalación de máquinas que contaminen más allá de lo prescripto por la ley.

[15] 467 U.S. 837 (1984).

La Corte de Apelaciones invalidó la delegación legislativa, por juzgar que la definición de "fuentes fijas" no surgía explícitamente de la Ley de Aire Puro, ni de sus antecedentes legislativos, ni de manifestaciones expresas del Congreso.

La Corte Suprema revirtió esa decisión, en la concepción que la definición elaborada por EPA era una interpretación permisible del término "fuente fija" contenido en la ley y que el Congreso no tuvo ninguna intención de definir ese concepto, ni se evidencia que actualmente quería hacerlo. Por el contrario, sostuvo el *Justice Stevens*, la historia legislativa de esta norma muestra la intención de equilibrar el conflicto existente entre los intereses económicos y ambientales.

Por todo ello, la Corte concluyó que el empleo de términos amplios e ilustrativos ha sido usado para extender, en vez de restringir, el poder de EPA para regular las específicas fuentes de contaminación. Dicha inferencia encuentra raigambre en la historia legislativa, que demuestra la voluntad de dotar a la agencia de un amplio poder de discreción para implementar las políticas emanadas de la ley ambiental. Por todo ello, concluyó que "la definición amplia que engloba las distintas fuentes de polución es congruente con la intención política de permitir el crecimiento económico y EPA ha dado razonables explicaciones que demostraron que sus regulaciones sirven para cumplir los objetivos ambientales previstos en la ley"[16].

Por estas consideraciones, la Corte juzgó que la interpretación de la norma realizada por EPA es una razonable acomodación de los intereses manifiestamente contradictorios existentes en la materia y que debe, por lo tanto, ser respetada.

En base a estos fundamentos, construyó la siguiente doctrina, que habría de perdurar hasta nuestros días:

a) En vista a la revisión judicial de la regulación administrativa, si el Congreso no se ha pronunciado directamente sobre el tema, la Corte debe determinar si la respuesta de la agencia está basada en una construcción permisible de la ley.
b) Por regla se debe reconocer valor a la interpretación que la agencia hace de su propio reglamento, pero si la voluntad del Congreso ha sido expresada de manera clara (*unambiguosly*), los jueces deben otorgar primacía a ésta.
c) Una norma ambigua constituye una delegación legislativa implícita del Congreso a la agencia, para que llene los vacíos legales.

[16] Ídem. ant., pág. 859.

IV. La delegación legislativa en la doctrina judicial norteamericana de los dos últimos años

a) El poder para regular el uso del tabaco

En el caso "FDA v. Brown & Willamson Tobacco Corporation" (2000)[17] la Corte enfrentó el problema del consumo de tabaco, uno de los mas álgidos asuntos concernientes a la salud pública en Estados Unidos.

En 1996 la Administración de Alimentos y Drogas (*Food and Drug Administration, FDA*), en uso de las facultades regulatorias otorgadas por la Ley de Alimentos, Drogas, y Cosméticos (*Food, Drug and Cosmetic Act*), determinó que la nicotina era una "droga" y que los cigarrillos y otras formas de fumar tabaco eran productos combinados que introducen esta sustancia al cuerpo. Por ello, promulgó una reglamentación con el objeto de reducir la venta de tabaco entre los niños y adolescentes, en la convicción que el mayor consumo de tabaco se produce antes de los 18 años.

La Corte, luego de un pormenorizado análisis, concluyó que la regulación dictada por la FDA era inadmisible, en atención a los siguientes argumentos:

a) Con independencia de los importantes problemas que la agencia pretenda resolver, no puede ejercer la autoridad de una manera incongruente con la ley del Congreso[18].
b) Para determinar si la FDA tiene el poder de regular los productos del tabaco, no sólo se debe interpretar la mención a la "seguridad" que emplea la ley, sino toda la política adoptada por el Congreso en materia de tabaco.
c) De acuerdo a la doctrina Chevron, los jueces deben otorgar valor a la voluntad del órgano legislativo si ha sido expresada de forma clara, es decir, no ambigua. En el caso, éste ha negado de manera manifiesta a la FDA la jurisdicción para regular el tabaco y sus derivados, reservándose la decisión en una materia de tanta importancia económica y política.

b) La delegación en materia de política comercial internacional

Ese mismo año, la Suprema Corte resolvió el caso "Crosby v. National Foreing Trade Council" (2000),[19] vinculado a la política comer-

[17] No. 98-1152 (2000).
[18] En el mismo sentido: "ETSI Pipeline Project v. Missouri", 484 U.S. 495 (1988).
[19] No. 99-474 (2000).

cial internacional, atribuida por la Constitución al Congreso de los Estados Unidos.

El litigio se generó por una ley adoptada por el Estado de Massachussets en 1996, que impedía a las empresas de bienes y servicios de ese Estado realizar negocios en Birmania, medida impuesta como sanción económica por los atentados al orden democrático y las violaciones a los derechos humanos ocurridos en dicho país.

La Suprema Corte entendió que la ley estatal constituía un obstáculo al cumplimiento de la ley federal que delegaba en el presidente la discreción necesaria para controlar las sanciones económicas sobre Birmania, contrariando de esta manera la cláusula de supremacía constitucional. Citando jurisprudencia anterior, la Corte sostuvo que "cuando el presidente actúa de acuerdo a una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad se encuentra en el máximo, pues incluye todos los poderes que posee por derecho propio y todos lo que el Congreso le delega"[20]. Por ello concluyó que la ley local no puede contradecir las decisiones que el Poder Ejecutivo tome en virtud de poderes que, si bien en principio corresponden al Congreso, éste ha delegado válidamente a aquél como representante de los Estados Unidos ante el mundo.

c) La delegación legislativa en materia ambiental

El año pasado, en "Whitman v. American Trucking Association, Inc." (2001)[21] la Suprema Corte, volvió a analizar –como hiciera décadas atrás en el *leading case* Chevron– la constitucionalidad de las regulaciones promulgadas por el Administrador de la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency, EPA*), ante un conflicto originado por un reglamento dictado por dicho organismo en uso de facultades delegadas por la Ley de Aire Puro de 1977 (*Clean Air Act, CAA*), que lo autorizaba a "establecer los estándares necesarios para proteger la salud pública con un adecuado margen de seguridad".

En el caso, se discutía la compatibilidad de los "estándares ambientales nacionales de calidad del aire" (*national ambient air quality standards, NAAQS*) con la Constitución de los Estados Unidos. Estos patrones habían sido modificados por el Administrador de la agencia en 1997, incluyendo los costos de implementación de los mismos.

[20] "Youngstown Seet & Tube Co. v. Sawyer", 343 U.S. 597 (1952).
[21] No. 99-1257 (2001).

La Corte de Distrito declaró la inconstitucionalidad del artículo 109(b)(1) de la Ley de Aire Puro, por delegar poder legislativo sin haber establecido un "principio inteligible" que guíe a la agencia para ejercer su autoridad. Pero para evitar declarar la inconstitucionalidad de la ley –medida de *ultima ratio*– autorizó a EPA a imponerse un límite a sus facultades regulatorias, adoptando un criterio restrictivo de dichas atribuciones.

Llegado el caso a la Suprema Corte, ésta, si bien no declaró la inconstitucionalidad de la ley, pues sostuvo que la delegación contenida en la misma no difería de tantas otras convalidadas por este Tribunal, consideró que la ley no delegaba al organismo administrativo las facultades que éste se había arrogado. Asimismo, hizo una importante aclaración respecto de la posibilidad de interpretar restrictivamente las facultades regulatorias que se había atribuido de forma ilegítima.

Respecto de lo primero, consideró que las cuestiones económicas no podían ser tenidas en cuenta por las reglamentaciones de los estándares ambientales de acuerdo a la Sección 109 de la CAA, ya que el lenguaje utilizado por el legislador era contundente en este sentido, sin que la mención a la "salud pública" fuere suficiente para desvirtuarlo[22]. De la lectura de la ley, sostuvo Scalia –redactor de la opinión mayoritaria– surge que cada vez que el legislador quiso que la agencia contemple los costos económicos, lo ha dicho expresamente, por lo que es incorrecta la idea que tal autorización pueda surgir implícitamente de los términos ambiguos de aquélla[23], ya que "el Congreso no modifica aspectos fundamentales de su plan regulatorio en términos vagos o mediante medidas subsidiarias; se podría decir, no esconde elefantes en ratoneras"[24].

Con respecto a la segunda cuestión, el máximo Tribunal afirmó que una agencia no puede purgar una delegación ilegítima de facultades imponiéndose –a su criterio– un límite a los poderes reglamentarios. Porque si se admitiera el coto impuesto a sí misma por EPA, ésta podría anularlo en el futuro y se habría convalidado, de esta forma, una delegación de poderes que la ley no autoriza.

[22] En ese sentido: "Jones v. United States", 527 U.S. 373 (1999) y "FDA v. Brown & Willamson Tobacco Corp." (2000), cit., págs. 132-133.

[23] En idéntico sentido había resuelto en "Union Elec. Co. v. EPA", 427 U.S. 246 (1976).

[24] Ídem: "MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co." (1994), cit., pág. 231 y "FDA v. Brown & Willamson Tobacco Corp." (2000), cit., pág. 159.

Los jueces Thomas y Stevens votaron de forma concurrente, pero haciendo importantes reservas sobre la validez constitucional de la doctrina de la delegación legislativa, permitiendo prever que en un futuro pueda haber un cambio en la tradicional postura de la Corte.

El primero afirmó que si bien desde 1928 el máximo Tribunal Federal ha establecido el requisito del "principio inteligible" como único limite constitucional a la transferencia de poder del Congreso a los órganos administrativos, lo cierto es que la Constitución no menciona el citado principio sino, por el contrario, establece en términos simples que "Todos los poderes legislativos otorgados por esta Constitución residirán en un Congreso de los Estados Unidos" (Artículo I, Sección 1, US Const.). "No estoy convencido –aseveró Thomas– que la doctrina del *intelligible principle* sirva para evitar todas las cesiones legislativas, sino que existen casos en que la decisión delegada es tan amplia que no pueda ser llamada otra cosa sino legislativa". Por último, dejando entrever su posición para futuros planteos, concluyó que "ninguna de las partes examinó el texto de la Constitución o solicitó a la Corte que reconsidere sus precedentes sobre la cesión de poder legislativo. En el futuro, quizás, estaré dispuesto a responder si nuestra jurisprudencia sobre delegación legislativa se ha desviado demasiado de lo que los fundadores de la Constitución entendían sobre la separación de poderes".

Por su parte, Stevens entendió que la Corte tenía dos posibilidades: reconocer que el poder delegado a EPA era "legislativo," pero concluir que la delegación era válida desde el punto de vista constitucional debido a que se había limitado adecuadamente el poder transferido; o pretender –como hizo el Tribunal– que lo delegado a EPA no era "poder legislativo" sino autoridad regulatoria, inclinándose por la primera opción. Por ello coligió que si estos estándares ambientales hubiesen sido dictados por el Congreso, nadie hubiera dudado en afirmar que se trataría del ejercicio del poder legislativo, pero en sustancia nada cambia el hecho que hayan sido promulgados por EPA[25]. Por

[25] De la misma forma, Davis y Pierce sostienen que si "poder legislativo" significa la facultad de dictar reglas de conducta que vinculen a todas las personas en base a cuestiones de política general, nada obsta en reconocer que las agencias ejercitan tal poder diariamente cuando promulgan lo que cándidamente se denomina "reglas legislativas" (Kenneth C. Davis & Richard J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, 3rd. ed., 1994, pág. 37., citado por Stevens en su voto concurrente). En el mismo sentido se había expresado el *justice* White, en su voto en disidencia en el caso "INS v. Chadha" –analizado *ut supra*– en cuanto había reconocido que el poder legislativo puede ser ejercido tanto por las agencias administrativas como por los departamentos del Ejecutivo, pág. 985.

ello concluyó –como lo había hecho anteriormente–[26] que es claro que el poder que las agencias ejecutivas ejercitan en virtud de una delegación válida del Congreso es "legislativa" y mientras la delegación provea un "principio inteligible" de manera suficiente no tendrá nada de inconstitucional.

d) La delegación legislativa y el poder de los jueces

Inmediatamente después de este caso, la Corte, en "United States v. Cleaveland Indians Baseball Company" (2001)[27] sostuvo que los tribunales no pueden funcionar como un comité revisor que perfeccione las regulaciones administrativas, sino que deben dar acatamiento a los reglamentos promulgados por la Administración –en el caso el Servicio de Rentas Internas (*Internal Revenue Service*)– mientras implementen de una manera razonable el mandato del Congreso[28], pues –como sostuvo este Tribunal hace más de un siglo– "la delegación ayuda a garantizar que las reglas sean escritas por especialistas en la materia, que son los responsables de poner en funcionamiento dichas normas"[29].

e) Los reglamentos delegados de aduanas

Nuestra reseña concluye con el caso "United States v. Mead Corp." (2001)[30], resuelto el 18 de junio del año pasado, que produjo un importante cambio en la pacífica jurisprudencia que este Alto Tribunal venía manteniendo desde el *leading case* Chevron, sentenciado diecisiete años atrás.

La Lista de Tarifas Armonizadas (Harmonized Tariff Schedule) –aún vigente– autorizaba a la Aduana norteamericana (U.S. Custom Service) a clasificar y fijar los derechos de importación de mercaderías, de acuerdo a las normas y regulaciones dictadas por el Secretario del Tesoro. Éste había facultado a las oficinas de aduana de los cuarenta y seis puertos del país a dictar reglamentos –denominados *"ruling letters"*– que especifiquen las tarifas generales fijadas por aquél en los productos específicos que se importen.

[26] En su voto concurrente en el caso "Bowsher v. Synar" (1986) –que analizaremos más adelante– enfatizó que "mas allá de la categórica afirmación del Artículo I Secc. 1ª, no es novedoso aceptar que las agencias verdaderamente ejercitan poder legislativo" 478 U.S. 714, pág. 752.

[27] No. 00-203 (2001).

[28] Ídem: "United States v. Correll", 389 U.S. 299 (1967).

[29] "United States v. Moore", 95 U.S. 760 (1878).

[30] No. 99-1434 (2001).

Luego de catalogar por muchos años como "libre de impuestos" *(duty free)* a los calendarios, almanaques y agendas, una Oficina de Aduana, por intermedio de una disposición regulatoria, fijó una tarifa para su importación. Mead Corporation, empresa afectada por dicha reglamentación, demandó al Gobierno ante la Corte de Comercio Internacional.

La Corte del Circuito Federal revisó la sentencia de este Tribunal y entendió que no se podía otorgar el mismo valor legal a las letras regulatorias que a los reglamentos delegados, promulgados por la aduana de acuerdo a los mecanismos y con la publicidad que exige la Ley de Procedimiento Administrativo *(Administrative Procedure Act)*. Por ello, concluyó que los primeros no merecían el acatamiento que la doctrina Chevron reconoce a los últimos.

La Suprema Corte revisó en parte la decisión del tribunal inferior, estableciendo las siguientes pautas:

a) Se debe aplicar la doctrina Chevron a la implementación administrativa de una medida específica cuando el Congreso ha delegado autoridad a la agencia para dictar normas con fuerza de ley y la reglamentación fue promulgada en ejercicio de esa autoridad.
b) La legislación delegada puede ser plasmada en una gran variedad de formas, tanto reglamentaciones, regulaciones o –como en el caso– circulares regulatorias. Éstas no merecen todo el acatamiento que la doctrina Chevron reconoce a los reglamentos, pero sí cierto respecto[31].
c) Cuando el Congreso explícitamente dejó un vacío para que la agencia lo llene, le ha delegado expresamente poder para adoptar una medida estatutaria específica por medio de una regulación, la que será vinculante, a menos que sea procesalmente defectuosa, sustancialmente arbitraria o caprichosa, o manifiestamente contraria a la ley.
d) Aun en ausencia de delegación expresa respecto de una cuestión en particular, debe considerarse que si bien las agencias realizan necesariamente toda clase de decisiones interpretativas, mientras no todas éstas son vinculantes para el juez, pueden influenciarlo respecto de asuntos que ya hayan resuelto. El peso que se le acuerde a la decisión administrativa dependerá del detenimiento de sus consideraciones, de la validez de su razonamiento, de la consistencia con pronunciamientos anteriores y de todos los otros factores que sean capaces de persuadir[32].

[31] En el mismo sentido: "Skidmore v. Swift & Co.", 323 U.S. 134 (1944).
[32] Ídem: "Skidmore v. Swift & Co.", pág. 140.

Pese a las consideraciones precedentes, la Corte juzgó que en el caso nada indicaba que el Congreso haya intentado delegar autoridad a la Aduana para dictar regulaciones clasificatorias con fuerza de ley[33].

Sin embargo –sostuvo Souter, redactor de la opinión mayoritaria– esto no significa que las circulares regulatorias no merezcan ningún tipo de acatamiento, sino uno menor que el que Chevron reconoce a los reglamentos delegados. Como la Corte ya había reconocido en Skidmore, hace más de medio siglo, "las interpretaciones reglamentarias que realicen las agencias merecen algún grado de obediencia, debido a la experiencia, especialización, a la amplia investigación e información que las agencias poseen y a la uniformidad de las interpretaciones administrativas y judiciales que las leyes nacionales requieren"[34].

En un enjundioso voto el *justice* Scalia disintió con su pares, entendiendo que debían hacerse cumplir las regulaciones dictadas por la Aduana, ya que de lo contrario se estaba dejando de lado la doctrina Chevron para adoptar la doctrina Mead, sin que existan fundamentos para ello. Según su parecer, una regulación razonable de una norma ambigua realizada por una agencia debía ser respetada mientras represente la interpretación autorizada de ésta. A partir de este caso, en principio, esa interpretación podrá ser dejada de lado, salvo que el Congreso haya delegado a la agencia poder general para dictar normas con fuerza de ley y que la regulación haya sido promulgada en ejercicio de esa autoridad. En virtud de ello, lo que antes era una presunción general de autoridad de las agencias para resolver ambigüedades normativas, ha sido cambiada por la presunción que esa autoridad no existe, la que debe surgir de la intención positiva del Congreso en sentido contrario. Para Scalia, con este nuevo caso, se presume que la discreción normativa de la agencia no existe, salvo que la ley, explícita o implícitamente, así lo disponga.

[33] En idéntico sentido se había manifestado en "Adams Fruit Co. v. Barret", en el cual sostuvo que "si bien el Congreso requirió al Secretario de Trabajo promulgar *standards* para implementar ciertas medidas de la Ley de Protección de Trabajadores Migratorios y de Temporada de la Agricultura *(Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act)* y que las decisiones de la agencia tomadas dentro del campo de poder delegado deben obedecerse, las resoluciones dispuestas por el Secretario no merecen el respecto reconocido en Chevron, porque ninguna delegación fue autorizada por la ley con referencia a las medidas adoptadas," 494 U.S. 638 (1990).

[34] "Skidmore v. Swift & Co.", cit., págs. 139 y 140.

DERECHO DEL MAR

EL DERECHO DEL MAR EN TIEMPOS DE PAZ

ALFREDO M. DE LAS CARRERAS *

Denominación

El Derecho del Mar es la rama del Derecho Internacional Público que estudia el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídicas internacionales de los Estados en los espacios marítimos. El mar es, en consecuencia, el ámbito de aplicación del Derecho del Mar.

Por mar se entienden los océanos y los mares propiamente dichos; abarcan las siete décimas partes (7/10) de la superficie del planeta.

En un primer momento, sus normas se referían a su superficie: al Alta Mar y al Mar Territorial; posteriormente se extendió a otros ámbitos como a la Plataforma Submarina y a los Fondos Oceánicos (sus suelos y subsuelos), es decir a las profundidades.

Las normas de la "superficie" a su vez, se fueron desarrollando al dividirse en zonas que se denominan sucesivamente, a partir de la costa en: Aguas Interiores, Mar Territorial, Zona Contigua, Zona Económica Exclusiva y Alta Mar. Se incluyeron finalmente normas referidas al espacio aéreo suprayacente al marítimo.

La denominación de Derecho del Mar fue propuesta por las Naciones Unidas al convocar a la Conferencia de 1958, sin embargo es más preciso referirse al "Derecho Internacional de los Espacios Marítimos" o "Régimen Jurídico de los Espacios Marítimos". No obstante, debido al uso generalizado de la expresión Derecho del Mar se la continúa usando.

* Abogado. Profesor Titular de Derecho Internacional Público.

Antecedentes

Las primeras especulaciones sobre la existencia de un derecho que en un comienzo se denominó Derecho de Gentes y que posteriormente se reconocería como Derecho Internacional Público (DIP), nacieron con respecto al mar. En consecuencia, puede afirmarse que el DIP y su rama el Derecho del Mar, nacieron simultáneamente.

A fines del siglo XV, comienzos de la Edad Moderna, se constituyeron los primeros Estados tal como los conocemos actualmente: España, Portugal, Francia y Gran Bretaña. El mar fue prácticamente el centro de las primeras relaciones de derecho que se originaron entre ellos.

En efecto, durante la Edad Media, se aceptaban derechos exclusivos al mar. Venecia consideraba como mar propio al Adriático, Génova al mar de Liguria, Suecia y Dinamarca al Báltico, Inglaterra al Mar del Norte y sus adyacencias, denominado mar Inglés. Estos derechos sobre los mares, obligaba a solicitar permisos de tránsito, a abonar gravámenes a la navegación, prohibían la pesca, a aceptar la jurisdicción, a saludar la bandera, etcétera.

El Tratado de Alcaçovas (1479), que puso fin a la guerra entre España y Portugal por la sucesión del trono de Castilla, aprobado por el Papa Sixto IV como era costumbre en la época, prohibía a las naves que no fueran portuguesas navegar por el Océano Atlántico al sur del paralelo de las islas Canarias (28° de latitud norte). La navegación era costera al África donde los navegantes portugueses iban extendiendo sus descubrimientos en busca de un pasaje que los llevase al oriente. Un decreto del rey de Portugal disponía que de todo navío que fuera sorprendido navegando al sur de dicho paralelo, tanto el capitán como su tripulación fueran arrojados al mar.

El descubrimiento de América (1492) demostró no sólo la existencia de nuevas tierras sino la posibilidad de navegar hacia el poniente cruzando el Atlántico, lo que trajo aparejado importantes cambios con respecto al derecho de navegación por los mares.

Al regreso del viaje de Colón, por pedido expreso de los Reyes Católicos, el Papa Alejandro VI promulgó las famosas bulas *Inter Coetera*, del 3 de mayo y 28 de junio de 1493, que adjudicaron "tierras y mares" a España. Rechazadas por Portugal, se suscribió entre ambos países el Tratado de Tordesillas el 7 de junio de 1494, que adjudicó las tierras descubiertas y a descubrir y dividió el Atlántico mediante una línea meridiana trazada a 370 leguas al occidente de las Islas del

Cabo Verde. De esta manera, la soberanía portuguesa se proyectaba al oriente de dicha línea y "el mar de Castilla" al occidente. El antemeridiano adjudicaba el Pacífico a España y el Índico a Portugal. Se pretendía continuar en cuanto a la propiedad de los mares con la práctica de la Edad Media.

Estas divisiones oceánicas fueron rechazadas por Inglaterra y Francia. Cuenta la anécdota que notificado el rey francés Francisco I, exclamó "¡Muéstrenme el testamento de Adán donde excluye a Francia de la partición del mundo!". Quedó así planteado el derecho a la "libertad de navegación", más tarde denominado con mayor precisión "libertad de los mares", por comprender otras libertades. Sin embargo, las pretensiones de soberanía continuaron con respecto a algunos mares hasta entrado el siglo XVIII, provocando importantes incidentes y reiteradas reclamaciones, en especial en torno al "mar inglés" (Mar del Norte y de Irlanda).

La "batalla libresca"

Francisco de Vitoria, dominico español, fue el primero que a principios del siglo XVI, recién iniciada la navegación transoceánica, analizó el derecho de los Estados respecto a las tierras y mares recién descubiertos. A esta rama naciente del derecho la denominó *ius gentium*. Vitoria defendió la inapropiabilidad de los mares basándose en el derecho natural de los pueblos a comunicarse libremente, *ius communicationis*. Por lo tanto, a su juicio, carecía de fundamento la adjudicación de soberanía sobre los mares, tal como lo habían dispuesto las bulas alejandrinas y el mismo Tratado de Tordesillas.

Hugo Grocio, filósofo y jurista holandés, en su obra titulada *De Iure Praedae* (1609), expuso en uno de sus capítulos, *"Mare Liberum"*, su famosa tesis sobre la libertad de los mares. Sostenía Grocio que el mar era *res communis*, de uso común, y por lo tanto no era susceptible de ser apropiado. Argumentaba que no tenía la condición de *res nullius* y que, por lo tanto, no podía ejercerse sobre él dominio alguno; agregaba que tampoco podía por su propia naturaleza ser objeto de ocupación efectiva.

La tesis de Grocio formó parte de la defensa de los intereses de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales contra las pretensiones de España (sucesora de Portugal) en la región. Como era de esperar, los argumentos de Grocio, que cita en su exposición reiteradamente a Vitoria , trajeron aparejadas numerosas controversias en torno

al problema de navegar libremente los mares, sobresaliendo la opinión contraria del jurista inglés John Seldem en su opúsculo Mare *Clausum sive Dominio Maris* (1636) en la que defiende los derechos ingleses a apropiarse de los mares adyacentes a su costas, fundado en razones de seguridad.

El monje español Vázquez de Menchaca (1512-1569), entre otros autores, argumentó que el dominio sobre los lugares comunes como el mar, no pueden adquirirse bajo ningún concepto, ni siquiera por prescripción por ser, argumenta, de derecho primario y necesario para la comunicación. Negó los derechos aducidos por Venecia y Génova y las pretensiones de la propia España y Portugal.

Quedó planteada la "batalla libresca" por la libertad de los mares. El tiempo demostró que las argumentaciones de uno y otro bando no eran incompatibles, dando origen a los conceptos de "Mar Territorial" consistente en una franja de mar susceptible de soberanía por estar adyacente a los Estados, y de "Alta Mar", situada fuera del poder estatal, donde la norma es la libertad de navegación y de pesca.

Esta solución fue afirmándose en cuanto a la franja de mar adyacente al territorio, en razones de seguridad y de policía fiscal y aduanera y en la efectiva relación económica existente con las poblaciones costeras; respecto al Alta Mar, prevalecieron los razonables intereses de las naciones en comunicarse y comerciar libremente y en explotar los recursos vivos del amplio espacio marítimo.

En definitiva, ambos espacios marítimos han quedado individualizados y distinguidos por su distinta naturaleza jurídica.

Sobre el mar adyacente, hoy Mar Territorial, el Estado costero posee soberanía, emergente de la costumbre, actualmente confirmada en las convenciones sobre el Derecho del Mar. Cabe distinguir que poseer soberanía sobre la franja de mar costera es un concepto más amplio que poseer derechos de soberanía, ello sin perjuicio de que en dicha franja, la soberanía se encuentre limitada por el derecho de paso inocente de los buques de terceras banderas.

En cuanto al Alta Mar, su naturaleza jurídica se fundamenta en su condición de ser *res communis usus*, comprensivo del *ius communicationis*, es decir que es de uso común para todos los Estados. Ha quedado de lado la teoría de ser *res nullius,* porque no puede ser objeto de apropiación y tampoco es aceptable afirmar que es simplemente *res communis*, porque esta expresión conlleva la idea de condominio, lo que traerá aparejado las consecuencias propias de esta institución. Por eso es mas acertado afirmar que el Alta Mar es un espacio marítimo de uso común, como medio de comunicación y para explotación

de sus recursos por todos los Estados. Ha sido definido como "la parte de mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores" (Art. 1. Convención de Ginebra, 1958).

El Derecho del Mar en las relaciones de paz y en los conflictos armados

El estudio del Derecho del Mar comprende dos aspectos o ramas claramente diferenciadas entre sí. Por un lado, el conjunto de normas y principios que rigen los espacios marítimos en tiempo de paz y por otro las normas que se aplican en dicho espacio durante los conflictos armados (guerra naval). Ambas ramas nacieron simultáneamente. En efecto, la polémica sobre la libertad de los mares dio origen al conflicto entre las armadas, debido al apresamiento de buques mercantes en mares reinvindicados por los Estados. El primer caso sobre presas fue defendido por Grocio, como se ha señalado.

Derecho Internacional del Mar en tiempo de Paz

En su estudio se distinguen dos etapas claramente diferenciadas. La primera abarca desde comienzos del siglo XVI hasta el año 1945, de lento desarrollo y en la que se trataron dos temas principales: la libertad de los mares y el ejercicio de la soberanía sobre una franja costera.

La segunda etapa abarca desde las Proclamas del Presidente de los Estados Unidos, Harry S. Truman, en 1945, hasta la fecha. Se caracteriza por un acentuado desarrollo normativo y la diferenciación de nuevos espacios marítimos de superficie y la incorporación de otros como la plataforma submarina y el suelo y subsuelo del alta mar.

El desarrollo de estos nuevos espacios alcanzó un grado de evolución significativo en las Conferencias del Mar, de Ginebra de 1958 y muy especialmente en Montego Bay (Jamaica) en 1982, ambas convocadas por las Naciones Unidas.

Por supuesto que esta evolución no fue espontánea ya que su gestación comienza a fines de la primera etapa y se caracteriza por la insistencia de los Estados en acceder con carácter exclusivo a determinados recursos naturales del mar.

Primera Etapa. Fuentes de derecho

Durante esta etapa, el Derecho de Mar reconoció en la costumbre internacional, el principal origen de sus normas, nacidas de la

práctica inveterada de navegar libremente los mares y proveerse de los recursos vivos que en él se encuentran, con algunas restricciones en las aguas adyacentes a las costas de los Estados, accesos a puertos, pasaje por estrechos y otras limitaciones menores impuestas por las legislaciones particulares.

Se reconocieron por lo tanto dos zonas, el Alta Mar y el Mar Territorial, sobre el cual, sin embargo, no hubo consenso en cuanto a su extensión. Se suscribieron acuerdos bilaterales y multilaterales, siendo los principales referidos a derechos de los ribereños a la franja costera, a pasajes por estrechos y canales y a la pesca, caza y conservación de ciertas especies. Los Estados dictaron también normas sobre seguridad, policía fiscal y aduanera.

Estos acuerdos, reclamaciones y conflictos de intereses dieron lugar a laudos y sentencias que originaron posteriormente nuevas instituciones del Derecho del Mar que fueron consagradas definitivamente en las en futuras convenciones (Ginebra de 1958 y Montego Bay de 1982). Al mismo tiempo, estudios de internacionalistas plantearon, en esta primera etapa, distintas cuestiones que, debatidas en conferencias, fueron reafirmando la necesidad de establecer normas que contemplaran los nuevos aspectos en las relaciones de los Estados en el mar.

Laudos y Sentencias

Durante esta etapa tuvieron lugar laudos y sentencias que confirmaron el derecho consuetudinario e influyeron positivamente en el futuro desarrollo del Derecho de Mar. Entre los casos más significativos se encuentran el laudo arbitral sobre las Pesquerías en Terranova (Atlántico Norte) y las sentencias judiciales en los casos Lotus, Canal de Corfú y de las Pesquerías de Mar del Norte.

Pesquerías en Terranova. Las "bahías históricas"

La Corte de Arbitraje de la Haya debió pronunciarse en 1910 sobre un reclamo de Gran Bretaña relativo a sus pretensiones de pescar en las bahías y mares adyacentes a la península de Terranova contra la oposición de los Estados Unidos, que alegaba derechos exclusivos en esas aguas por considerarlas territoriales.

El laudo, con el voto mayoritario, recomendó que se delimitaran los derechos pesqueros de EE.UU., trazando una "línea recta atrave-

sando las bahías, en la parte más cercana a su desembocadura en el primer punto en que su ancho no excediera de 10 millas" y desde allí trazar "una línea perpendicular de tres millas en dirección hacia el mar", línea que definía el límite exterior del Mar Territorial a partir de la cual Gran Bretaña tiene derecho a pescar.

Lo interesante del caso fue el voto minoritario en disidencia del jurista argentino Luis María Drago, que negó la existencia de la norma de la costumbre referida al trazado de la línea 10 millas en la boca de las bahías, y agregó textualmente: "Puede afirmarse con toda seguridad que cierta clase de bahías que propiamente podrían denominarse bahías o estuarios históricos, como las bahías de Chesapeake y Delaware en Norte América y el grande estuario del Río de la Plata en Sur América, forman una categoría distinta y separada y pertenecen, indudablemente, a los países ribereños, cualquiera sea la anchura de su entrada y la distancia de su penetración dentro de tierra firme, cuando dichos países han afirmado su soberanía y determinadas circunstancias, tales como la configuración geográfica, el uso inmemorial y, más que todo, la necesidad de la propia defensa justifican esa pretensión.

El criterio de Drago fue aceptado y consagrado posteriormente en la Primera Convención del Mar de Ginebra de 1958 (Art. 7, punto 6) y ratificado en Tercera Conferencia del derecho del Mar de Montego Bay (Jamaica) de 1982 (Art. 10, punto 6).

Caso Lotus. La Haya 1927

Entre el buque de bandera francesa Lotus y el buque turco Boz-Kourt se produjo un abordaje en alta mar (mar Egeo), hundiéndose el buque turco y pereciendo ocho tripulantes de esa nacionalidad. Al arribar el Lotus al puerto de Constantinopla (hoy Estambul) en Turquía, fue detenido su oficial de guardia, juzgado y condenado a prisión. El gobierno francés protestó sobre la base de que el abordaje se había producido en alta mar y por lo tanto, con respecto al súbdito francés, la jurisdicción correspondía a Francia por ley del pabellón. Sometido el caso al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, éste dio la razón a Turquía, fundándose en que el abordaje del Lotus había producido efecto en un buque de bandera turca, debiéndose considerar como si se hubiera cometido en territorio turco.

La sentencia fue objeto de numerosas críticas debido a que en alta mar, según se argumentó, la jurisdicción sobre sus tripulantes

corresponde al Estado de la bandera que enarbola el buque, conforme a la costumbre internacional.

Con posterioridad, la Convención sobre Alta Mar de Ginebra de 1958, dio la razón a la crítica (artículo 11) lo mismo que la Convención de Montego Bay de 1982 (artículo 94, puntos 1 y 7).

Caso del Canal de Corfú

Este caso llegó a la Corte Internacional de Justicia en 1948, planteado por Gran Bretaña contra Albania, a raíz de que, dos años antes, dos destructores británicos navegando por el Canal de Corfú en dirección norte chocaron con minas sembradas y como consecuencia murieron cuarenta y cuatro tripulantes. La cuestión a juzgar quedó centrada sobre dos puntos principales: si la soberanía albanesa sobre las aguas de canal (estrecho) de Corfú fueron violadas por las naves británicas y si Albania era responsable de haber sembrado las minas en sus aguas territoriales.

La Corte sentenció que el canal era usado para la navegación internacional y que por lo tanto el pasaje no puede ser prohibido ni tampoco obstaculizado con minas o de cualquier otra forma, por ser contrario al Derecho Internacional, máxime cuando el pasaje es inocente, situación esta que se daba en los destructores británicos ya que no navegaban en formación de combate ni entrañaban peligro para Albania. La Corte confirmó, en consecuencia, el derecho a la libre navegación por las aguas de estrechos que comunican dos mares libres, aun cuando sean consideradas aguas territoriales.

En cuanto a la segunda cuestión, la sentencia reconoció que no estaba probado que Albania había minado el estrecho pero atento que "ejercía una vigilancia muy atenta sobre sus aguas era prácticamente imposible minarlas sin que de ello tuviera noticia". Recordó la responsabilidad que le correspondía a Albania por permitir que se utilice su territorio para fines contrarios al derecho de los otros estados.

Las pesquerías del Mar del Norte

El gobierno de Noruega dictó un decreto en 1935 reservando para sus nacionales la exclusividad de pescar dentro de una zona que delimitó al norte del paralelo de 66° N, lo que motivó el apresamiento de pesqueros británicos. Gran Bretaña protestó basándose en que los pesqueros habían sido apresados en aguas que consideraba libres, es decir de Alta Mar, ya que las líneas de base a partir de la cual Norue-

ga contaba las 4 millas marinas de anchura del mar territorial, no habían sido trazadas de conformidad al Derecho Internacional.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia, a la que recurrió el gobierno británico luego de varios años de negociaciones, fue dictada en el año 1951.

La Corte analizó el trazado del límite fijado por Noruega, con una extensión de 1.500 km, en una costa con escotaduras, bahías y fiordos que penetran profundamente en el territorio, con bocas superiores a las 10 millas marinas. Puso especial énfasis en la configuración especial de la costa en la zona en cuestión debido a la existencia de islas, islotes, roqueríos y arrecifes, apartados de la costa continental que conforman una verdadera muralla, denominada *skjaergaard* y sobre la cual Noruega había trazado la línea de base de su Mar Territorial.

Sostuvo el fallo que debido a la particular configuración de la costa era aceptable que el trazado de la línea de base del Mar Territorial se hubiere practicado eligiendo los puntos apropiados del *skjaergaard*, uniéndolos mediante el método de las líneas de base rectas, con la condición de que estas líneas siguieran en su traza la dirección general de la costa, condición que cumplía el decreto noruego.

En consecuencia, las aguas encerradas en los fiordos y entre la costa continental y las líneas de base recta apoyadas en el *skjaergaard* eran aguas interiores y las aguas entre las líneas de base recta y las líneas paralelas a éstas, trazadas a 4 millas como límite exterior por el decreto noruego, conforman las aguas territoriales. Por lo tanto, la Corte confirmó que las aguas así encerradas son de pesca exclusiva de Noruega.

Agregó que la geografía particular de la costa noruega ha impuesto este sistema desde larga data y no pudo haber sido ignorado por Gran Bretaña. Finalmente, argumentó la existencia de intereses económicos pesqueros de los pobladores asentados en los fiordos, razón coadyuvante para fallar a favor de Noruega.

El artículo 4° de la Convención de Mar de Ginebra de 1958 aceptó los principios de este fallo, de igual manera lo hace el artículo 7° de la de Montego Bay de 1982.

La extensión del Mar Territorial

El debate sobre si era posible apropiarse de espacios marítimos y hasta dónde podía extenderse en el mar la soberanía de los Estados costeros, consumió siglos enteros de conflictos y declaraciones, de

manera que en esta primera etapa no se llegó a una solución definitiva y aceptada universalmente, porque los Estados fijaban distancias según sus propios intereses.

En los primeros años de la Edad Moderna, es decir desde el siglo XVI y durante todo el siguiente, los partidarios de la soberanía sobre el alta mar fueron admitiendo la aplicación del concepto del derecho romano *terra potestas finitur ubi finitur armorum vis*, de manera que fue ganando adeptos la soberanía sobre una franja de mar costera. Este principio de "efectividad" del ejercicio de la soberanía estatal fue precisado por el holandés Cornelio van Bynkershoek en *Dominio Maris* (1703), fundándolo en razones de defensa y seguridad, hasta el alcance de tiro del cañón, sin necesidad, agregaba, de que se encuentren realmente emplazados en las costas.

Pareció que dicha medida de artillería quedaba estabilizada en las 3 millas marinas, por haber sido consagrada en algunos tratados y especialmente reconocida por los grandes estados marítimos, Inglaterra y Estados Unidos. Sin embargo, ambos dictaron sus propias normas internas que extendían su jurisdicción mas allá de las 3 millas, tendientes a evitar el contrabando y a asegurar el control aduanero y fiscal. Inglaterra en las *Hovering Acts* para combatir el contrabando y los Estados Unidos en virtud de la ley Volstead, ley seca (1924) para combatir a los *rum runners*, buques que se anclaban fuera de las tres millas a la espera de una oportunidad, para dirigirse a la costa y desembarcar rápidamente el contrabando de licores.

Paulatinamente, los Estados costeros fueron introduciendo, junto a los criterios de seguridad y defensa, y aduanero y fiscal, el de interés económico, consistente en la reivindicación de derechos exclusivos de pesca. Como directa consecuencia se abandonaron las tres millas en beneficio de una mayor extensión y simultáneamente apareció la nueva noción de aguas interiores y zona contigua, desarrollada en 1932 por el jurista francés Gilbert Gidel.

La Conferencia de La Haya de 1930, convocada por la Sociedad de las Naciones para codificar, entre otros temas, el Derecho del Mar, fracasó al quedar demostrado el rechazo de la regla de las tres millas como anchura de mar territorial. No obstante quedó definido el concepto de mar territorial y la aceptación de la existencia de aguas interiores y de una zona contigua, aunque no definidas en su alcance.

Tuvo importante influencia la exposición que años antes (1918), había realizado el argentino José León Suárez sobre los derechos eco-

nómicos que les correspondían a los estados costeros en el mar epicontinental, que derivó en importantes consecuencias futuras al aceptarse no sólo derechos de soberanía sobre la zona contigua, sino el reconocimiento de una Zona Económica Exclusiva para la explotación de los recursos naturales existente en la misma (Convención del Mar de 1982).

Régimen de paso en los estrechos

Grocio admitía el ejercicio de soberanía sobre las aguas de los estrechos limitado por el derecho de paso inocente y aceptando ciertas regulaciones y obligaciones de parte del estado costero, como imponer contribuciones, dar servicios de señalamiento, etcétera.

Durante el siglo XIX se fue haciendo la distinción entre estrechos que comunican dos mares libres, pertenecieren o no a un mismo Estado y estrechos que comunican el mar libre con aguas o mares interiores. En el primer supuesto de admitió, con carácter de norma consuetudinaria, el libre paso inofensivo, derecho que se extendió de los buques mercantes a los buques de guerra en tiempos de paz. En el caso de que el estrecho comunicase con aguas interiores el paso estaba prohibido.

Un ejemplo clásico en los aspectos señalados es el de los Dardanelos y el Bósforo, dos estrechos que unen dos mares, el Egeo con el Mar Negro, a través del mar de Mármara, ambas márgenes son territorio turco.

Mientras las costas del Mar Negro pertenecieron exclusivamente a Turquía, la libre navegación por los mismos no estaba permitida, por ser dicho mar un mar interior. Cuando parte de las costas del mar Negro pasaron a manos rusas, Turquía se vio obligada a permitir el pasaje de buques de terceras banderas. Luego de varios acuerdos, finalmente por el Tratado de Montreux de 1936, se dejaron sin efecto todas las restricciones, con algunas reglamentaciones referidas al tránsito de buques de guerra, especialmente en casos de hostilidades. En la actualidad las márgenes del mar Negro pertenecen a varios Estados, con lo que la solución de libre tránsito se reafirma.

El estrecho de Magallanes, que une el O. Atlántico con el O. Pacífico, está regulado por el Tratado entre Argentina y Chile de 1881, cuyo artículo 5° dispuso su neutralización a perpetuidad y la libre navegación a todas las banderas.

Existen otros estrechos cuyos pasajes están dispuestos mediante convenciones, siguiendo la regla general de la libertad de tránsito,

con normas reglamentarias propias en cuanto al pasaje de buques de guerra, como los casos del Gran Belt, el Sund y el Kattegat que unen el mar Báltico con el Mar de Norte, separando Dinamarca de Suecia y de Noruega.

Canales Interoceánicos

Los canales son vías de navegación construidas artificialmente dentro del territorio de un Estado. Nos referiremos exclusivamente a los canales interoceánicos.

El Canal de Suez es uno de los más importantes por su condición de vía comercial y estratégica al unir el mar Mediterráneo con el mar Rojo posibilitando el paso al océano Índico. Construido en 1869 por una empresa francesa concesionaria del gobierno turco, fue objeto de numerosos acuerdos y convenciones, especialmente cuando el canal fue pasando de una soberanía a otra (de Turquía a Egipto, a Protectorado de Gran Bretaña y nuevamente a Egipto). Tuvo singular importancia con motivo de las dos guerras mundiales y de las actuales luchas de Israel con los Estados árabes. En todos los casos se tendió a asegurar el libre tránsito, inclusive de buques de guerra. Egipto, actual soberano y administrador del canal, cerró el paso hasta hace pocos años pero en la actualidad ha asumido el compromiso de respetar los principios establecidos en el Tratado de Constantinopla (1888), de libre tránsito a buques mercantes y de guerra en cualquier época y cualquiera sea la bandera. Se reserva únicamente el derecho de inspección y al cobro de una tasa por su mantenimiento.

El Canal de Panamá, construido por los Estados Unidos a través del istmo del mismo nombre, une el Mar Caribe con el Océano Pacífico. Habilitado en 1914, fue objeto de varios tratados entre los Estados Unidos y el Gobierno de Panamá. Está abierto al libre tránsito de todas las banderas. Actualmente está administrado por Panamá, después de haberlo sido por los Estados Unidos hasta el 31 de diciembre de 1999.

El Canal de Kiel, construido por Alemania en 1886, corre a través de su territorio, en la base de la península de Jutlandia (Dinamarca), uniendo el mar Báltico con el mar del Norte. El Tratado de Versalles (1918) reafirmó su libre navegación a los buques de todas las naciones (Arts. 380 a 386).

El libre paso por este canal dio origen al pronunciamiento de la Corte de Justicia Internacional en el caso "Wimbledon". Se trataba de un buque mercante de bandera británica fletado por un armador

francés, con pertrechos para el gobierno polaco en guerra contra Rusia. El gobierno alemán le negó el paso aduciendo que si accedía violaría la neutralidad. El Tribunal sentenció, en 1923, que uniendo el canal en cuestión dos mares libres queda asimilado a los estrechos naturales, de manera que el paso de un buque de guerra no comprometía la neutralidad de Alemania.

Pesca

La pesca, o el derecho a pescar, no formó parte de los primeros debates sobre la libertad de los mares, debido a que se estimaban inconmensurables los recursos provenientes del mar.

A mediados del siglo XIX los Estados fueron tomando conciencia de la necesidad de preservar los recursos pesqueros, principal componente de la alimentación de muchos pueblos de Europa y Asia. En ese sentido, se suscribieron los primeros acuerdos multilaterales.

En 1882, a iniciativa de Holanda, se reunió una conferencia con el objeto de regular la pesca en el Mar del Norte con la participación de Francia, Bélgica, Gran Bretaña, Alemania y Dinamarca, que dispuso que las infracciones a las disposiciones sobre pesca debían ser controladas por los nacionales de la bandera del buque pesquero. Se permitía la intervención de buques de guerra, al solo efecto de constatar la bandera y la documentación.

A este tratado siguieron otros y numerosas conferencias, creándose comisiones de estudio como la comisión para el mar Mediterráneo a fines del siglo XIX. Posteriormente, y a iniciativa de la Sociedad de las Naciones, se suscribieron acuerdos relativos a la caza de focas y ballenas. A la terminación de la Segunda Guerra Mundial (1945), se renovaron los reglamentos reguladores y protectores de la pesca indiscriminada, de la caza de focas y ballenas y de otras especies marinas. Esta toma de conciencia de protección de las especies del medio marino fue adquiriendo consenso entre los Estados, posteriormente concretada en las conferencias sobre el Mar de 1958 y de 1982.

Las pesquerías del mar de Behring

Rusia consideraba el mar de Behring como un mar cerrado sometido a su soberanía, de manera que monopolizaba la caza de focas en dicho mar. Cuando el territorio de Alaska, bañado por la parte oriental de dicho mar, fue vendido a los Estados Unidos en 1867, se planteó la cuestión de si sus aguas pasaban a ser mar libre y en con-

secuencia la caza de focas estaba abierta a todos los Estados, lo que llevaría al abuso y a la extinción del recurso. Sometido el caso a arbitraje en 1893, el laudo declaró que el mar de Behring era alta mar y por lo tanto sus aguas eran libres, pero agregó la necesidad de reglamentar la caza de focas en el futuro. Reunida posteriormente una convención entre Rusia, los Estados Unidos, Japón y Gran Bretaña (1911), puesta al día en 1952, la caza se reglamentó y la población de focas, a punto de extinguirse, se recuperó.

Conferencia de La Haya de 1930. Final de la Primera Etapa

El esfuerzo en esta Primera Etapa para establecer normas del Derecho del Mar que fueran universalmente aceptadas, culminó en la conferencia de La Haya de 1930, convocada por la Sociedad de las Naciones. La conferencia fracasó por la imposibilidad de llegar a un acuerdo general, lo que demostró que a pesar de los cinco siglos transcurridos desde las primeras especulaciones, no existían en la comunidad de naciones criterios ni prácticas universales, especialmente en cuanto a la extensión del Mar Territorial. Quedó, sin embargo, latente la necesidad de resolver los cada vez más numerosos problemas que se iban presentando debido a las nuevas técnicas de exploración y explotación de los recursos y a la posibilidad cada vez más cierta de allegarse a las profundidades y suelos marinos.

Se fue haciendo conciencia cada vez más generalizada de que el derecho consuetudinario no era suficiente para resolver los nuevos problemas que se iban presentando, ni tampoco era razonable esperar que se fueran creando nuevas normas originadas en esta fuente de derecho, debido al rápido y gran desarrollo tecnológico que ya había empezado a insinuarse desde el comienzo de la década de 1930. Era, pues, necesario apelar a otros métodos que marcharen por delante de las nuevas posibilidades técnicas. El deterioro de la política internacional, que desembocó en la Segunda Guerra Mundial, provocó una pausa que se reanudó no bien finalizaron las hostilidades.

Segunda etapa: de 1945 a la fecha

A la terminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945, quedó demostrada la importancia que para los países tenían los recursos naturales, vivos y minerales, existentes en el mar y en el suelo y subsuelo marino.

Concretamente, la posibilidad cierta de extraer hidrocarburos y minerales de la plataforma submarina, unida a la evolución de los sistemas de transporte de gas y petróleo, debido a la posibilidad de montar gasoductos y oleoductos submarinos y construir buques tanques de gran tonelaje; la evolución de los sistemas de pesca con el apoyo de información del radar y la circunstancia de poder contar con buques factorías modernamente equipados con rápidos sistemas de procesamiento y conservación indefinida del producto; la existencia de las nuevas tecnologías para acceder a los fondos marinos y extraer nódulos metalíferos a profundidades jamás soñadas, etcétera, afirmaron el convencimiento de la necesidad de establecer normas que regularan la investigación, exploración y explotación de los recursos del mar puestos al alcance del hombre.

En resumen, la aparición y desarrollo previsible de nuevas tecnologías y métodos que hacían posible y rentable actividades en el mar que antes no lo eran, demostraron la necesidad impostergable de poner al día el Derecho del Mar. Al mismo tiempo, fue despertándose la conciencia de velar por la explotación racional de los recursos vivos del mar a la par que evitar la contaminación del medio marino.

El antiguo concepto de seguridad y defensa que caracterizó a las primeras normas del Derecho del Mar, dejó la prioridad, a partir de 1945, a una extensa gama de intereses económicos. Estos intereses reclamados en un primer momento por actos unilaterales de los Estados, fueron dando paso a prácticas regionales entre las cuales se destaca América como impulsora importante en el desarrollo del nuevo Derecho de Mar.

Estos nuevos intereses fueron puestos en movimiento por las dos Proclamas del Gobierno de los Estados Unidos en 1945 a las cuales se plegaron otros países americanos.

El posterior acceso a la independencia de las colonias africanas y asiáticas, significó también la aparición de nuevas ideas y pretensiones. En Europa los países reclamaronn nuevos derechos sobre los espacios marinos, como el caso de la Plataforma de mar del Norte que dio lugar a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en 1969.

Todas estas consideraciones inspiraron a las Naciones Unidas a convocar una serie de conferencias: en 1958 en Ginebra; en 1960 en La Haya; y la de 1973 que finalizó luego de innumerables reuniones plenarias y de comisiones, al suscribirse en 1982 el Acta Final en Montego Bay, Jamaica.

Proclamas de los Estados Unidos

El presidente de los Estados Unidos, Harry S. Truman, suscribió del 28 de septiembre de 1945, dos Proclamas reivindicando la plataforma continental y los derechos exclusivos a la pesca en zonas costeras.

La primera de las proclamas "considera el subsuelo y lecho marino de la plataforma continental debajo de la Alta Mar pero contiguos a la costa de los Estados Unidos, como propiedad de los Estados Unidos, sujetos a su jurisdicción y control".

Fundamenta este derecho en tres considerandos: en la "necesidad mundial de nuevas fuentes de petróleo y otros minerales"; en que las mismas "según expertos se encuentran bajo muchas partes de la plataforma continental" y finalmente en que "el ejercicio de la jurisdicción sobre los recursos naturales del subsuelo y el lecho marino de la plataforma continental por la nación contigua es justo y razonable". Declara, al mismo tiempo, la preocupación del gobierno "de conservar y utilizar prudentemente sus recursos naturales".

La segunda Proclama, referida a la pesca costera, "establece zonas de conservación contiguas a la costa de los Estados Unidos, sujetas a las actividades exclusivas de sus nacionales y a su reglamentación y control".

Expresa que en caso de que en dichas zonas se hayan desarrollado actividades legítimas en conjunto con nacionales de otros Estados, serán sometidas en lo sucesivo a acuerdos. Admite derechos similares de otros Estados a establecer sus propias zonas siempre que en ellas, cuando existan intereses pesqueros de los Estados Unidos, se los reconozcan.

Alega que el derecho invocado se funda en la protección de los recursos pesqueros contiguos a sus costas; en la importancia de la pesca para las comunidades ribereñas y para la nación como alimento y recurso industrial; y en la necesidad de evitar el agotamiento y explotación destructiva de la pesca.

Contribución de América

Un mes después de las Proclamas del presidente norteamericano, México formuló una declaración similar extendiendo su dominio a la plataforma continental y zócalo submarino, iniciando la tendencia de los Estados americanos a proceder de igual forma.

La Argentina en 1946, Panamá el mismo año, Chile y Perú el año siguiente, Costa Rica y Nicaragua en 1948, Guatemala en 1949,

Brasil, Honduras y El Salvador en 1950, reivindicaron sus propias plataformas.

Chile y Perú declararon zonas marítimas de 200 millas de extensión. Con posterioridad, y luego de la Declaración sobre Zona Marítima de Santiago de Chile de 1952, otros países de América del Sur, como la Argentina y Brasil, también ampliaron sus jurisdicciones hasta las 200 millas, con la expresa constancia de respetar la libertad de navegación. Varias de estas declaraciones reivindicatorias adolecen de fallas al no precisar cómo y desde dónde se contará dicha extensión y confundir esta nueva concepción con el Mar Territorial.

La Décima Conferencia Interamericana (Caracas, 1954) reafirmó los actos y declaraciones de sus miembros a la soberanía sobre la plataforma submarina y jurisdicción a las aguas adyacentes en cuanto a la exclusividad de explotación de los recursos naturales.

La Conferencia sobre Plataforma Submarina y Aguas del Mar, de Ciudad Trujillo (1956), propuso que el límite de la plataforma submarina fuera "hasta una profundidad de 200 metros o que hasta más allá de ese límite permita la explotación".

Todos los criterios expuestos, innovadores en cuanto al derecho consuetudinario del mar, influyeron decisivamente en la Primera Conferencia del Mar convocada por las Naciones Unidas, en Ginebra en 1958.

Posteriormente, en mayo de 1970, se reunieron en Montevideo los Estados que habían declarado derechos jurisdiccionales hasta las 200 millas, suscribiendo la "Declaración de Montevideo sobre Derecho del Mar" donde se insiste, ante la falta de vigencia de los Acuerdos de Ginebra, en la reivindicación de una serie de derechos tales como la disposición y explotación de los recursos naturales del mar adyacente y del suelo y subsuelo de la plataforma continental hasta la profundidad en que sea posible explotarlos y de los fondos marinos hasta el límite jurisdiccional fijado por los Estados. Este último supuesto se refería a aquellos que tienen una muy limitada plataforma continental, como son los Estados sudamericanos con costa sobre el Océano Pacífico.

Poco después, en el mismo año 1970, en Lima se aprobó la "Declaración de Estados Latinoamericanos sobre Derecho del Mar", donde se reafirma lo resuelto en Montevideo y se reitera el derecho del Estado ribereño a participar en las investigaciones que se efectúen en dicha zona de 200 millas y el poder de policía para prevenir la contaminación de dichas aguas.

En 1972, se reúnen los Estados del Caribe donde se introduce la noción de "mar patrimonial", definido como adyacente al mar territorial. Establece que el mar territorial no debe sobrepasar las 12 millas, con lo que la zona que se reivindica consiste en 188 millas a contar del límite exterior de dicho mar. Estos límites y la libertad de sobrevuelo admitida en la nueva zona unido al libre tendido de cables submarinos, fueron importantes antecedentes para la Tercera Conferencia del Mar de las Naciones Unidas, en Montego Bay, Jamaica, 1982.

Europa y África

Los países europeos, mientras tanto, reaccionan luego de los Acuerdos de Ginebra de 1958, con especial interés sobre la pesca, aceptando en la Conferencia de Londres (1964) el límite de las 6 millas como de exclusividad estatal, y de otras 6 millas donde el Estado costero debe reconocer "derechos históricos" a aquellas banderas que habitualmente pescaban en esa zona. Suscribieron, al efecto, varios acuerdos bilaterales en este sentido.

La Corte Internacional de Justicia se pronuncia en 1969 sobre el conflicto planteado con relación a la partición de la Plataforma Continental del Mar del Norte.

La misma Corte Internacional, en fallo de 1974, reconoció a Islandia, frente al reclamo de Gran Bretaña, el derecho de fijar 12 millas como límite para el ejercicio exclusivo de pesca basándose en la costumbre creada a partir de la Conferencia de Ginebra de 1958.

Los países africanos reivindicaron, siguiendo el precedente latinoamericano, las 200 millas con derecho exclusivo de pesca para los estados costeros, a la que denominaron "zona económica exclusiva" (1972), origen de la zona de igual nombre declarada en la Convención de Montego Bay de 1982.

Fuentes del Nuevo Derecho del Mar

Esta segunda etapa se caracteriza por tener como fuente principal los tratados y la incorporación de normas de "desarrollo progresivo".

Los Tratados y Declaraciones de carácter regional y generales y las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958, conducen finalmente al proceso de codificación llevado a cabo en la Tercera Convención del Derecho del Mar cuya Acta Final fue firmada en Jamaica, en 1982.

Si bien es cierto que parte de las normas codificadas tienen su origen en la costumbre, sin embargo la mayoría se refieren a mate-

rias y aspectos no regulados anteriormente. Se incorporan nuevos espacios marítimos y normas referidas a actividades no considerados hasta ahora. Estas nuevas normas tienen carácter de "desarrollo progresivo" *(ex novo)* porque regulan situaciones totalmente nuevas o se refieren a cuestiones sobre las cuales no había definiciones hasta el momento.

Paralelamente, se introdujo un sistema de jurisdicción internacional para solucionar las controversias.

Primera Convención sobre el Derecho del Mar. Ginebra, 1958

Convocada por las Naciones Unidas participaron ochenta y seis Estados, sin tener en cuenta organismos especializados y otras organizaciones no gubernamentales. Se suscribieron cuatro convenciones y un protocolo relativo al arreglo de controversias.

La primera convención referida al "Mar territorial y la Zona Contigua" entró en vigor en 1964. La segunda sobre "Alta Mar" entró en vigencia en 1962; la tercera sobre "Pesca y Conservación de los recursos vivos de la Alta Mar", en vigencia desde 1966, y la cuarta referida a "la Plataforma Continental", en vigor en 1964.

Estas convenciones han sido superadas en cuanto a temática, precisión y carácter reglamentario, por la de Montego Bay (Jamaica) de 1982, sin embargo es un valioso antecedente por lo que significó respecto al consenso logrado sobre ciertos aspectos.

En la de "Mar Territorial y Zona Contigua", se reconoció la existencia de "Aguas Interiores", se incorporó el concepto de línea de "bases rectas" del fallo de las Pesquerías del Mar de Norte y el de "bahías históricas" del voto del Dr. Drago en el laudo de 1910; se aceptaron, la anchura máxima de las bahías de 24 millas, y los fundamentos del "paso inocente" del fallo del Canal de Corfú de 1949; se incorporó el concepto de "Zona Contigua" y precisaron las reglas aplicables a los buques a través del Mar Territorial, etcétera.

La convención de "Alta Mar" lo declaró definitivamente abierto a todas las naciones y señaló cuatro libertades: de navegación, de pesca, de tendido de cables y tuberías submarinas y de sobrevuelo, dejando constancia de la existencia de otras libertades "reconocidas por los principios de derecho internacional". Aceptó las críticas al fallo del "Lotus" (CPJI, 1927), al reconocer que la jurisdicción penal sobre el capitán y otras personas al servicio del buque, sólo podrán ser ejercidas por el Estado de la bandera que enarbola. Consagra el derecho del Estado ribereño a la persecución ininterrumpida *(hot persecution)*

en caso de infracciones cometidas dentro de sus aguas interiores, mar territorial y zona contigua y a tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación de las aguas en estos espacios.

La Convención sobre "Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar" luego de reafirmar el derecho de pescar de todos los Estados, pone el acento, premonitoriamente, en numerosos artículos dedicados a los deberes de conservación del recurso. Destaca el interés del estado ribereño en mantener la productividad de la parte de Alta Mar adyacente a su mar territorial, otorgándole ciertos derechos tales como adoptar unilateralmente medidas de conservación. Crea una Comisión especial para resolver los conflictos que pudieran presentarse.

La Convención sobre la "Plataforma Continental" avanza sobre el antecedente de la Proclama del Presidente Truman (1945) declarando la "soberanía" del Estado costero sobre la misma, sin afectar el régimen de las aguas suprayacentes. Acepta el criterio latinoamericano de que la plataforma se extiende hasta una profundidad de 200 metros o hasta donde sea posible su explotación, agregando al artículo la propuesta del delegado argentino Dr. I. Ruiz Moreno, en el sentido que si el ribereño no la explota nadie podrá hacerlo sin su expreso consentimiento. Consagra el criterio económico expuesto con anterioridad por el almirante argentino Storni de que pertenecen al ribereño, además de los recursos minerales y no vivos del suelo y subsuelo, los organismos vivos de especies sedentarias que en el período de explotación están inmóviles o se mueven en contacto físico con dicho suelo y subsuelo.

Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar

A pesar de los progresos que significó la conferencia de Ginebra de 1958, quedaron algunos aspectos sin que se llegara a un acuerdo como sobre el límite exterior del Mar Territorial y lo referente a la delimitación de zonas de pesca. Estas circunstancias dieron motivo a la convocatoria de la Segunda Conferencia, en marzo de 1960, también en Ginebra.

La conferencia fracasó en ambos aspectos ya que se enfrentaron los partidarios de trazar el límite exterior a 12 millas con los que pretendían que fuera a las 6 millas, sin poder ponerse de acuerdo. De todas maneras demostró que la tesis de las 12 millas tendría en el futuro una mayor aceptación.

Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte

El Mar del Norte es poco profundo, posee, en consecuencia, una plataforma que se extiende en toda su extensión. Sus costas pertenecen al Reino Unido de Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Alemania y Holanda.

La mayor parte de su plataforma fue delimitada por acuerdos entre Gran Bretaña, Dinamarca, Noruega y Holanda, siguiendo el principio de la "línea media" determinada por los puntos equidistantes a la línea de base del mar territorial, por estar enfrentadas sus costas. Las partes aplicaron el "sistema de equidistancia", de conformidad al artículo 6.1 de la Convención de Ginebra de 1958.

La particularidad geométrica de las costas de Alemania con Dinamarca y Holanda hizo que fracasara la aplicación de la equidistancia por oponerse Alemania al considerarlo injusto porque reducía considerablemente su plataforma.

En 1967 se firmó entre las partes el acuerdo para someter a la Corte Internacional de Justicia la divergencia. La cuestión quedó centrada sobre cuál debía ser el principio a aplicarse para la adjudicación de los sectores de plataforma.

La Corte, en 1969, en sentencia ponderada, declaró: a) que el método de "equidistancia" no era de aplicación obligatoria ya que no existía una práctica generalizada y constante de esa regla entre Estados limítrofes; b) que la Convención de Ginebra de 1958 coloca como prioridad que la delimitación se efectúe por acuerdo de partes y deja sentado el caso de que "circunstancias especiales justifiquen otra delimitación", caso que se daba en el supuesto sometido a la Corte; c) que los principios de Derecho Internacional señalan que la plataforma continental es "la prolongación natural del territorio sin usurpar la prolongación natural del territorio de otro", de manera que su partición debe hacerse equitativamente; d) que las áreas superpuestas deben dividirse por partes iguales en caso de no haber acuerdo, teniendo en cuenta, en las negociaciones, la longitud de las costas.

El fallo fue acatado por las partes y de común acuerdo se procedió a la división de la plataforma en disputa.

Pesca. Tratados bilaterales y multilaterales

La Convención de Ginebra sobre "Pesca y Conservación de los recursos vivos de Alta Mar" advertía que el desarrollo de la técnica moderna respecto a la explotación de los recursos vivos del mar ponía

en peligro estos recursos ante la posibilidad de ser explotados con exceso. Sugería la necesidad de que los Estados concertaran medidas tendientes a la conservación. En ese sentido su articulado disponía una serie de obligaciones con relación a la pesca en zonas de alta mar, especialmente cuando en ella convergían nacionales de dos o más Estados.

Se suscribieron una serie de acuerdos, entre otros el de las Pesquerías de Atlántico Nororiental (1959), la conservación del Atún en el Atlántico (1967), la referida al langostino entre Brasil y Estados Unidos (1972), la de Regulación de pesca del Arenque entre la Unión Soviética, Noruega e Islandia (1972), etcétera.

En 1971, en la Reunión de Colombo (Sry Lanka), el Comité Jurídico Africano-Asiático aprobó la necesidad de creación de una zona de 200 millas de soberanía de los Estados costeros, a los efectos de la exclusividad sobre la pesca y demás recursos vivos, origen de la futura Zona Económica Exclusiva (ZEE).

La Argentina y Uruguay incluyeron en el Tratado del Río de la Plata (1973) una zona común de pesca determinada por sendos arcos de circunferencia con un diámetro de doscientas millas trazados desde puntos apropiados de las respectivas costas.

Estas declaraciones, acuerdos bilaterales y zonales de pesca en Alta Mar, especialmente en las adyacencias de los mares territoriales, han sido causa que en la Convención de Montego Bay de 1982, el tema haya adquirido instancia universal. No obstante, los Estados, han continuado unilateralmente o mediante acuerdos regulando las pesca en cuanto a captura y conservación de especies, principalmente las de naturaleza transzonal y altamente migratorias.

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre zona de pesca (1974)

La reivindicación por parte de algunos Estados de zonas de pesca fuera de sus jurisdicciones marítimas, originó situaciones conflictivas, como el caso de la reclamación de Gran Bretaña y Alemania contra Islandia debido a que esta última había declarado una zona de 50 millas de su exclusiva pesca. Llegado el caso a la Corte Internacional de Justicia, ésta se pronunció en el sentido de que la extensión decretada unilateralmente por Islandia no era oponible a los demandantes porque éstos tenían derechos concurrentes de pesca adquiridos por haber intercambiado notas al respecto en 1961 y ser, además, esta actividad económicamente importante para Gran Bretaña y Ale-

mania. Admitía, sin embargo, la existencia de derechos preferenciales de pesca de los Estados costeros sobre aguas adyacentes a su Mar Territorial para casos especiales de dependencia económica o de conservación de la especie; pero que en el caso, Islandia debía negociar con Gran Bretaña y Alemania al respecto.

Nuevas realidades

Las cuatro convenciones de Ginebra de 1958, aun cuando fueron ratificadas por un número suficiente de Estados, no lograron resolver los numerosos problemas y reclamaciones de los Estados suscriptores, lo que hacía aconsejable contar con normas que contemplaran las nuevas situaciones y aportaran soluciones concretas, unificando la diversidad de criterios que separaban los opuestos intereses de los Estados.

Otras circunstancias tales como: las reclamaciones de un grupo de Estados, antiguas colonias, de África, Asia y América, que argumentaban no haber participado en la formación de la costumbre internacional ni haber estado presente en la Conferencia de Ginebra, exigiendo en lo que al mar respecta, el reconocimiento de sus propios intereses a la exclusividad sobre recursos vivos dentro de las 200 millas marinas; las disposiciones sobre la navegación en los estrechos no satisfacían a las grandes potencias, en especial en caso de conflictos; los accidentes producidos por derrames de petróleo en el mar, como el ocurrido en 1967 con el del Torrey-Canyon y la consiguiente necesidad de controlar la contaminación de las aguas; la Resolución 2340 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas declarando los fondos marinos para uso pacífico y en beneficio de la humanidad y fuera de las jurisdicciones locales; el acelerado progreso de la técnica en la exploración y explotación de los recursos naturales del mar, tanto con relación a los vivos como a los fondos marinos; y finalmente, la aparición de nuevas causas económicas y políticas, fundamentaron la convocatoria de una nueva conferencia en 1973, por parte de las Naciones Unidas.

Tercera Conferencia de las Naciones Unidas del Derecho del Mar

Luego de once períodos de sesiones a partir de la de Nueva York en 1973 y de numerosas consultas y reuniones de expertos, se suscribió en Montego Bay, Jamaica, en 1982, el Acta Final de la Conferencia.

El texto fue aprobado mediante el sistema de *acomodation* o *package deal*, consistente en que en lugar de negociarse y votarse cada artículo separadamente, se negoció globalmente el texto final del Tratado, aceptándose unos artículos con la condición de que se aceptaran otros. Este sistema posibilitó destrabar complejas opiniones encontradas entre los tres principales sectores de intereses en que se dividió la conferencia: las grandes potencias marítimas, los Estados de menor desarrollo pero con litoral marítimo y los Estados sin litoral.

Otra de las características de la Conferencia ha sido haber legislado sobre materias en las cuales el Derecho Internacional del Mar todavía no se había desarrollado suficientemente o eran totalmente nuevas, creando normas de "desarrollo progresivo".

La Convención consta de 320 artículos y 9 anexos; entró en vigor el 16 de noviembre de 1964, por haber sido depositado el sexagésimo instrumento de ratificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas (Arts. 306 y 308).

Las principales disposiciones, entre otras, son:

- Pone punto final a la discusión sobre la anchura del "Mar Territorial" al fijarlo en 12 millas marinas medidas a partir de la línea de base del mar territorial (Art. 3). El trazado de "la línea de base" debe efectuarse en la bajamar, teniendo en cuenta los accidentes de la costa (desembocadura de ríos, bahías, puertos, radas, arrecifes, elevaciones que emergen en bajamar, líneas de base rectas, etc.). La línea exterior del mar territorial debe ser trazada paralelamente a la línea de base a la distancia señalada (Parte II, Secc. 2).
- Las aguas que quedan entre la línea de base del mar territorial y la costa son consideradas "Aguas Interiores", sujetas a la soberanía del Estado, sin derecho de paso inocente de buques de terceras banderas. Sin embargo, se admitirá el paso inocente si al emplearse el sistema de "líneas de base rectas" quedan encerradas como aguas interiores las que con anterioridad no eran consideras como tales (Punto 2, Secc. 2).
- Define el "Paso Inocente" como el derecho que "gozan todos los buques de todos los Estados" de atravesar el mar territorial o dirigirse a las aguas interiores o salir de ellas, siempre que no sea "perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño". Debe ser "rápido e ininterrumpido". Enumera

supuestos en que se presume que el paso no es inocente, citando, entre otros, el caso en que los terceros buques realicen otras actividades "que no estén directamente relacionadas con el paso". Autoriza al Estado ribereño a fijar vías marítimas cuando sea necesario, siempre que no dificulte el paso inocente (Parte II, Secc. 3 A).

- Establece la jurisdicción penal y civil aplicable a buques extranjeros en su paso por el mar territorial, según sean mercantes, del Estado con fines comerciales o de guerra y las responsabilidades e inmunidades que pudieran corresponderles. (Parte II, Secc. 3 B y C).
- Define la "Zona Contigua" como la zona adyacente al mar territorial donde el "Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios y sancionar las infracciones a esas leyes y reglamentos". Esta zona no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde la línea de base del mar territorial (Parte II., Secc. 4).
- Distingue entre la distinta clase de Estrechos, a los "utilizados para la navegación internacional", definiéndolos como los que "unen una parte de alta mar o zona económica exclusiva con otra parte de alta mar o zona económica exclusiva". Para esos estrechos establece el "Paso en Tránsito", tanto para buques de guerra como comerciales, el que "no debe ser obstaculizado" y con la condición que sea exclusivamente para el tránsito "rápido e ininterrumpido". Reglamenta las obligaciones de los que los utilicen; entre otras, señala: avanzar sin demora, no realizar tareas de investigación, abstenerse de amenaza o uso de la fuerza o de la violación de los principios de derecho internacional de la Carta de las Naciones Unidas. Establece las facultades de los Estados ribereños para dictar leyes o reglamentos sobre seguridad, contaminación, prohibición de pesca, embarco o desembarco de determinados productos, designar vías de navegación, etcétera (Parte III).
- Para los Estrechos "situados entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y el mar territorial de otro Estado" el régimen que corresponde es el de Paso Inocente.
- Incluye la nueva noción de "Estados Archipelágicos", que define como "el constituido totalmente por uno o varios archipiélagos". Se diferencian por lo tanto de los Estados con archipiélagos. Es-

tablece las normas para el trazado y condición jurídica de sus líneas de base, de las aguas interiores y de las zonas contigua y económica y de la plataforma continental. Regula el derecho de paso inocente por las vías marítimas archipelágicas y las rutas de navegación (Parte IV).

- Crea la "Zona Económica Exclusiva" (ZEE), a la que define como "un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste", asignándole "derechos de soberanía para los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y subsuelo del mar". Le fija una extensión de 200 millas marinas a partir de la línea de base del mar territorial. Sobre esta ZEE el Estado ribereño no tiene soberanía sino derechos de soberanía que enumera, entre los cuales está la explotación de los recursos naturales vivos y no vivos. Los terceros Estados gozan de libertad de navegación y sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas y otros usos relacionados con esas libertades. En cumplimiento del derecho de conservación del recurso pesquero, cooperará con terceros Estados y organizaciones internacionales, respecto de las especies altamente migratorias, y establece modalidades de pesca y conservación de especies anádromas (nacen en los ríos y se dirigen al mar) y catádromas (nacen en el mar y viven en aguas marinas o dulces). Los Estados sin litoral podrán "participar equitativamente en la explotación del excedente de los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva", en determinados casos (Parte V).
- En la ZEE podrán construirse "islas artificiales", que no tendrán mar territorial ni "afectarán la delimitación del mar territorial, la zona económica exclusiva ni la plataforma continental del Estado", el que sólo podrá establecer una "zona de seguridad" (Parte V).
- Desarrolla el concepto de "Plataforma Continental", modificando el criterio de la Convención de Ginebra de 1958 en cuanto a su alcance y extensión. La define como "el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial". Establece diversas fórmulas de medición y delimitación para el caso que el borde exterior exceda la mencionada distancia, admi-

tiendo un límite máximo de 350 millas de la línea de base o de 100 millas desde la isóbata de 2500 metros. Declara que no se afecta la condición jurídica de las aguas suprayacente ni del espacio aéreo. Crea la "Comisión de Límites" a los efectos de hacer recomendaciones, obligando a los Estados a depositar en la Secretaría General de las Naciones Unidas la documentación referida a extensión que reivindican (Parte VI).

- La Convención no define el "Alta Mar", de manera que continúa siendo aplicable la de Ginebra en su artículo primero en el sentido que es "la parte de mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado". Declara su utilización exclusiva con fines pacíficos y sobre la que no puede pretenderse soberanía. A las cuatro libertades de la Convención de Ginebra, navegación, sobrevuelo, pesca y tendido de cables submarinos, añade otras dos: "la construcción de islas artificiales" y "la investigación científica", sin perjuicio –agrega– de otras que pudieran corresponder. Reitera la jurisdicción de la ley del pabellón en los buques que naveguen por dichas aguas. Define la piratería y el deber de todos los Estados en reprimirla, así como también el tráfico de estupefacientes. Reglamenta el derecho de visita y persecución. Regula la condición jurídica de los buques y sus deberes (Parte VII).
- Reitera el derecho de los nacionales de todos los Estados a pescar en las aguas del alta mar y a la obligación de cooperar en la conservación de los recursos vivos (Parte VII).
- Dedica un capítulo al "Régimen de las Islas" a las que define como "una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar". Declara que poseen mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental de conformidad a las disposiciones generales aplicables por la Convención. Las rocas no aptas para ser habitadas carecen de zona económica exclusiva y de plataforma continental (Parte VIII).
- Como "Mares Cerrados o Semicerrados" "se entiende un golfo, cuenca marítima o mar rodeado por dos o más Estados y comunicado por otro mar o el océano por una salida estrecha o compuesto entera o fundamentalmente de los mares territoriales y las zonas económicas exclusivas de dos a más Estados ribereños". Las disposiciones que regula se refieren únicamente a la cooperación y coordinación en la explotación de sus recursos, protección del medio marino y su investigación científica. No establece

ningún régimen jurídico respecto a estos mares; se ha fundado esta posición en que no se ha querido establecer normas generales debido a que cada mar tiene sus propias características, lo que parece razonable. En efecto, no pueden compararse entre sí mares como el Mediterráneo, el de Azov, el de Japón, el Negro, el Báltico, el Egeo, el Caspio, el Mar Muerto, y todos los mares periféricos a los grandes océanos, etcétera, que poseen distintas dimensiones, diferente número de Estados ribereños, complejos límites territoriales proyectados hacia el mar, etcétera, lo que hace difícil en unos casos e imposible aplicar criterios similares a estos espacios marítimos, prefiriéndose que sean concertados directamente por los Estados interesados (Parte IX).

- Agrega un capítulo especial referido a los "Estados sin litoral marítimo", declarando "el derecho de acceso al mar y desde el mar para ejercer los derechos que se estipulan en esta convención", para lo cual "gozarán de libertad de tránsito a través del territorio de los Estados de tránsito por todos los medios de transporte". El ejercicio de esta libertad deberá ser convenido por las partes (Parte X).
- Introduce en el Derecho del Mar un nuevo espacio, el de los "Fondos Marinos", al que denomina "La Zona", que se extiende más allá de la plataforma continental de los Estados. La Zona y sus recursos son "patrimonio común de la humanidad", por lo tanto no se "podrá reivindicar o ejercer soberanía". Las actividades en la Zona podrán ser realizadas por los Estados y sus empresas, por personas naturales o jurídicas u organizaciones internacionales, debidamente autorizadas. La explotación se realizará en beneficio de toda la humanidad, para lo cual crea la "Autoridad Internacional de los Fondos Marinos" que "dispondrá la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona". Se contemplarán los intereses de los ribereños cuyos yacimientos se extiendan más allá de su plataforma continental. Regula exhaustivamente las actividades en la Zona y las políticas de producción por intermedio de la Autoridad (Parte XI).
- La "Autoridad Internacional de los Fondos Marinos", está compuesta por todos los Estados Partes, tendrá su cede en Jamaica. Su función es organizar y controlar las actividades en La Zona, con "miras a la administración del recurso". Sus órganos principales son: la Asamblea formada por todos los Estados miembros; el Consejo, con facultades ejecutivas, está compuesto por 36 miem-

bros elegidos por la Asamblea; la Secretaría compuesta por un Secretario General y la Empresa para "realizar actividades en La Zona". Dispone su funcionamiento, las facultades, derechos y obligaciones de cada uno de los órganos. Crea una Sala de Controversias de los Fondos Marinos en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Parte XI).

- Reglamenta la "Protección y Reservación del Medio Marino" como obligación de los Estados, para lo cual deberán tomar todas las medidas individual o conjuntamente que fueran necesarias que enumera, con el fin de evitar la contaminación. Asigna la responsabilidad de los Estados por su incumplimiento (Parte XII).
- Declara que "todos los Estados y las organizaciones internacionales tienen derecho a realizar Investigaciones Científicas Marinas" en Alta Mar y establece "los principios generales para su realización" y las condiciones en que deben ser cumplidas (Parte XIII). Dispone la cooperación de los Estados para fomentar el Desarrollo y Transmisión de la Tecnología Marina (XIV).
- Los Estados parte en la Convención asumen la obligación de "resolver sus controversias por medios pacíficos de conformidad con el párrafo 3°, artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y con ese fin, procurarán su solución por los medios indicados en el párrafo 1 del artículo 33 de la Carta", sin perjuicio de hacerlo por "cualquier medio pacífico de su elección" (Parte V, Secc. 1). Para el caso en que no hayan podido resolver el conflicto por el medio que hubieren elegido, se aplicará el procedimiento establecido por la Convención. Si se tratare de una controversia entre Estados Partes referida "a la interpretación o aplicación de esta Convención", procederán "sin demora" a tratar de resolverlo por intermedio de la negociación directa o de la conciliación. Si no hubiera podido ser resuelto por alguno de esos medios, " se someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la Corte o Tribunal que sea competente conforme a lo dispuesto por la Convención".
- "Los Estados podrán elegir uno o varios de los medios siguientes para solución de controversias", al firmar, ratificar o adherirse a la Convención: a) el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; b) la Corte Internacional de Justicia; c) el Tribunal Arbitral del Anexo VII; y c) el Tribunal Arbitral del Anexo VIII (Parte XV), "para las categorías que en él se especifican".
- La ley aplicable en el Tribunal y la Corte son las disposiciones de la Convención y las normas de Derecho Internacional compatibles. Antes de someter la controversia a la Corte o al Tribunal,

las partes deberán haber agotado "los recursos internos, de conformidad con el Derecho Internacional" (Parte XV, Secc. 2). Se establecen una serie de "limitaciones y excepciones" a la intervención del Tribunal y la Corte (Parte XV, Secc. 3).

- Dentro del Tribunal Internacional del Mar, se crea una "Sala de Controversias de los Fondos Marinos" con competencia para resolver las relativas a la interpretación o aplicación de las actividades en La Zona (Parte XI, Sección 5).

El Derecho del Mar ha desembocado, con la vigencia de la Convención de 1982, en un verdadero Código del Mar, pero no significa que, de ahora en más, esta rama del Derecho Internacional Público quede cristalizada ya que no es difícil prever que nuevas tecnologías, la necesidad de resolver cuestiones derivadas de la misma Convención y actitudes propias de los Estados, hagan necesarias nuevas normas.

Hacia nuevos "territorios" marítimos

El gobierno de Chile introdujo en 1991 un nuevo concepto en el Derecho del Mar: el "mar presencial", que definió como "aquella parte de alta mar existente entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la Isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo del hito n° 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile y Perú hasta el Polo Sur". El efecto inmediato es extender sus propias competencias en materia de pesca al alta mar, mucho mas allá de las 200 millas marinas.

La República Argentina dictó a fines del año 1991 la ley 23.968, sobre las líneas de base a partir de las cuales se fija la extensión del mar territorial y de la zona económica exclusiva. En su artículo 5° dispone que "las normas nacionales sobre la conservación de los recursos se aplicarán más allá de las 200 millas marinas sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina".

Posteriormente, la ley 24.922 del año 1998, sobre el Régimen Federal de Pesca, dispone que "en su condición de Estado ribereño, podrá adoptar medidas de conservación en la Zona Económica Exclusiva y en el área adyacente a ella sobre los recursos transzonales y altamente migratorios o que pertenezcan a una misma población o poblaciones de especies asociadas a las de la Zona Económica Exclusiva Argentina" (Art. 4).

En mayo de 1994 entró en vigor en Canadá la nueva ley de Protección de la Pesca Costera por la cual se prohibía la pesca en la zona de alta mar del Convenio de Pesca del Noroeste del Atlántico a determinados países, incluidos España y Portugal juntamente con otros de Centroamérica. Esta decisión unilateral canadiense, dictada sin la autorización de los demás firmantes del citado Convenio del Noroeste, conlleva el uso de la fuerza por parte de Canadá en el Alta Mar y el derecho de persecución continuada iniciada en Alta Mar.

Esta decisión del Gobierno de Canadá implica lisa y llanamente extender su jurisdicción en zonas y a buques jamás pensada hasta el momento. Si bien es cierto que no afecta la libertad de navegación, avanza sobre la jurisdicción del Estado sobre el buque que enarbola su bandera, y finalmente sobre la libertad de pesca.

Estos antecedentes y otros similares han extendido aspectos jurisdiccionales mas allá de lo establecido en la Convención de 1982. El fundamento puede encontrarse en que la milla 200 de la Zona Económica Exclusiva, al haber sido fijada teóricamente, no contempla situaciones reales, como la regulación, protección y conservación de recursos pesqueros altamente migratorios, transzonales o de especies asociadas.

Resoluciones de la Asamblea General de la ONU

La Asamblea de las Naciones Unidas, mediante dos Resoluciones, la 48/623 del 28 de julio de 1994 y la 50/24 de 1995, modificó determinados artículos de la Convención de 1982.

Por la primera de ellas, la 48/623, aprobó las modificaciones incluidas en el "Acuerdo relativo a la Zona". Estos cambios se refieren, entre otros: a "La Empresa"; a la integración de "El Consejo de la Autoridad de los Fondos Marinos" y a la mayoría necesaria para adoptar decisiones de fondo (Art. 161, puntos 1 y 8, apartados b y c); a la convocatoria de la Conferencia de Revisión en la parte referida a La Zona, etcétera (artículo 155).

Por la Resolución 50/24, la Asamblea General adoptó el "Acuerdo de Nueva York del 4 de agosto de 1995", "relativo a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios", más allá de las 200 millas marinas, límite exterior de la Zona Económica Exclusiva.

Este Acuerdo, que no fue sometido a votación de las partes, tiene 50 artículos y dos anexos que modifican el texto de la Convención del

Mar de 1982 al extender la jurisdicción del Estado ribereño sobre los recursos vivos sobrepasando las 200 millas y sobre los buques pesqueros en alta mar, cualquiera sea la bandera que enarbolen.

Se cambia el sentido de "cooperación" entre el Estado ribereño y los Estados pesqueros respecto de las "poblaciones de peces" migratorias y transzonales (compartidas), dispuesta por los artículos 61 y 118, Convención de 1982, por la obligación de los terceros Estados de tener en cuenta "las medidas de conservación y ordenación" dispuestas por el Estado ribereño; la finalidad está en que no se menoscaben las medidas dispuestas por este último. La medida anterior conlleva, como lo hace el Acuerdo, a extender el control del Estado costero sobre todos los buques de pesca en Alta Mar, a partir de la milla 201, independientemente del pabellón que enarbole, inclusive se autoriza al uso de la fuerza. Los Estados pueden prohir el desembarco y transbordo en los puertos de su jurisdicción cuando se hubiere demostrado que las capturas se han obtenido en contra de las medidas de conservación y ordenación en alta mar.

Ambas resoluciones forman parte de la Convención de 1982 y necesitan la ratificación de los Estados que hayan ratificado dicha Convención. Los que la ratifiquen en el futuro se entienden que lo hacen aceptando las modificaciones.

Estas nuevas aportaciones *ex novo* al Derecho Internacional del Mar han tenido – y tienen cada vez más – "una considerable influencia en la práctica de los Estados, independientemente de su posición respecto a la firma, la ratificación o la adhesión", según palabras del Secretario General de las Naciones Unidas al cumplirse el décimo aniversario de la vigencia de la Convención del Mar de 1982.

Conclusión final

El Derecho del Mar, desde sus comienzos en el siglo XV hasta la fecha, ha estado en constante evolución, lenta en un principio, acelerada en los últimos tiempos.

La antigua "batalla libresca" entre la soberanía y la libertad en los mares fue resuelta en un comienzo en beneficio de la libertad de navegación. Casi enseguida hubo de compatibilizarse esta libertad con las necesidades de seguridad reclamada por los Estados costeros, traducida en una franja de Mar Territorial de 12 millas, donde la libertad de navegación quedó asegurada mediante el derecho del paso inocente a todos los buques de todas las banderas.

La necesidad de proteger intereses fiscales, aduaneros, de inmigración y sanitarios, amplió la franja costera hacia una nueva zona de otras 12 millas, la Zona Contigua, pero manteniéndose la libertad de navegar.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los intereses económicos relegaron los argumentos de seguridad, cambio que fundamentó un nuevo avance sobre el Alta Mar mediante la creación de un nuevo espacio: la Zona Económica Exclusiva, de 188 millas de extensión sobre el cual solo se admitieron determinados derechos jurisdiccionales sobre los recursos naturales vivos y no vivos, pero quedando asegurada la libre navegación.

El progreso acelerado de la técnica posibilitó a los Estados tener acceso al suelo y subsuelo de los mares. Resurgió el primitivo conflicto: el de los estados costeros y los de la comunidad de naciones. Los ribereños reivindicaron la Plataforma Continental como parte de su territorio, la nueva noción de Patrimonio Común de la humanidad fundamentó el derecho de todos los Estados a los Fondos Marinos, La Zona.

Las necesidades de conservación y ordenación de la pesca está llevando a que los Estados costeros prorroguen su jurisdicción mas allá de la Zona Económica Exclusiva.

A pesar de los cambios el Derecho del Mar continúa respetando la libertad de navegación, el ius communicationis del padre Vitoria.

Bibliografía

AJA ESPIL, Jorge A., *El Derecho del Mar*, Temis, 1973.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, 1983.

ALVAREZ, Alvaro, *Nuevos Principios del Derecho del Mar*, Montevideo, 1969.

ARMAS PFIRTER, Frida M., *El Derecho Internacional de Pesquerías,* CARI, 1994.

AZCÁRRAGA, José Luis, *Derecho Internacional Marítimo,* Barcelona, Ariel, 1970.

CASELLAS, Alberto O., *La Alternativa Oceánica,* Inst. de Publicaciones Navales.

CEPAL, *La Autoridad de los Fondos Marinos.*

CAVARÉ, Louis, *Le Droit International Public Positif,* t. II., Paris, Pedone, 1962.

DAVEREDE, Alberto, *Derecho del Mar*, Eudeba.

GARCIA ARIAS, Luis, *Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional,* Madrid.

GARCIA GHIRELLI, José I., *Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, Zavalía, 1973.

——, *Tratados y Documentos Internacionales,* Zavalía, 1984.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, 1980.

LA GUARDIA, Ernesto de y otros, *El Nuevo Derecho del Mar,* CARI, 1997.

MESEGUER SÁNCHEZ, JOSÉ L., *Los Espacios Marítimos en el Nuevo Derecho del Mar*, Barcelona, Pons, 1999.

NACIONES UNIDAS, *Tendencias del Derecho del Mar Contemporáneo.*

——, *Práctica de los Estados en el momento de entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, 1995.

——, *Derecho del Mar. Zona Económica Exclusiva.*

——, *Derecho de Mar. Definición de la Plataforma Continental.*

——, *Derecho del Mar. Estrechos utilizados para la navegación internacional.*

——, *Derecho del Mar. Legislación nacional sobre el mar territorial, el derecho de paso inocente y la zona contigua.*

——, *Derecho del Mar. Reivindicaciones nacionales de jurisdicción marítima.*

——, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996.*

——, *Memoria Anual sobre la Labor de la Organización.*

NUSSBAUM, Arthur, *Historia del Derecho Internacional*, Madrid, Revista de D. Privado.

OPPENHEIM ,L., *Tratado de Derecho Internacional Público*, t. I-2, Barcelona, Bosch.

PASTOR RIDRUEJO, José A., *Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Rialp, 1962.

PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 1987.

PODESTÁ COSTA RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, Tea, 1979.

PUIG, Juan C., *Caso de las Pesquerías*, Depalma, 1968.

REBAGLIATI, Orlando R., *La Plataforma Continental*; Eudeba, 1986.

REY CARO, Ernesto J., *Estudios de Derecho Internacional*, Astrea, 1982.

RUIZ MORENO, Isidoro, *Derecho Internacional Público*, t. II, 1940.

ZACKLIN, Ralph y otros, *El Derecho del Mar en Evolución: La Contribución de los Países Americanos*, Fondo de Cultura Económica, 1975.

ENSAYOS

AFORISMOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

JORGE GUILLERMO PORTELA *

I. Mi propósito es mostrar que existe una relación posible entre los denominados "principios jurídicos" y los aforismos o máximas jurídicas. La finalidad de este trabajo, por otra parte, consistirá en tratar de acreditar que la conexión aludida más arriba no ha sido advertida, mal que les pese, a iusfilósofos de indudable influencia en el desarrollo de la teoría general del derecho contemporánea, tales como Lon Fuller y Ronald Dworkin, respectivamente.

Por último, intentaré aportar algún elemento que pueda servir para enriquecer el estudio puntual de las principales características que poseen los principios y los aforismos jurídicos.

II. Una alusión a Pedro Salinas. En un admirable ensayo titulado "La Vida literaria en España"[1], el notable Salinas llegaba a la conclusión que el analfabeto español, el pobre hombre de campo que no sabe leer ni escribir, es uno de los tipos más interesantes de España. Ello porque existe allí una larga y profunda tradición oral, algo como una filosofía y una poesía que se aprende por el oído, de padres a hijos, por herencia; un gran arte literario popular: el refrán. Desde antaño, el refrán representa en labios del pueblo su experiencia de vida, y aunque un hombre no sepa leer, no es un inculto, no es un

* Abogado. Titular de Introducción al Derecho-UCA.

[1] SALINAS, Pedro, *Ensayos de Literatura Hispánica*, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 309. El tema es retomado en *El Defensor*, Madrid, Alianza Editorial, 1967: Defensa implícita de los viejos analfabetos, págs. 261/279. Allí dice: "Basta andar un poco por las parameras castellanas o los olivares de Andalucía, si de mi tierra se trata, para dar con analfabetos que resultan ser, en cuanto se los conoce, personas tan cabales en su humanidad, tan dignas en su conducta y tan atinadas en su juicio como muchos hombres rebosados de instrucción", pág. 263.

bárbaro, porque sabe de memoria centenares de refranes, muchos de los cuales son maravillosas máximas filosóficas, relacionadas con el pensamiento universal.

De suyo, los refranes, como los cantares populares, son anónimos y se transmiten de persona a persona hace siglos. La madre se los canta al niño para dormirlo; el enamorado se los canta a su amada para conmoverla. Hay cantares –y refranes– para todas las circunstancias y casos de la vida corriente: para declarar el amor, para romper, para lamentar la muerte de un ser querido...

Esta descripción, tan rica en contenido, de lo que constituye el núcleo mismo de la sabiduría popular a partir del cultivo y la transmisión oral de los aforismos, nos permite trasladar la rica descripción de Salinas al mundo del derecho y más específicamente a lo que conocemos con el nombre de refranes o brocárdicos jurídicos. La génesis de los mismos resulta similar a la descripta por Salinas y, aunque no podamos tildar de "analfabetos" a los juristas, lo cierto es que hay cientos de aforismos, de refranes que poseen una aplicación concreta y práctica en el arte del derecho. Los hay para tratar cuestiones concernientes a aspectos particulares del derecho civil, como la propiedad y el dominio, o para solucionar conflictos que puedan presentarse en la órbita del derecho penal, y también, desde luego, algunos de un contenido muy general, lo que los hace aplicables a diversos aspectos de la realidad jurídica. Los mismos se constituyen como verdaderas "reglas" de derecho, se "coleccionan" y vierten en "catálogos" de tópicos y, para utilizar la terminología empleada por Viehweg, se justifican la mayor parte dialécticamente, legitimándose en muchos casos, puesto que son aceptados por hombres notables, entendiéndose (la cita corresponde a Aristóteles) como opiniones aceptadas por todos, por la mayor parte o por los filósofos; es decir, por todos, por la mayoría o por los más notables e ilustres entre ellos.[2]

Estos conceptos, que hemos ofrecido como una introducción a nuestro tema, son conocidos por todos y no ofrecen, en principio dudas. El tema que puede generar algún punto de disputa es otro y nos adentraremos en él decididamente. La cuestión es ésta: ¿existe acaso algún tipo de conexión entre principios y aforismos jurídicos?

III. Nada mejor que recurrir al pensamiento de dos importantes autores, de indudable influencia en el terreno de la iusfilosofía con-

[2] ARISTÓTELES, *Tópicos*, 100 a, 30-31 y VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, pág. 78.

temporánea, tales como Lon Fuller (*La Moral del Derecho*, México, Trilla, 1967) y Ronald Dworkin (*Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984), para probar cómo funcionan, en el contexto de sus teorías, la relación entre principios y aforismos jurídicos.

Fuller proporciona los elementos que permiten explicar su postura, en lo que se puede llamar "la moral interna del derecho"; sin estos principios, que funcionan como "desideratas", como objetivos que ineludiblemente el derecho debe alcanzar, no puede concebirse el funcionamiento de un sistema jurídico. Entonces, podemos sintetizar su concepción en tres puntos: 1° ciertos principios se hallan implícitos en el concepto de derecho; 2° estos principios constituyen una moral; 3° el derecho cumpliría más su cometido cuanto menos sean violados estos principios.

Ahora bien, los principios son los siguientes: a) las leyes deben ser generales, pues con ellas se trata de regular la conducta a gran escala, teniendo en cuenta cómo se resolverán las futuras disputas, no dejando su solución en manos de impredecibles decisiones jurídicas *ad hoc*. En otros términos: sería imposible adecuar la propia conducta a las leyes si fueran particulares[3]; b) deben ser públicas, puesto que con ello se hacen conocidas o al menos accesibles para aquellos a quienes afectan; c) no deben ser retroactivas. Fuller sostiene, al respecto, que uno de los requisitos de la legalidad que parecen más obvios es el de que una ley promulgada deba gobernar lo que pase mañana, no lo que sucedió ayer; d) las leyes deben ser claras: una legislación oscura puede transformar a la legalidad en algo inaccesible para cualquier ciudadano; e) las leyes no deben ser contradictorias, lo que expresa convenientemente el derecho común al hablar de normas "repugnantes", con lo que se expresa la existencia de leyes que están en lucha unas con otras, aun cuando no necesariamente se eliminen mutuamente como se supone que hacen en lógica las proposiciones contradictorias; f) las leyes no deben requerir conductas imposibles, puesto que sería imposible obedecerlas; g) deben ser razonablemente estables, porque sería difícil para los ciudadanos seguir las vicisitudes normativas continuamente[4]; h) Finalmente, debe existir

[3] LON FULLER, *La Moral del Derecho*, México, Trilla, 1967. Especialmente su capítulo II: "La moral que hace posible el Derecho", pág. 43 y ss.También, LAPORTA, Francisco, "Ética y Derecho", en Historia de la Ética, vv.aa., Barcelona, Crítica, 1989, pág. 239 y ss. y LYONS, David, *Ética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1986.

[4] LAPORTA, Francisco, *ob. cit.*, pág. 240. En este punto, Fuller cita a Madison en *El Federalista*: "La gente sensata de los Estados Unidos está cansada de la política vacilante que ha dirigido los consejos públicos. Ha visto con pena e indignación que

congruencia entre la actitud de los órganos públicos y la letra de la ley. Según Fuller, éste es el objetivo más complicado de todos los que integran la moral interna del derecho. Esta congruencia puede destruirse o perjudicarse de muchas maneras: interpretación equivocada, inaccesibilidad de la ley, falta de percepción a fondo para ver qué es lo que se requiere para mantener la integridad de un sistema legal, soborno, prejuicio, indiferencia, estupidez, y la tendencia hacia el poder personal.

IV. Ahora bien, cuando Fuller realiza esta particular taxonomía de los objetivos o "desideratas" que integran la moral interna del derecho, ¿lo hace arbitrariamente, o piensa más bien en principios y reglas antiquísimas, que hacen al funcionamiento correcto de este fenómeno complejo que llamamos derecho? Algunas claves, que podemos encontrar dentro de su misma obra, nos pueden suministrar una orientación, como por ejemplo cuando menciona lo que denomina la "vigorosa expresión" de la Parte I, Sección 23, de la Constitución de New Hampshire de 1784: "Las leyes retroactivas son sumamente injuriosas, opresivas e injustas. Por lo tanto, no deberán promulgarse tales leyes, ni para la decisión de causas civiles, ni para el castigo de delitos"; cuando advierte acerca del carácter de "máxima consagrada" en alusión al principio *lex posterior derogat priori*, o cuando alude a los principios de interpretación consagrados en 1584 por los Barones de la Real Hacienda, en el caso de Heydon, basados íntegramente en la prevalencia del llamado "derecho común".[5]

Mi impresión es que Fuller, en todo caso, tuvo el mérito de sistematizar una serie de reglas y aforismos jurídicos y denominó a ese conjunto como "moral interna del derecho". Eso lo sistematiza nuestro autor, en la década del 60. Lo increíble es que su pensamiento sea en este punto coincidente con el de un pensador perteneciente a la patrística, quien hacia el año 615, aproximadamente, escribiera las *Etimologías*: San Isidoro de Sevilla.

Adviértase que San Isidoro no era precisamente un jurista. Sin embargo, al escribir las *Etimologías*, obra que pretende condensar

---

los cambios súbitos... se vuelven... trampas para la más industriosa y menos informada porción de la comunidad. Han visto, también, que una intrusión legislativa no es sino el primer eslabón de una larga cadena de repeticiones", *ob cit.*, pág. 93.

[5] LON FULLER, *ob. cit.*, pág. 96. Uno de los principios especifica que "el oficio de todos los jueces es obrar siempre en tal forma que se suprima el daño y se apresure el remedio".

todo el saber científico y filosófico de su tiempo, tiene el mérito de sintetizar lo que hubiera suscripto cualquier jurisconsulto de su época, al opinar acerca de las características que deben poseer las leyes. Así, "La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error–, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos".[6]

Obsérvese que hay no menos de cuatro coincidencias entre las características de la ley mencionadas por San Isidoro y los objetivos propios del sistema jurídico reclamados por Lon Fuller. Y entre la obra de ambos autores media un lapso de alrededor de 1300 años... La pregunta que se impone ahora es la siguiente: ¿obró San Isidoro arbitrariamente, o simplemente recogió lo que era un valor entendido en su época y que se expresaba en un conjunto de máximas y principios jurídicos?

Adviértase que en este punto, la coincidencia entre ambos autores no es inocente. Se alude en ambos casos a la posibilidad, a la claridad, extensivamente a la generalidad que deben poseer las normas y también, aunque no se repitan exactamente los conceptos, a su carácter relativamente estable e irretroactivo, al afirmarse que las mismas han de dictarse en consonancia con la naturaleza. Y si pensamos que toda la legislación medieval española, comenzando por el *Forum Iudicium* –Fuero Juzgo–, completado hacia el año 680, con el cual principia la unidad jurídica de la Europa visigoda, alude de alguna u otra manera a las "características" de las leyes, sobre las cuales se había referido previamente San Isidoro, la conclusión no puede ser más que una sola: se hace referencia aquí a principios jurídicos muy antiguos, anteriores a este autor, que tuvieron nacimiento en formulaciones de diversos juristas romanos, y que tenían ya, para la época en que eran citados (del año 600 en adelante), el valor de máximas jurídicas.

Vemos así en el Fuero Juzgo (Libro I, Título II, IV) donde se afirma que la ley debe ser manifiesta y necesaria y "debe ser guardada según la costumbre de la ciudad"; en el Fuero Real de España, concluido bajo el reinado de Alfonso IX, se establece también una máxima isidoriana y fulleriana (Libro I, Título VI, II): la ley debe ser manifiesta, es decir, "que todo hombre la pueda entender"; en la Primera

[6] San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, V, 21.

Partida, escrita en 1251 (Título I, Ley VIII), se insiste en otro de los principios utilizados por nuestros autores. Habrá de cuidarse de que las leyes "..no sean contrarias las unas con las otras". Han de ser también "...paladinas, de manera que todo hombre las pueda entender e retener...", concepto que también podemos encontrar en *El Espéculo* (Título I, Ley II): las leyes han de ser "claras y paladinas".

Es que nos encontramos aquí frente a un catálogo de tópicos aplicables al arte del derecho. Ellos, para utilizar una terminología viehwegiana, "reciben su sentido desde el problema"[7], y a ellos se recurre –para utilizar una feliz expresión de este autor–, como a un "almacén de provisiones" de un mundo espiritual construido para intentar resolver los problemas de un modo dialéctico, no analítico.

Y precisamente, ya que utilizamos la feliz metáfora de Viehweg, es hora de que demostremos de qué reglas hecharon mano nuestros autores, en ese centón construido por los juristas y pensadores de la antigüedad, y que aún pervive fresco durante la Edad Media.

En tal sentido, podemos citar el aforismo *"leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrariae sint"* ("Las leyes posteriores integran las anteriores, si no se le oponen"), localizable en el Digesto, 1,3,28; aunque también podemos citar a Paulo 1, 26, D), quien al respecto advertía *"Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur"* ("No es cosa nueva que las leyes anteriores se interpreten por las posteriores"), o esta otra, más específica, que atañe al problema de la retroactividad: *"Constitutio respicit futura, et non praeterita"* (La constitución se refiere al futuro y no al pasado") C.2, X, *De constitutionibus*, 1, 2.

Vayamos ahora a la posibilidad, carácter este que San Isidoro menciona expresamente y que resulta ineludible en todo sistema jurídico, como lo afirma rotundamente Fuller. Pero esta condición es antiquísima. Alude a ella Paulo (1.3, D., *quae sententiae*, 49, 8): *"Impossibile praeceptum iudicis nullius est momenti"* ("El decreto judicial de imposible ejecución no tiene ningún valor") y también Celso 1. 185, D., *Re regulis iuris*, 50, 17): *"Impossibilium nulla obligatio est"* ("No existe obligación de cosas imposibles"), siendo recogida poste-

[7] VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, pág. 55. Enseña Perelman que siendo la verdad una propiedad de las proposiciones, independientemente de la opinión de los hombres, los razonamientos analíticos son demostrativos e impersonales, lo que no ocurre con los razonamientos dialécticos. Un razonamiento es dialéctico si sus premisas están constituidas por opiniones generalmente aceptadas. V. aut. cit: *El Imperio Retórico*, Sta. Fe de Bogotá, Norma, 1977, pág. 20.

riormente por San Raimundo de Peñafort, en su *Summa Iuris: "Lex omnis debet esse possibilis, alias non est lex"* ("Toda ley ha de ser posible, en otro caso, no es ley").

En Bacon encontramos un aforismo que podía haber sido suscripto por cualquier jurista romano o medieval. De hecho, ya nos referimos anteriormente a la preocupación por la certeza en el derecho, de la cual parecen derivar la claridad y la seguridad jurídicas. Así , este autor advierte que: *"Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta ese possit"* ("De la ley importa tanto el que sea cierta, que sin ello no puede ser justa"), citado también por Radbruch en sus *Aforismos Jurídicos* (nº 140). Pero, de suyo, ya Decio –In tit. ff. de reg. iuris, r. 1, 4)–, evocaba una antigua regla de interpretación, que tiene que ver con la certeza y la claridad: *"Obscuritas brevitatis praetexta non admittenda"* ("No se admite lo obscuro a pretexto de brevedad")[8].

V. Analicemos ahora a Dworkin y su conocida tesis acerca de los principios jurídicos. En "Los Derechos en Serio"[9], luego de que nuestro autor explica y llama "principio" a "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad", muestra su funcionamiento dentro del sistema a partir de los *hard cases*, los casos difíciles, lo que permitirá distinguir a dichos principios de las normas.

Para apoyar sus argumentos, Dworkin selecciona un caso jurisprudencial decidido por un tribunal de Nueva York en 1889: "Riggs vs. Palmer", el llamado risueñamente por un jurista argentino "el caso del nieto apurado". En este conocido precedente, se debatió si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento, aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo.

Para Dworkin, siguiendo el hilo argumental del tribunal (que finalmente denegó la posibilidad de que el asesino recibiera la herencia), se utilizaron principios jurídicos. Así, en la sentencia se dijo textualmente: "...todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación por *máximas generales y*

[8] Todas las citas, han sido extraídas de MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los Principios Generales del Derecho*, "Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos", Barcelona, Bosch, 1979.

[9] DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Más específicamente, su Cap. I: "El modelo de las normas (I)", pág. 73, *passim.*

fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen" (el resaltado es nuestro).

El restante caso difícil que pone como ejemplo Dworkin, es "Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.", decidido por un tribunal de Nueva Jersey en 1960. Aquí se discutía la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede limitar su responsabilidad en caso de que el vehículo sea defectuoso. Pese a que Henningsen no pudo encontrar ninguna ley, ni norma jurídica vigente que impidiera al fabricante ampararse en el contrato de compraventa que se había suscripto, y que acotaba las obligaciones a su cargo, el tribunal falló a favor del actor. Debemos detenernos en el pto. E) de la sentencia, en el que se expresó: "¿Hay algún *principio* que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?"

Sucede, empero, que los "principios" a los que se refiere Dworkin, no constituyen algo completamente subjetivo, sino que pueden encontrarse –como lo hemos demostrado en el caso de Fuller– en ese inmenso reservorio de reglas y máximas consagradas que constituye el derecho romano. Así, los tribunales citados por nuestro autor no han hecho otra cosa que aplicar la conocida regla de derecho estudiada por Paulo, 1, 206, D., *De reg. iuris*, 50, 17, según la cual *"Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem"* ("Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro") , y que también evoca Papiniano en 1.74, D., *De r. iuris*, 50, 17: *"Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri"* ("No se le debe hacer a uno peor su condición por medio de otro"). Pero hay más: dicha regla se consagra en el Código de las Siete Partidas (tít. 34, Part. VII, regla 17) al establecerse que *"Ninguno non deue enriqueszer tortizeramente con daño de otro"* y en el *Corpus Iuris Canonici* (tít. 12, Libro 5, in Sexto) cuando se afirma concluyentemente: *"Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria, vel iactura"* ("Nadie debe enriquecerse en perjuicio o detrimento de otro").

Con lo cual advertimos, ni más ni menos, que un analítico como Dworkin, tan siempre presente a la hora de citar lo más granado del pensamiento jurídico contemporáneo, integra el concepto de derecho

con la noción de normas + principios, y en donde éstos, lejos de caracterizarse con la idea confusa de objetivos en los que se encuentran dimensiones de la justicia, la equidad o la moralidad positiva, rematan finalmente en la integración, para la solución de casos difíciles o duros, de máximas y reglas elaborados por juristas de indudable peso y jerarquía, en la antigüedad.

Nada nuevo bajo el sol.

VI. Nos queda por último, efectuar una breve alusión a las características y diferencias que presentan los principios y los aforismos jurídicos. Ello resulta necesario si queremos precisar su alcance y la diferencia que en definitiva poseen los mismos, en su comparación con las normas jurídicas.

En primer lugar, pensamos que en la expresión "principios", se puede aludir –siguiendo el camino trazado por Viehweg– a directrices o guías, simples *loci* comunes de valor relativo y circunscrito, revelados por la experiencia, y que permiten resolver problemas jurídicos singulares, no de un modo axiomático. El derecho, así entendido, campea en el terreno propio del pensamiento problemático, es una "tópica de problemas" y se nos presenta en muchos casos como un conjunto de respuestas a problemas concretos.[10]

En este punto, creemos particularmente –junto a Carrió– que el concepto de "principio" se encuentra completamente emparentado con las ideas de "máxima", "aforismo", "proverbio", "pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición".[11]

Pero este "emparentamiento" no significa que los conceptos de aforismo y de principio sean completamente similares. Ellos se distinguen con una distinción real a partir de la cual podemos arriesgar-

[10] La explicación también puede verse en García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pág. 57, *passim*. No compartimos, en cambio, el criterio de este autor en cuanto utiliza un criterio descalificador para diferenciar lo que él supone una contraposición entre la expresión "principios generales del derecho" y las "meras máximas o reglas heurísticas", *ob. cit.*, pág. 79.

[11] Utilizamos aquí el VII "foco de significación" del que nos habla Genaro Carrió, en *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 34. En efecto, este autor afirma que en el lenguaje ordinario, el concepto de principio se vincula, por lo menos, con siete significados. Pero algunos pueden ser vinculados entre sí, como por ejemplo cuando señala el sentido de "regla, guía, orientación o indicaciones generales" (II). Más adelante, Carrió opina que la expresión "principio jurídico" se utiliza "para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica", pág. 37.

nos a formular o enunciar una "ley", que tiene que ver con la diferencia aludida, y que enunciaremos del siguiente modo: no todo aforismo constituye un principio, pero todo principio puede (y de hecho, debe) canalizarse a través de un aforismo o apotegma.

El aforismo constituye así el medio por el cual se conoce el principio. Utilicemos una metáfora: el principio es la electricidad, el aforismo es el cable que conduce el fluido merced al cual podemos obtener la luz.

De esta forma, podemos advertir que la idea de principio implica tres notas básicas: principalidad, generalidad y juridicidad. En cuanto a la primera, la noción de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa. En orden a la segunda, la de género en oposición a especie, y la de pluralidad en oposición a singularidad. Finalmente, en punto a la tercera –la de juridicidad–, advertimos que estos principios informan por igual la conciencia jurídica natural, que las disposiciones jurídicas concretas; las especulaciones doctrinales de la ciencia, que la realización práctica del derecho.[12]

Esto nos lleva de la mano a otra conclusión, que tiene que ver con una preocupación fundamental, y es la de dar una respuesta a lo que se califica con suma precisión como la "función metodológica" de los principios. Como sabemos, la pregunta por la "función" tiene que ver con otro concepto correlativo: el de utilidad. En otros términos: si pregunto de este modo ¿qué función cumplen los principios?, sería como inquirir: ¿para qué sirven los principios?

Magna pregunta. Yo voy a intentar dar una respuesta a ese interrogante. Ciertamente, el término "principio" es análogo. Memoro ahora unas estrofas del genial Leopoldo Marechal: "El surubí le dijo al camalote/no me dejo llevar por la inercia del agua/yo remonto el furor de la corriente/para encontrar la infancia de mi río".

El principio es la infancia del río, su comienzo. Sin olvidar, claro está, que el principio está en el río, es su inicio.

Principalmente, entonces, como hemos visto, principio es comienzo, punto de partida. Aunque secundariamente, según el Lalande, principio es "una regla o norma de acción claramente representada en el espíritu, enunciada por una fórmula"[13]. Esto ya nos suministra algunas claves.

[12] Seguimos aquí el completo estudio de MANS PUIGARNAU, JAIME M. ya citado: *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, "Introducción", XXVI, *passim*.

[13] LALANDE, Andrés, *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, El Ateneo, 1967, pág. 807.

La "fórmula", como ya vimos, se enuncia a través de un aforismo. Pero por su generalidad, los principios no son normas en el sentido fuerte del término. Creemos que existe una diferencia entre ambas realidades, y que ella ha sido vista por Dworkin. En efecto, las normas y los principios apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso da una respuesta, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. En otras palabras: las normas son aplicables a la manera del "todo o nada".

No ocurre lo mismo con los principios: ellos no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Dan una orientación para decidir en determinado sentido, pero no obligan a una decisión particular. Generalmente no enuncian deberes. Podemos ver aquí, con toda claridad, lo que el profesor Pagallo calificaba como "prejuicios modernos a las proposiciones clásicas". Pensamos ahora, por ejemplo, en la máxima: "*Ex facto oritur ius*" ("Del hecho nace el derecho"), sentencia esta que constituye una de las formas más simples de refutación de la falacia naturalista. A partir de ella puede apreciarse que todo deber ser se funda en el ser.

Por su parte, los principios poseen una dimensión de peso o de importancia: cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. No ocurre lo mismo con las normas, pues con ellas se aplican elementos externos al contenido de las mismas, como por ejemplo su respectiva posición jerárquica en el ordenamiento. Ciertamente, no podemos decir que una norma jurídica sea más importante que otra. Pero esta calificación puede ser perfectamente aplicada a los principios.

La función metodológica, para nosotros, estaría vinculada a una determinada forma de razonamiento que supera los esquemas tradicionales de la subsunción y que, siguiendo a Peces Barba, está directamente vinculada a la idea de ponderación. De ello se derivan consecuencias en relación con el fortalecimiento de la posición del juez, y el papel del jurista, cuyas actividades "adquieren un mayor protagonismo desde el momento en que ya no es válido exclusivamente el esquema silogístico en el que la premisa mayor se identifica con el enunciado normativo, la premisa menor con el caso y la conclusión con la decisión. Y también se derivan consecuencias en relación con la separación entre el Derecho y la moral". Y concluye Peces Barba evocando

a Alexy, quien señalaba que la teoría de los principios constituye un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral desde el momento en que en relación con los principios la argumentación jurídica llega a asemejarse a la argumentación moral, ya que en ella se tienen en cuenta criterios materiales, valorando su importancia en el caso concreto. Por ello se afirma que es este ámbito uno de aquellos en los que se percibe que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación práctica.[14]

Esto nos lleva de la mano, finalmente, a subrayar un problema terminológico importante. En efecto, entre las variadas acepciones relativas a la materia (principios, axiomas, postulados, máximas, reglas, sentencias, aforismos, proverbios, adagios, apotegmas, etc.), descuellan las denominaciones de principios generales y reglas de derecho, a las que, por lo demás, se reducen varios de los otros términos apuntados.[15]

No se produce aquí una confusión, sino que se utiliza una variedad de conceptos de contenido similar para referirse a una misma idea: la de encontrarnos frente a proposiciones, fórmulas breves de los principios del derecho vigente. Esto explica, finalmente, la conocida definición de Paulo: "*non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*" (el derecho no se toma de la regla, sino que ésta se hace del derecho preestablecido). Así, lejos de ser el principio algo puramente apriorístico en relación al sistema legal o ideal que inspiraba, se miraba preferentemente, desde un punto de vista formal y práctico, como un resumen obtenido *a posteriori*, por vía de recapitulación o síntesis, del derecho preexistente[16]. Recordemos que, tal como lo afirmáramos más arriba, el principo está en el Derecho, no fuera de él. Nos encontramos aquí, frente a otra función metodológica cumpli-

[14] PECES BARBA, Gregorio y otros, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 172.

[15] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *ob. cit.*, pág. XXX. Y esto nos reconduce a dilucidar cual es la verdadera naturaleza de un razonamiento dialéctico. Perelman explica que los razonamientos dialécticos parten de lo que es aceptado, siendo su fin el hacer admitir otras tesis que son, o pueden ser, controvertidas. Se proponen, pues, persuadir o convencer: no consisten en inferencias válidas y constrictivas. Contrariamente al razonamiento analítico, el razonamiento dialéctico no es impersonal, pues él se aprecia por su acción sobre un espíritu. Y concluye Perelman: "Resulta de ello que es preciso distinguir netamente los razonamientos analíticos de los razonamientos dialécticos; los unos se refieren a la verdad y los otros a la opinión. Cada dominio exige otro tipo de discurso y es ridículo contentarse con argumentos razonables por parte de un matemático, como exigir pruebas científicas a un orador", *ob. cit.*, pág. 21.

da por los principios: en todo caso, éstos aparecen tan pronto como se presenta un supuesto de ausencia de normas, o las que deben aplicarse son manifiestamente injustas en relación al *casus*. ¿Nos encontramos aquí frente al concepto aristotélico de *aisthesis* o apreciación situacional? La solución justa nace aquí de la cosa, a partir del caso, y no es fruto de vanas abstracciones racionalistas.

Aprendamos entonces a construir el Derecho como lo hicieron los juristas clásicos. En todo caso, apoyados sobre sus hombros, vamos a poder ver más allá.

[16] Aut. y *ob. cits.*, pág. XXXII.

INTERRELACIONES: LA FILOSOFÍA Y LA TEOLOGÍA EN LAS CIENCIAS POLÍTICAS

FRANCISCO ARIAS PELERANO *

1 . La enseñanzas de las disciplinas en la Universidad Inicial

Las Universidades más famosas, con excepción de las norteamericanas, fueron fundadas en la Edad Media por la Iglesia. La mayoría de ellas subsisten con sus capillas incorporadas tal como ocurre con la Sorbona, Oxford, desarrollando una actividad cultural que está documentada en valiosísimos archivos.

Por otro lado, la libertad intelectual se traduce en discusiones que se hacen clamorosas como cuando irrumpe Sto. Tomás de Aquino proponiendo como líder filosófico al pagano Aristóteles.

Esta libertad también comprendía a los estudiantes que eran como una clase diferenciada con sus derechos y sus jueces.

Los estudios eran generales, pero los centrales eran de orden teológico y filosófico, lo cual se explica si se recuerda que en ese tiempo la principal preocupación humana era Dios, al cual se quería conocer por la Revelación y por la Razón.

Sin embargo hay que remarcar la subordinación de la Filosofía a la Teología, de quien se decía que era la *ancillae teologie* y en cuanto a la Política, se impuso el texto de Aristóteles, que se estudiaba no como una materia aparte, sino como un problema filosófico más.

Esto último implicaba que los resultados del estudio político, como el de cualquier otro del mismo tipo, daban únicamente respuestas abstractas, generales, universales y necesarias.

La Teología se dedicaba, como se dijo, al estudio de Dios, con el auxilio de la Revelación obtenida a través de la lectura y análisis del Antiguo y Nuevo Testamento y la Doctrina de la Iglesia.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales-UNBA. Fundador de la Escuela de Ciencias Políticas-UCA.

La nueva Revolución la plantea Descartes cuando independiza a la Filosofía de la Teología, creando la posibilidad de contradicción entre una aseveración filosófica y otra teológica.

En líneas generales se produce una decadencia de ambos saberes, por la simple razón de que cambia la cosmovisión, y ahora el centro de preocupación deja de ser Dios para irse transfiriendo gradualmente hacia el Hombre y la Naturaleza.

De todas maneras, al decaer el saber y la investigación filosóficas, la Política casi desaparece, con la gran excepción de la época moderna donde una serie de autores, Locke, Voltaire, Diderot, Rousseau, y tantos otros, provocan inquietudes y entusiasmos que culminan en la llegada de la burguesía al poder con motivo de la Revolución Francesa.

Y después de eso, nada; es más, se escribe sobre la decadencia de la Política, que comienza a reaparecer casi al fin del siglo XIX a través de una inofensiva versión juridicista, permitida por su inocuidad, por el sistema.

2 . La enseñanza de la Filosofía hoy en Ciencias Políticas

Pero este juridicismo, que pretende que toda la Política se agota en el estudio de la Constitución, salvaguarda deificada de lo derechos humanos fundamentales, y, además, en que la ley escrita puede modificar una realidad, cualquiera sea, entra en sucesivos colapsos, por ejemplo, con la llegada al poder de Hitler, elegido durante la vigencia de la adorada Constitución de Weimar.

Además, había ocurrido que el silencio y el desprestigio que se habían esparcido sobre la persona de Maquiavelo (siglo XV) comienzan a superarse a través de los neo-maquiavelistas, que como el florentino, reclaman para las Ciencias Políticas el papel exclusivo de develadoras de la realidad (*la realitá effetuale*), tal como es, no como uno quiere que sea.

Más todavía, tratan de probar que esa realidad política está regida por leyes de cumplimiento necesario, reconocibles con el estudio de grandes trazos del pasado.

A este desarrollo ayuda el aporte del positivismo comtiano que afirma que sólo es Ciencia lo que es mensurable y cuantificable, razón por la cual la verdad científica se obtiene del descubrimiento de las leyes que regulan el objeto de conocimiento.

Sin embargo, el progreso de esta tesis que pretende agotar la Política en la observación de la realidad, se frena por la identidad pretendidamente ideológica de alguno de los neo-maquiavélicos, Mos-

ca, Pareto, Michels, afines al fascismo y al nazismo y, por lo tanto, detractores del régimen liberal-burgués.

Guido di Ruggiero, en 1930, afirmaba que únicamente era válida la democracia en tanto y en cuanto estuviera vinculada con el régimen inventado por los propulsores de la Revolución Francesa.

Pero después de la Segunda Guerra Mundial, la nueva respuesta al contenido de lo Político, de carácter juridicista, iniciada en la Universidad de Chicago en los años 20 del siglo pasado, tiene un desarrollo explosivo y entusiasta.

Se cree que, finalmente, después de observar la realidad política e indagarla a fondo, se pueden descubrir leyes de cumplimiento necesario igual a las de las Ciencias Físico-Matemáticas, incorporando el principio de certidumbre (2+2=4).

Este "descubrimiento" insertaría, ahora sí, en el ámbito científico riguroso el saber político.

En consecuencia, todo lo que fuera conocimiento político referido a cuestiones filosóficas y de valores, ni qué decir de los jurídicos, quedó absolutamente desprestigiado y sus cultores tratados despectivamente como metafísicos, habitantes resucitados de la Edad de Piedra.

Las Universidades, en general, borraron de sus programas el tema político, aún de las Facultades de Derecho (¿?) que agotaban todo en el estudio del Derecho Constitucional, en el mejor de los casos.

Nacen entonces las Facultades de Ciencias Políticas, donde las Matemáticas (¡!) ocupan un papel muchas veces decisivo, o los métodos de indagación para establecer las opiniones generales (las encuestas y los encuestadores) que ahora culminan con estruendosos fracasos, unos detrás de otros y en todo el mundo.

Para colmo, en el mundo científico modificado con modernísimos aportes, se habla de establecer en las Ciencias "Exactas" el principio de incertidumbre (2+2=4).

Las Ciencias Políticas entran en una nueva crisis, sin dar ninguna respuesta más que las tradicionales, sobre todo encuestas, y aunque su aversión sobre lo filosófico-político se cambia por una admisión reservada, todo sigue casi igual ya que este último contenido no es receptado sino por muy pocas Escuelas.

3. La verdadera posición frente al problema epistemológico-político

Cualquier objeto de conocimiento puede ser conocido desde distintos enfoques, todos ellos válidos aunque con diferentes consecuencias.

Un caballo, por ejemplo, puede ser identificado por su pelaje, por su altura, su dentadura, tanto que finalmente se le da un nombre propio, y ese conocimiento se efectúa utilizando la razón, para procesar la información de los sentidos, ya que se lo puede ver, oír, tocar, oler y aun gustar. Finalmente, hay casos en que esta identificación se traduce en fotografías.

Pero si por primera vez alguien se encontrara con un caballo sin haber nunca visto al animal, ni haber tenido jamás noticias de él, su inteligencia humana, que es el instrumento que él tiene para conocer las cosas, se pondría en actividad para definirlo, buscando otros ejemplares existentes.

Inmediatamente notaría las características esenciales comunes, cuatro patas, etcétera y luego de comprobar las coincidencias esenciales daría nombre al ser.

En el caso del Estado, notaría que existirían hombres viviendo bajo un cierto orden sobre un perímetro térreo que se unieron siguiendo una tendencia natural con el fin de lograr un bien que cada uno de ellos solos no podrían obtener.

Además, si existiera un orden se supondría que habría una autoridad cuyas decisiones serían respetadas por las comunidades internas y externas.

Es decir, de ahora en adelante cuando se dieran estas características esenciales, últimas, podría denominarlas Estado sin importar si están compuestas por negros, amarillos o blancos, de mayor o menor nivel cultural.

Pero también esa comunidad puede ser conocida con sus características propias: quién las gobierna, qué objetivos se propone la clase dirigente, tanto en el orden interno como externo, cuál es su política cultural, religiosa... pero teniendo en cuenta que todas valen para el momento, que no son permanentes y que pueden cambiar siguiendo distintos ritmos.

La conclusión es que son dos conocimientos distintos sobre el mismo objeto, el Estado: uno, que hace a su esencia, de carácter permanente, que da como resultado juicios analíticos que no admiten contradicción, generales, universales, necesarios, abstractos, donde radican los valores; y otro, que hace a la existencia del Estado, con sus rasgos cambiantes, singulares, contingentes y concretos.

Pero reiteremos: ambos conocimientos son imprescindibles y de ninguna manera se excluyen sino que se complementan.

4. El aporte de la Filosofía general a la Política

Para valorarlo no se debe olvidar que la misión de la Política es formar hombres con vocación legítima de poder, destinados a conducir la Comunidad hacia su bien, lo cual la transforma en la disciplina más importante del cuadro general del saber práctico, o sea, en disciplina arquitectónica, que subordina a todas las ciencias prácticas y artes operativas.

Esa conducción es de hombres, tanto de los que obedecen como de los mandan, razón por la cual si dividimos a la Filosofía en Lógica, Especulativa y Práctica, y esta última se subdivide a su vez en Filosofía del Arte y Ética y recordamos que estudia los actos humanos clasificándolos en individuales o monásticos, domésticos y políticos, es más que obvio que la enseñanza filosófica debe dedicarse preferentemente al ámbito político de la Ética.

Además, tratándose de hombres, es imprescindible conocer su esencia, tanto como el carpintero que tiene que saber cuál es la estructura de cada madera que trabaja (su resistencia, sus vetas, etc).

Los problemas esenciales del ser humano son estudiados por la Antropología Filosófica, trabajada, entre otros, por Max Scheller, cuando reduce sus problemas últimos a su origen metafísico, al sentido de la vida y de la muerte, al del dolor y la vejez, con lo cual esta disciplina se convierte en imprescindible.

De la Filosofía, en general, se debiera dar una noción clara y sencilla de la Lógica, para que se use correctamente el instrumento del conocer que es la inteligencia o razón, y de la Metafísica, lo suficiente para aprender la metodología causal.

El problema se suscita cuando hay que decidir quién va a enseñar sencillamente los rudimentos filosóficos con cierta intensificación en temas que luego, a lo largo del tiempo, van a ser profundizados por una Filosofía, esta vez sí, puramente POLÍTICA.

Lo deseable sería que fuera un Licenciado o Doctor en Ciencias Políticas, corriéndose el peligro de que, sin querer, se tentara en convertirse en filósofo; o el otro peligro, cuando se contrata a un filósofo que también, sin quererlo, enseñe temas políticos.

De allí se llega a la conclusión de que las disciplinas auxiliares no pueden ser dictadas de la misma e igual manera que para todas las otras carreras. En Agrarias, por ejemplo, se intensificará la Filosofía de la Naturaleza y en Ingeniería, la de las Matemáticas (el número y la cantidad) igual que en Economía, en las llamadas Humanidades, la del Arte.

Lo que no se puede prescindir es dar una sencilla visión cosmovisional, con los aportes de Dilthey, simplificados con una claridad envidiable por Giorgio La Pira, porque es la forma de que los vocacionales tomen conciencia acerca del mundo en que viven, sobre todo a partir de la sorprendente y creciente unificación del mundo.

5. La enseñanza de la Teología hoy en Ciencias Políticas

Por cierto que éste no es un tema que se enseñe en la Universidad, en general, sino preferentemente en las Católicas, pero es de importancia capital porque de una forma u otra está vigente en la naturaleza humana.

Nadie puede negar que el hombre es un ser absolutizador, es decir, que su acción se mueve, muchas veces, detrás de falsos mitos por los cuales hasta daría su vida.

Lo único absoluto es Dios pero en los tiempos que vivimos; Éste es reemplazado por el afán de poder por el poder mismo, no como servicio, o por el dinero, el sexo, el amor exclusivamente humano, el juego, y, en el fondo, creaciones del hombre mismo, de mayor o menor calidad cultural, a través de la divinización de determinados seres humanos, de símbolos, de diversas expresiones artísticas, de la Ciencia.

Pero ya dijimos que si el político es un conductor de hombres, que ama el poder, es imprescindible que descifre su concepto ético acerca del hombre, incluyéndose por supuesto él mismo, y los que lo acompañan ¿es bueno, malo, o una mezcla de ambas condiciones, con diferentes manifestaciones muchas veces imposible de prever ?

Este juicio es de importancia capital porque envuelve los problemas de la amistad política, de la traición, de las trampas que pueden esconder las alianzas y de la limitada confianza que los que conducen deben tener sobre sus secuaces.

Además, y esto muy serio, no hay que olvidar la posible desilusión de las masas mayoritarias acerca de la capacidad y honestidad de sus jefes a quienes en muchas es oportunidades han divinizado, lo que puede generar consecuencias gravísimas.

Por esta razón, es esencial saber a quienés se conducen y con quiénes se comparte el poder.

La Teología contesta esta pregunta cuando describe el pecado original.

Dios crea al hombre y a la mujer y los coloca en el Paraíso, donde desarrollan una vida libre y feliz, sin frío ni calor, ni enfermedad ni muerte, ni dolor ni vejez, y todo el derredor, animal o vegetal, favore-

ciendo su existencia. Poseen dones naturales, sobrenaturales y preternaturales.

La única condición que les impone el Creador es no comer la fruta del árbol del bien y del mal, apareciendo entonces la figura del maligno que, disfrazado de serpiente, los tienta, engañándolos, no con la atracción de la carne, sino con la peor de las tentaciones, la soberbia, al mentirles diciéndoles que si lo hacen serán como dioses.

La misma que utilizará con Jesús luego de su ayuno al ofrecerle todos los reinos del mundo, si lo adora.

Adán y Eva no resisten la tentación de poder ser dioses y Dios los castiga echándolos del Paraíso, pero, a la vez, tiene la misericordia de prometerles un Salvador.

Todo esto contado con una sencillez tal, como para que todos lo entendieran, haciendo fácil su lectura a los que lo leyeran sin distinción de clases ni de rango cultural.

La vida, entonces, tiene un cambio radical porque perderán para siempre los dones preternaturales, apareciendo, entonces, el dolor, la muerte y una naturaleza que ahora se vuelve esquiva y casi enemiga.

En definitiva, la nueva naturaleza humana incluye el sufrimiento y los hombres dejan de amar a los demás como a sí mismos, aparece un egoísmo que limita su amor apenas a su familia, con excepciones que muchas veces son permanentes.

Mussolini en su discurso en la Universidad de Padua, cuando lo hicieron Doctor *Honoris Causa*, reafirma este concepto al afirmar que el egoísmo humano se prueba con la dedicación completa de su amor, a sí mismo, y a su familia, que no paga impuestos, no quiere hacer la guerra, ni comprometerse en tareas comunitarias, confirmando la opinión de Hobbes que dice que el hombre es *homini lupus*.

Traducida teológicamente, esta línea no cree en el valor salvífico de la Cruz, razón por la cual el hombre es radicalmente perverso.

Pero también hay que recordar otros autores como Rousseau que aseguran que el ser humano es bueno y que sus transgresiones, de cualquier gravedad, se deben al haberse establecido las comunidades obligatorias, quitando toda libertad al hombre. Para él no hubo pecado original.

Incluso Marx cree que el ser humano es bueno y que sus inconductas de todo tipo son producto del sistema de dominación capitalista-burgués, y que recuperará su inocencia cuando se de a cada uno según sus necesidades.

La realidad nos enseña que todos los hombres pueden ser capaces de las mayores atrocidades, pero hay momentos que esta característica no excluye actitudes de generosidad y niveles de comportamiento elogiosos (los Santos y otros no proclamados).

La venida del Salvador, con su sacrificio en la Cruz hace más de 2000 años restaura la posibilidad de la Felicidad, pero agrega un elemento clave que condiciona esa Felicidad a un acto humano previo, consistente en que ha de ser el propio hombre el que elija su destino usando su libertad para optar entre el bien y el mal.

Además, el hombre post-paraíso quedó marcado para siempre con el pecado original que no lo libra de la tentación, la cual sólo superará mediante el acto voluntario de someterse a la voluntad de Dios ayudado por la Gracia divina.

Ahora llega el momento de remarcar que si bien la vocación política, que se manifiesta con un profundo amor al poder, es la más importante porque supone dirigir a toda una comunidad hacia el bien común, su desborde de esta actitud de servicio puede traer las peores atrocidades.

De por sí el amor al mando significa dedicar todo el tiempo a fortalecer ese poder, ante lo cual no hay días ni noches, se posterga la familia e implica una renuncia real a las comodidades mínimas.

Giorgio La Pira cuando fue Alcalde de Florencia, donde realizó una labor formidable, trabajaba jornadas agotadoras, comía lo mínimo, dormía en el Hospital Municipal y renunció a constituir una familia. Murió en la mayor de las pobrezas.

Los grandes políticos cristianos, San Luis Rey de Francia, San Enrique Emperador de Alemania, San Fernando Rey de España, y la propia Juana de Arco quemada en la hoguera, consiguen su santidad cumpliendo a rajatabla con su vocación de mando al servicio de la comunidad.

Pero como ya se dijo, el amor desenfrenado al poder lleva a muchos a cometer actos incalificables, desde la traición, la mentira, la infidelidad, hasta el asesinato de niños tal como lo describe magistralmente Shakespeare en *Ricardo III*, y también en *Macbeth*, o Maquiavelo, cuando cuenta cómo César Borgia, a quien admiraba, invita a todos sus enemigos para hacer la paz y cuando están comiendo juntos los hace asesinar en Sinigaglia.

Es que si las acciones políticas no están ancladas en principios éticos sólidos, fundados en valores eternos, la degeneración de esta vocación, la más noble, lleva a los peores desastres.

Por eso, se repite, que la tentación del poder producto de una soberbia sin límites obliga en Ciencias Políticas a tratar estos temas teológicos.

Lo curioso es advertir cómo algunos pensadores políticos, tomando en cuenta la naturaleza humana, trasladan conceptos teológicos básicos a fórmulas políticas.

Volvamos a Marx cuando releva de responsabilidad ética al hombre y explica que la mentira, el robo, el adulterio, el asesinato, el abandono de la familia, son producto exclusivo del sistema capitalista y clasista, y de la existencia de poder y autoridad en todos los ámbitos individuales, familiares y comunitarios en general.

Pronostica que la Historia comenzará cuando se eche del poder a los capitalistas y se inicie la Dictadura del Proletariado, para terminar con los focos de resistencia burgueses, seguirá con "dar a cada uno según su trabajo", lo que se considera injusto pensando en las mujeres y los niños, pero culminará con el "Dar a cada uno según sus necesidades".

Esto último significa la liberación total del hombre del trabajo obligatorio que será reemplazado por lo que cada uno quiera hacer, lo que no excluye que se pueda dedicar a "cazar a la mañana y pescar a la tarde".

Es decir, en esta última etapa, el hombre tendrá una libertad jamás soñada porque el poder y la autoridad desaparecerán. Además, se derrotará a la muerte, al dolor y la vejez.

Todo esto será producto de la acción del Proletariado liberador, exento de la explotación y a su vez, en un momento, víctima de la misma durante siglos.

Desaparecerá la envidia, la competencia y toda clase de rivalidad y el delito, cuando ocurriera, no se castigará en las cárceles, que no existirán, sino en hospitales, porque en ese período final, sólo un enfermo podría cometer actividades contra el ser humano.

Si ponemos atención a lo escrito reconoceremos que la Historia, hasta ahora, se desarrolla en el "Valle de Lágrimas", donde estamos "gimiendo y llorando" y donde aparece el Salvador, personificado por el Proletariado, objeto de la explotación pero que cumplirá su destino de liberarnos.

Él nos llevará al Paraíso que no está al comienzo de la Historia, como sostenía Rousseau, sino justamente en su culminación.

Se derrotará a la muerte y al dolor, también a la vejez, será un lugar de paz, donde cada uno tendrá resuelta la totalidad de sus necesidades sin trabajar, porque podrá pedir todo lo que requiera.

La lectura del texto marxista parece demostrar, en una rápida y primera lectura, la total utopía de la posición, sin embargo, a la luz de lo que acontece en nuestros días con motivo de la Revolución Tecnotrónica, que crea, entre otras manifestaciones cada vez más asombro-

sas, a los Robots, que modifican por primera vez en la historia las formas de trabajo de los seres humanos que prácticamente no usan la fuerza muscular humana ni la de las bestias domesticadas sino la de su inteligencia; todo parece haber cambiado, sobre todo en los centros más adelantados.

Además, es obvio que la expectativa de vida se ha acrecentado y sigue aumentando, que las técnicas médicas aumentan las posibilidades de un vivir no sólo prolongado sino en buenas condiciones físicas y síquicas.

Además, el Mundo se ha achicado y sigue haciéndolo, y que el traslado de personas, cosas, ideas y figuras, se perfecciona y aumenta. Nuestros sentidos oyen y ven acontecimientos que suceden a decenas de miles de kilómetros, con lo cual la supresión de los Estados Nacionales tal como lo predicaba Marx para llegar a un Mundo Uno se hacen posibles.

El único error de Marx es ignorar el pecado original, afirmando que el hombre es esencialmente bueno y que, liberado de la dictadura burguesa y dejado en plena libertad, operará con una inocencia angelical que hará plenamente feliz a la Humanidad para siempre.

El otro autor mucho más moderno que descubre la relación entre Teología y Política es Carl Schmit, a partir del texto denso de un autor español del siglo XIX, Donoso Cortez.

En base a sus estudios, afirma que la creencia que cada uno tenga acerca de Dios determinará su definición política.

Así el Teísta, o sea, el que cree en lo que la Revelación indica sobre un Dios Todopoderoso, Creador de Cielo y Tierra, que interviene y está presente en todos lados, y que incluso interrumpe cuando lo juzga necesario la Ley Natural, será favorable al Gobierno Absoluto.

El Deísta, en cambio, que no deja de creer en Dios, pero que lo reduce al papel sólo de Creador y nada más, se manifestará como un propulsor del Gobierno Constitucional.

El Panteísta que reduce a Dios a la Naturaleza es el típico sostenedor de la Democracia, donde el poder se confunde con el del pueblo sin diferenciaciones.

El Antiteísta, que niega a Dios, se expresa políticamente a través del Anarquismo, que detesta y proclama la destrucción del poder donde esté.

No obstante su singularidad, estas afirmaciones no son verdaderas y la comprobación de su falsedad se logra con sólo buscar ejemplos comunes.

6. Conclusiones

Lo que se ha intentado hacer es que se comprenda que la enseñanza de estas disciplinas es fundamental en todas las carreras y en todas las Universidades, porque hacen a la complementación de una formación cultural simplemente básica, que al menos plantea problemas que cada uno luego resolverá.

Segundo, para que se preste un auténtico servicio es ineludible que Teología y Filosofía, como Introducciones, muestren el panorama básico, que supone, entre otras cosas, conocer un vocabulario nuevo, pero comenzando a insistir en temas que luego se desarrollarán cuando los traten Teología y Filosofía propiamente Políticas.

Tercero, esta advertencia vale para el resto de las carreras, tal como se explicó antes.

IN MEMORIAM

JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT
10-12-01

Prudentia Iuris hace un alto en esta página para rendir merecido homenaje a una personalidad descollante, que –lo hemos dicho y repetido– fue uno de los grandes de nuestro derecho del trabajo y de la seguridad social. Estuvo estrechamente vinculado a la UCA desde que se creara y honró sus claustros y publicaciones con enseñanzas ejemplares.

Junto al maestro Juan D. Pozzo integró la cátedra inaugural de la materia en nuestra Facultad y, últimamente, venía ejerciendo su alta docencia en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Aparte del saber que transmitiera personalmente, desde 1987 educó a incontables alumnos de todo el ámbito universitario a través de su difundida y didáctica obra *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, que actualizó y enriqueció en sucesivas ediciones.

No es éste el lugar apropiado para esbozar ni siquiera el índice de su multifacético quehacer, cuya intensidad mantuvo, superando dificultades y males físicos, hasta que el Señor lo llamó a su seno; pero ello no quita que, a título de homenaje, anotemos ahora simplemente algunos aspectos destacados de su infatigable accionar. Siempre junto a Pozzo, fundó la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la cual fue presidente en varios ejercicios; formó parte de otras entidades y academias científicas nacionales e internacionales; alcanzó las mayores jerarquías de la cátedra en la Facultad de Derecho de la UBA y en la Universidad del Salvador; tuvo participación destacada en múltiples congresos y conferencias celebrados aquí y en el extranjero; fue profesor del Colegio Militar de la Nación y un fecundo autor de libros, artículos y notas, de consulta obligatoria para el especialista, como es el caso, por ejemplo, de sus estudios sobre el trabajo de mujeres y de menores y, más recientemente, sobre la discriminación.

Si salimos de la órbita jurídica y docente, cabe apuntar que actuó, de joven y ya maduro, en el poder judicial, donde se desempeñó como Asesor de Menores de la Cámara Civil de la Capital Federal e integró la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en el campo político, más de una vez se lo llamó a desempeñarse como asesor ministerial y llegó a ocupar el Ministerio de Defensa.

En tan disímiles actividades sobresalió por su capacidad e integridad y se hizo acreedor de un bien ganado respeto. Pero por encima de todo ello, fue un hombre creyente y recto, que prodigó su amistad y bonhomía, dejando un imborrable recuerdo.

Con estas líneas la Revista quiere rendir un sentido y merecido homenaje a tan fecundo tránsito terreno.

HUGO R. CARCAVALLO

DESPEDIDA DE MARIO H. PENA
Jardín de Paz, 30-05-02

Abrumado por una profunda congoja vengo en representación de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y arrogándome la de los amigos de Mario Pena a despedir sus restos mortales.

En esta hora triste de esta luminosa mañana otoñal, acuden en tropel a mi memoria los recuerdos de un sinnúmero de vivencias y acontecimientos que por insondable designio de la Providencia, me tocó compartir con Mario Pena a lo largo de medio siglo.

Quedará viva en nuestra memoria su personalidad jovial, chispeante, vivaz; su carácter alegre, inquieto, dinámico, al extremo que a veces se tornaba inasible; su exquisita sensibilidad que lo hacía vibrar al compás de los gozos y los sufrimientos de propios y extraños; su penetrante inteligencia que captaba con asombrosa velocidad el meollo de los problemas y los resolvía con no menor rapidez y sin alardes. Sus sentencias judiciales eran un espejo de su agudeza mental, un modelo de síntesis, decían lo necesario y sólo lo necesario lo superfluo no tenía cabida en ellas.

Flamante abogado comenzó una exitosa carrera judicial que culminó ocupando un sitial de juez en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Hace muy poco me tocó despedir a otro distinguido magistrado que junto con el doctor Pena fueron mis mentores en la Sala segunda de ese prestigioso tribunal. Ambos han emprendido el viaje definitivo sin que yo pudiera saldar la enorme deuda de gratitud que contraje con ellos cuando me brindaron generosamente su ciencia y experiencia, para iluminar mis primeros pasos en ese tramo de mi carrera judicial.

Creo no equivocarme si afirmo que el ámbito donde el Dr. Pena desplegó a pleno su rica personalidad fue en las aulas universitarias. Allí cosechó lauros sobresalientes, allí fue reconocido y admirado por

legiones de discípulos esparcidos por doquier, allí se ganó en buena ley el respeto y consideración de sus pares. Su preclara inteligencia, el profundo conocimiento del derecho penal cuyo aprendizaje comenzó de la mano del maestro Francisco Laplaza y el diestro manejo de recursos pedagógicos para trasmitir lo mucho que sabía, se conjugaban para que sus clases, dictadas en un clima ameno y distendido, dieran óptimos frutos. Poco antes de morir, Mario Pena, fiel a su vocación docente, seguía profesando en las aulas de la Universidad Católica Argentina.

El recuerdo de Mario Pena en esta postrera despedida quedaría mutilado si omitiera decir que fue un hombre de fe, de una profunda espiritualidad. En el aula y en el foro, en el seno de su familia o en las tertulias de amigos, en los lugares menos pensados daba testimonio de sus firmes convicciones religiosas. Me parece oírlo en un acuerdo de la Cámara del Crimen recordando la misión del cristiano: ser sal de la tierra y luz del mundo. Asumió con obras y de verdad la sentencia evangélica: "no acumuléis tesoros en la tierra donde hay polilla y herrumbre que corroen y ladrones que socavan y roban. Amontonad más bien tesoros en el cielo ... porque donde está tu tesoro, allí estará también tu corazón."

Despedir a un marido, a un padre, a un abuelo, a un amigo, a un maestro de esta hechura, lastima los pliegues más íntimos del alma. Sin embargo, porque compartimos su fe, no tenemos duda –y ello debe consolarnos– que Mario, flanqueado por un coro de ángeles, ha ingresado ya en la Casa del Padre Eterno.

LUCAS LENNON

GUILLERMO BORDA
1914-2002

Guillermo Borda fue un profundo renovador de nuestro mundo jurídico. Su afán por la verdad al servicio de lo justo insufló su trabajo de juez, tratadista, funcionario, legislador y docente.

Como estudioso y escritor ha servido al crecimiento y difusión de la disciplina jurídica, a la formación de los abogados y la claridad de nuestras exposiciones; puede pues afirmarse que su método y modo de escribir han influido profundamente en el estilo argentino de exposiciones, sentencias y escritos forenses. Sus numerosos artículos, el Tratado y los respectivos manuales logran, gracias a la llaneza y elegancia del lenguaje, la presentación directa y comprensible de las más arduas cuestiones. Han sido y son insustituibles auxiliares en el ejercicio de la abogacía, la enseñanza y la judicatura. Formado en la catedra de Salvat, descolló de inmediato dentro de una generación brillante. Durante sus más de sesenta años de vida activa interactuó con camaradería y vínculos intelectuales y amistosos con los más relevantes juristas; Llambías, Arauz Castex, Bustamante Alsina, Alsina Atienza, Bidau, Morello, Martinez Ruiz, Lopez Olaciregui, Spota, Fleitas, entre otros...

Integró el núcleo fundador de nuestra Facultad de Derecho donde fue titular de derecho civil, parte general, entre 1959 y 1976, y luego profesor emérito, como una etapa más de su infatigable vocación docente, iniciada antes en la Universidad de Buenos Aires y continuada también en la de El Salvador. Como profesor transmitía con energía y entusiasmo su amor por el derecho, y dentro del mismo por las soluciones a la vez justas, claras, y ejemplares. Recuerdo una frase que, siendo su alumno, me impresionó: "como Juez busco principalmente la justicia del caso y luego las razones jurídicas para sostener esa razón que primero percibo". Ejerció todas las etapas de la magistratura, incluido un breve pero fecundo paso por la Corte Suprema, caracterizándose por esa búsqueda creativa de lo justo concreto, mas allá de la satisfacción de posturas doctrinarias

Como Legislador confirmó esta actitud en lo que constituyó una de las más profundas renovaciones de nuestras instituciones, a través de la reforma del Código Civil donde se destaca la incorporación de la corrección de los desequilibrios en las contraprestaciones, la teoría de la lesión y la imprevisión como formas de abuso del derecho, la función social en el ejercicio del derecho de propiedad. También bajo su influencia se hicieron numerosas reformas y creaciones normativas, las leyes del nombre, de seguros (ley 17.418), el Código Procesal Civil y Comercial (ley 17.454), el Código Aeronaútico (ley17.285), la finalización de la larguísima emergencia de las locaciones urbanas y los arrendamientos rurales, las normas sobre registro nacional de las personas, la reglamentación de los establecimientos federales en territorios de provincia (ley 18.310, antecedente del actual art. 75, inc. 30 de la Constitución).

Fue Ministro del Interior, en una etapa de Gobierno de facto, pero que se caracterizó por las libertades civiles y la inexistencia de estado de sitio. En esa etapa Interior era un superministerio, pues además de lo propio del gobierno, o sea su competencia clásica, concentraba Correos y Telecomunicaciones, Educación y Justicia. De ahí que pasaran por sus manos importantes reformas y grandes contratos –conciliación de graves conflictos en materia petrolera, el gran cambio tecnológico que significó la modernizacion del entonces obsoleto sistema telefónico y la instalación de la primera estación terrena de comunicación satelital en Balcarce– y todo esto sin que la más mínima sombra recayera sobre su gestión y la de sus secretarios de estado. Durante su desempeño rigieron seis regiones para mejorar la administración del país, cuestión hoy mirada como una posible respuesta a los problemas de ineficiencia de gestión y duplicación del gasto público .

Finalmente, en los últimos treinta y tres años se ciñó a la vida académica y las labores del abogado, con sus hijos y amigos, trabajando hasta muy avanzada edad. Fue en lo personal un convencido cristiano y cultivo las virtudes hogareñas de modo ejemplar. En definitiva, con su afán de justicia, su profunda formación humanística y espiritual, adhesión profunda a las reglas de ética y lealtad para con sus colegas ha de quedar como un paradigma de jurista, líder en su especialidad y una de las figuras argentinas remarcables del siglo XX, al que perteneció plenamente.

ROBERTO PUNTE

RECENSIONES

POTERE ED ELITES POLITICHE. SAGGI SULLE TEORIE. Stoppino, Mario, Milán, Giuffre Editore, pág. 281, 2000

Se trata de una obra interesantísima, que en un solo volumen nos brinda una visión panorámica del poder a partir de una reflexión sobre algunos de los autores más prestigiosos de la teoría política moderna. Su autor, el italiano Mario Stoppino, ha elaborado una teoría original acerca del poder y su relación con las minorías, arribando al concepto de "poder garantido", tema muy importante que hace referencia a la necesaria convivencia del poder con las diferentes elites que conviven junto al poder político en las democracias de hoy. Otras obras de este autor que se mantienen dentro del mismo vértice de interés son *Potere e Stato* (1968), *Le forme del potere* (1974), *Il processo político* (1982), *Potere Sociale e azione política* (1993), *Che cos'é la política* (1994), *Potere e teoria política* (terza ed. Ampliata, 2000). Son muy interesantes sus estudios sobre la descentralización comunal, la participación política, el rol de los símbolos políticos y tampoco ha dejado de trabajar el tema de los conflictos sociales y políticos que aparecen en las sociedades actuales. Ha sido presidente de la Sociedad Italiana de Ciencia Política, fundador del Centro interuniversitario del Análisis del Símbolo y de las Instituciones Políticas (CASIP), ha fundado y dirige la revista *Quaderni di scienza política*. Además, desde hace más de treinta años, se desempeña como profesor de Ciencia Política en la Facultad de Ciencia Política de la Universidad de Pavia.

Ya presentado nuestro interlocutor, entremos de lleno en sus reflexiones. Este ensayo está dividido en dos partes, la primera dedicada al concepto del poder dentro de la teoría general de la política. En ella no sólo el autor nos refresca los aportes más importantes sobre estos temas de acuerdo a autores tales como Bertrand de Jouvenel o Harold Laswell, sino que además aporta un interesante panorama del devenir de los estudios políticos en la Península.

Al circunscribir el campo de la política al poder, aparecen en la sistematización del mismo otros temas que hoy y a la luz de nuestra circunstancias aparecen de una actualidad que, a juicio nuestro, parece perenne. De suyo, la vinculación de la política con el poder nos dirige hacia el estudio de las elites, o clases dirigentes, tema en el que han descollado autores tales como Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto, que son tratados en el texto, y más moder-

namente Charles Wright Mills y Harold Laswell, presentan una especie de reinterpretación de estos autores meridionales a los efectos de compatibilizar el modelo con la democracia. Para Gaetano Mosca, especialmente en las obras de su madurez, aparece una especie de conexión esencial entre la democracia y las elites, tema que aparecería más modernamente con la escuela de Chicago en los años 20, dirigida por Charles Merriam, y más cercano a nuestro tiempo un alumno suyo, Harold Laswell, volvería a poner el debate sobre el tapete.

El texto aporta tres estudios principales sobre el tema: el primero, directamente surgido de la escuela italiana, considera completamente imposible la posibilidad de conciliar elitismo y democracia, tanto en el plano político como en el de la praxis política; el segundo analiza justamente el aporte de la escuela de Chicago y especialmente se refiere a la obra de Harold Laswell y su vinculación con las teorías de Pareto; y finalmente la tercera, intenta una nueva versión de la teoría elitista de la democracia, relacionando las teorías elitistas con la democracia; especialmente dentro del ambiente académico de Italia, en donde figuras tales como Guido Dorso y Filipo Burzio han tomado la posta de este nuevo camino de investigación. Se encuentra en estos autores una importante influencia de las teorías de Joseph Schumpeter, economista y teórico político austríaco, quien le ha dado forma definitiva a la actual consideración de la democracia, dentro de lo que se llama la teoría competitiva, como sólo un método y no una forma de vida, desde este punto de vista la democracia es definida como el instrumento institucional para adoptar decisiones, en base al cual algunos individuos obtienen el poder de decidir en nombre de la comunidad a través de una competencia en aras de obtener el favor popular. Dentro de esta concepción, existe una modificación de las teorías tradicionales, en tanto que se habla de una pluralidad de elites políticas, de una pluralidad de minorías en concurrencia que compiten por la obtención del poder. Esta teoría de la democracia puede ser rebatida en nombre del pluralismo, teoría fundamental de CW Mills.

La obra en cuestión presenta una muy inquietante compatibilización de las elites con la democracia y deja abierto el camino para una nueva vía de reflexión científica que, especialmente en los países de América Latina, no ha sido aún trabajada a la luz de los acontecimientos de las últimas décadas. Stoppino tira el guante para que sobre éste reflexione algún joven intelectual italiano, sería interesante que sea tomado por alguno de nosotros a la luz de poder entender más cabalmente lo que ha sucedido, y para poder extraer de las experiencias pasadas alguna enseñanza. No podemos dejar de mencionar que Stoppino nos presenta en este volumen una visión profunda del poder y de la elites dentro de la teoría política y más aún dentro de la dinámica de las democracias de grandes dimensiones en las que hoy nos ha tocado vivir.

PATRICIA ONGANÍA

CONTRATOS CIVILES - COMERCIALES DE CONSUMO. TEORÍA GENERAL. Atilio A. Alterini.

El autor de la obra que comentamos, Atilio A. Alterini, es Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Profesor titular de Obligaciones y Contratos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha Universidad, miembro del Consejo Directivo y actual Decano de la misma y ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal.

El libro comienza con un capítulo dedicado al concepto de contrato, sus orígenes y los caracteres. Posteriormente, se realiza una descripción de las relaciones existentes entre el contrato, la ética y la economía. En el capítulo tercero, el autor efectúa una descripción acerca de las normas regulatorias del contrato, la autonomía de la voluntad, sus desvíos y las facultades jurisdiccionales para corregirlos.

En el capítulo V, Alterini nos introduce en el interesante campo de la realidad negocial moderna y sus manifestaciones más importantes: los contratos de empresa, de consumo y de adhesión, entre otros.

Luego se refiere el autor al tema de la clasificación de los contratos. En el capítulo séptimo se aborda el tema de los presupuestos y circunstancias del contrato, su objeto y sus elementos, revistiendo particular interés el tratamiento del silencio que efectúa el autor.

En el capítulo VIII, Alterini se refiere a los elementos del contrato, definiendo sucesivamente las nociones de sujeto, objeto, forma y finalidad del contrato.

El consentimiento es el tema de estudio abordado por Alterini en el capítulo siguiente, destacándose el tratamiento brindado al tema de la oferta, sus formas y requisitos. Posteriormente, el autor nos ilustra sobre la formación del consentimiento en la realidad negocial moderna y la influencia de las nuevas tecnologías en la misma.

En los capítulos siguientes se aborda el tema de la representación y los negocios no representativos, la temática del antecontrato, la ineficacia e invalidez de los contratos y la influencia de los vicios de la voluntad sobre los mismos. Posteriormente, el destacado civilista nos introduce en el tema de los desequilibrios contractuales, que tanta vigencia adquieren hoy en día (Capítulo XIV).

El contrato claudicante, es definido por Alterini en el capítulo XV, como aquel cuya eficacia se encuentra sujeta a vicisitudes (seña penitencial, pacto de displicencia, etc.). En el capítulo siguiente, se aborda el tema de la interpretación e integración del contrato.

Especial interés reviste en la obra el capítulo referido a los efectos del contrato. Alterini considera tales a las consecuencias de índole jurídica del mismo.

Al llegar al capítulo XVIII, el autor nos brinda una noción sobre la modificación del contrato, la cual puede ser: A) voluntaria y B) impuesta. Esta parte de la obra reviste fundamental importancia frente al acontecer jurídico de hoy en día, caracterizado por la intervención del estado en los contratos entre particulares.

La incorporación de terceros, encuentra adecuado tratamiento en el capítulo siguiente.

En el capítulo XX el autor aborda la transmisión de la posición contractual, figura que como recuerda Alterini, no se encuentra regulada en nuestro Código Civil. Como bien dice, existe "un fenómeno unitario, producto de un negocio único, traslativo del complejo de las relaciones jurídicas que lo constituyen".

La prueba del contrato es abordada por el autor en sus aspectos teóricos en la primera parte del capítulo y en consideración a los documentos contractuales hábiles a tal fin, en la segunda.

En el capítulo XXII, el destacado civilista aborda el tema de la extinción del contrato, y los distintos modos que la misma puede revestir. Asi, Alterini efectúa una revisión de los conceptos jurídicos de rescisión, revocación, resolución, pacto comisorio, cláusula resolutoria, mora, *ius variandi*, culpa de las partes, la resolución por vía judicial, etcétera; conceptos todos ellos, cuya conceptualización y diferenciación, atento los sutiles matices que los distinguen, nunca es sobreabundante.

A continuación, el autor se interroga sobre la posible existencia de una etapa postcontractual, abarcativa de circunstancias posteriores a la extinción del contrato.

En el capítulo XXIV, titulado "Efectos propios de los contratos bilaterales y de los contratos onerosos" el autor se refiere a la mora, el incumplimiento, la caducidad de plazo, la cláusula resolutoria tácita, el saneamiento, la evicción y los vicios ocultos, referidos específicamente a estos contratos objeto del capítulo.

La obra concluye con un capítulo en el que Alterini aborda el tema del pago, "en tanto cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación", refiriéndose a los sujetos, el lugar de pago, objeto del pago, tiempo del pago y sus efectos, como asimismo el cumplimiento de las obligaciones según sus diversas categorías.

Para concluir, solo hemos de decir que nos encontramos con una obra completa, profunda, de rigor doctrinario y sobre todas las cosas: útil. Útil al magistrado, al legislador, al profesional, al profesor y al alumno.

ALEJANDRO P. MONTELEONE LANFRANCO

RÉGIMEN LEGAL DE LAS BASES DE DATOS Y HÁBEAS DATA, Alejandra Gils Carbó. editado en abril de 2001 por La Ley, 355 págs.

Cuando George Orwell escribió *1984*, posiblemente no imaginó cuántas veces la realidad superaría la ficción. Al igual que Leonardo, Miguel Ángel, Julio Verne o Ray Bradbury en su momento, se adelantó a los aconte-

cimientos, al pensar una sociedad en que los datos privados de las personas dejarían de revestir tal calidad.

Hoy, la tecnología supera diariamente los límites de nuestro conocimiento y su inexorable avance, transforma en obsoleto lo que ayer era de vanguardia. Esta realidad "informática" es aprovechada por diversos intereses, estatales y privados, que se sirven del entrecruzamiento de datos, de las bases de información, etcétera, para conseguir sus objetivos, avanzando sobre los derechos personales de los ciudadanos, utilizando esta información como si fuera pública, en suma, considerando a las personas como sujetos de algoritmos y estadísticas.

El desarrollo de los derechos de la personalidad ha sido y es una constante preocupación jurídica. Su mayor o menor protección efectiva corre según el signo de los tiempos, aunque su contenido sustancial, en definitiva, nunca se ha alejado del carril que mira a la dignidad personal como horizonte.

Uno de los tópicos que, por su constante dinamismo, pone a prueba esta relación de fuerzas, se da, como lo señala la autora en sus páginas iniciales, entre el derecho a la intimidad y a la privacidad –cuya protección constitucional deriva de lo normado por los artículos 18, 19 y 33, a los que se suman, con la reforma constitucional del año 1994, el artículo 43 y lo dispuesto en diversos tratados internacionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–; y el Derecho a dar y recibir información –también contemplado en la Constitución en sus artículos 14, 19, 32 y 43 (aunque en forma indirecta) y en los ya mencionados instrumentos internacionales con jerarquía constitucional–.

Esta tensión dio lugar en la doctrina a la reformulación de la noción tradicional de intimidad, al desarrollo de la protección de la identidad y en general de los derechos de la personalidad, surgiendo, entre otros avances, el concepto del "Derecho a la autodeterminación informativa".

La obra de la Dra. Gils Carbó trata esta problemática y a la respuesta que se ha intentado brindar, en el derecho interno, a partir de la sanción de la ley nro. 25.326 sobre protección de datos personales, reglamentaria de la norma constitucional.

El libro está dividido en cuatro partes que tratan, respectivamente, acerca de "El tratamiento de los datos personales" tanto en el orden local como en el internacional; "El régimen legal de las bases de datos", en que se analizan los principios que rigen su registración y qué tipos de archivos están contemplados en la ley 25326; "Los derechos de los titulares de los datos", dedicando en esta parte un amplio tratamiento no sólo al derecho al acceso y al control de la información que obra en una base de datos, sino también; a los diversos ámbitos de atribución de responsabilidad emergentes y "La acción judicial de hábeas data", su contenido, presupuestos de ejercicio y procedimiento. Finalmente, se agrega un apéndice con legislación.

Brinda al lector una visión completa de los temas y problemas doctrinales atinentes, con amplia información, de antecedentes históricos, legislativos, de orden interno y de derecho comparado, de organismos internacionales, sin omitir cuestiones de actualidad. Realiza, como lo destaca el prologuista, una acertada vinculación entre "...el derecho civil (o si se quiere el derecho privado patrimonial) y la Constitución... Con mayor razón en el caso cuando la regulación legislativa debe partir necesariamente del texto constitucional...". Acompañado todo ello de una cuidada selección de jurisprudencia de Tribunales nacionales y foráneos y, en algunos casos, como muestra de la profundidad de la tarea encarada, rescatando opiniones de funcionarios del ministerio público. Así, por ejemplo, al tratar de los registros privados destinados a proveer informes, al traer en nota la opinión frente a una acción de hábeas data, del Fiscal General de la Cámara Civil y la resolución dictada por la Sala "F" de ese fuero (pág. 131).

La autora no sólo cuenta con antecedentes docentes, sino que ha ejercido la profesión y se ha desempeñado como funcionaria en la órbita del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público, haciéndolo actualmente como Fiscal General Adjunta de la Procuración General de la Nación, a cargo de la Fiscalía de la Cámara Comercial. Tuvo activa participación en la comisión legislativa que redactó la ley vigente y ha sido convocada como experta en la materia por parte de la Cruz Roja Internacional para trabajar en el Comité de esa organización que tiene como objetivo la creación de una base de datos internacional de personas desaparecidas en conflictos bélicos internos o transnacionales cuyos familiares desconocen el destino de los restos o de las personas.

Estos datos, muestra de la experiencia de la autora en distintos planos de la labor profesional, reflejan un argumento más, que destaca la significación de sus conclusiones y aportes a los diversos temas planteados, que invitan a nuevas reflexiones sobre el punto.

En síntesis, cabe compartir las palabras iniciales del prólogo del Dr. Julio César Rivera en que anota "La unión de un tema interesante, actual y polémico con un autor ilustrado, de buena pluma, con sólido bagaje teórico y conocedor de las prácticas del asunto, no pueden sino generar una obra apasionante".

ALEJANDRO PATUNA

I FONDAMENTI DEL DIRITTO ROMANO: LE COSE E LA NATURA, Mario Bretone, Roma. Editori Laterza, 1998, 323 págs.

El autor de esta obra se desempeña como Profesor Ordinario de Derecho Romano en la Universidad de Bari y ha escrito, a su vez, otros libros que han sido publicados por la misma Editorial –aunque sólo en idioma italia-

no– como *Storia del diritto romano* y *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*. El libro aquí presentado se ocupa exclusivamente del tratamiento de las distintas clasificaciones de las cosas en el derecho romano, desarrollando en especial aquella que diferencia a las *res* corporales de las incorporales, pero con la particularidad de que su autor no coloca el único foco de atención en el análisis del punto de vista jurídico, sino que, además, desarrolla pormenorizadamente el contexto histórico y su evolución, otorga especial relevancia al estudio del pensamiento filosófico de Aristóteles, Cicerón y Séneca para intentar fundamentar las distintas posturas que pudieron haber motivado las decisiones de los jurisprudentes romanos, y hasta recurre a citas literarias componiendo metáforas para amenizar así el tratamiento de la obra, haciendo uso entre ellas, incluso, de un fragmento de la obra *Ficciones* del escritor Jorge Luis Borges, extraído de una versión editada en idioma italiano en Milán.

Ejemplo del completo e integral tratamiento aludido, lo constituye el capítulo cuarto, en donde el autor desarrolla el tema de la dicotomía entre la materia y la forma de los objetos, y sus posibles transformaciones, titulado "Metamorfosis", ya que, precisamente, comienza con la cita del carmen perpetuo del poeta augusteo, Ovidio (*In nova fert animus mutatas dicere formas corpora...*, Met. 1, 1-2). Particularmente interesante me pareció el planteo que el autor realiza cuando trata el tema de la especificación: el "dilema jurídico" que se presenta en el supuesto de que la materia de un objeto transformado no pertenezca al artífice de dicha transformación, no habiendo acuerdo entre ambos acerca de qué manera se determinará la titularidad de la cosa transformada. Bretone recurre a Gayo, por resumir éste dicha controversia doctrinal en su obra *Res cottidianae* (o al menos a él adjudicada), en la cual plasma los criterios de las dos tradicionales escuelas de derecho de la época clásica del derecho romano. Considero que el aporte más valioso que hace el autor al tratamiento de este conocido debate, es la vinculación que elabora entre filosofía (especialmente la *Física* y la *Metafísica* de Aristóteles) y jurisprudencia, intentando encontrar en la primera los fundamentos que ambas escuelas y más tarde el autor del *Corpus Iuris Civilis* debieron haber seguido, al inclinarse por las respectivas soluciones que sostuvieron. Según el autor, entonces, la posición que siguieron los proculeyanos habría importado en su momento la adopción del pensamiento aristotélico, dado que en su decisión jurisprudencial, la forma desempeñaba el rol primario. Pero desde la perspectiva de Bretone, ello no conduce a deducir que los sabinianos, tenían un criterio inexorablemente antiaristotélico, ya que considera que el inclinarse por la materia, su postura habría tenido un fundamento estoico. Este conflicto encuentra una solución jurisprudencial siglos después con Justiniano, también desarrollada en la obra.

El subtítulo del capítulo quinto es "Un escándalo filosófico", ya que al abordar la diferencia entre las cosas corporales e incorporales, sostiene que el tema de la necesidad de la existencia física de las cosas fue uno de los que más había preocupado a los antiguos filósofos; retomando a continuación nuevamente a Gayo y al desarrollo jurídico elaborado por éste del tema en

cuestión en sus *Institutas*. Otorga además un tratamiento especial al dinero, en un subtítulo que denomina "La ambigüedad del dinero", al cual, justamente, califica de neutro por el hecho de distinguirse de las *res* corporales, pero sin ubicarse por ello en el elenco de las incorporales.

En el capítulo séptimo, al que titula "Entre gramática y dialéctica" –de un modo que debe ser destacado en mérito a su capacidad integradora–, alude a las disciplinas, a las que no denomina ciencias sino "artes", que han colaborado con la jurisprudencia romana, como la gramática y la filosofía, entre otras. Aquí el propósito del autor es demostrar nuevamente cómo la discusión acerca de la naturaleza de las *res* incorporales no era nueva en la época de Gayo, sino que, por el contrario, era ya un tema conocido y estudiado desde la tarda República. Por eso en esta controversia, Bretone convoca al "arte de la filosofía" para explicar la dualidad del "ser o no ser", que, a su modo de ver, encuentra asidero en los *Tópica* de Cicerón, en donde el célebre abogado y filósofo republicano explica la categoría de las cosas "que se pueden ver y tocar", a las que diferencia de las que "no se pueden ni ver, ni tocar, ni mostrar, pero se pueden ver con la mente y entender", pasando a citar a continuación ejemplos obtenidos tanto de la práctica jurídica como de la literaria.

Finalmente, en el último capítulo denominado "Entre antigüedad y modernidad", expone la importancia que, desde su punto de vista, la compilación justiniana tuvo y tiene desde fines de la Edad Antigua, en relación con la historia jurídica de Europa continental. El autor reflexiona acerca del destino sufrido por la interpretación romana de las *res* incorporales en época moderna. Pero con humildad aclara que por ser una empresa superior a sus fuerzas, no ha emprendido el estudio de los diversos modos en los cuales ésta fuera reelaborada, habiéndose circunscripto a comentar sólo a Savigny y su obra *Sistema del derecho romano actual*, a la que califica de grandiosa y a la que ubica en un primer plano entre las que la precedieron y las que la sucedieron.

Y concluye Bretone expresando que su intención fue rescatar un tema que aun sin constituir una excepción dentro de la desvalorización que –según él– sufrieron las categorías propias de la jurisprudencia romana, igualmente merece tener un destino diferente al que los romanistas del Novecientos le adjudicaron; entre ellos, Perozzi, quien en su libro *Istituzioni di Diritto Romano* –escrito en ese entonces y al que Bretone califica como "a su manera, ejemplar"–, expresa acerca de la clasificación entre *res* corporales e incorporales que "... no tiene en el derecho romano importancia práctica, y en el sistema científico actual del derecho, puede tranquilamente omitirse".

La búsqueda del Profesor Mario Bretone, como se intenta demostrar en esta recensión, elige acertadamente un rumbo distinto al retomar en profundidad este tema y adjudicarle al mismo la importancia que efectivamente merece.

VIVIANA CORTÉS

NULIDAD MATRIMONIAL Y CONSTITUCIÓN NACIONAL, Evolución, cambio y sistema de nulidades , ley 2393 y sus modificaciones, ley 23.515, José Ignacio Cafferata, Advocatus, Córdoba, 2000, págs. 106.

Es una obra novedosa en el enfoque del análisis de la nulidad matrimonial, porque se basa en el "progreso" y "cambio" legislativo y doctrinario en esa materia.

El "progreso" como elemento gradual, que requiere un proceso y un tiempo, unidireccional y que aspira a producir un mejoramiento del sistema; y el "cambio" como un hecho brusco, pluridireccional, que produce un cimbronazo en el sistema vigente y puede no ayudar al mejoramiento de las instituciones.

Dedica los tres primeros capítulos a desarrollar la teoría del "cambio" y del "progreso", luego en los capítulos tercero y cuarto estudia la vigencia de la teoría de la inexistencia y de la especialidad, para dedicarse en los siguientes al análisis de la legitimación necesaria para demandar la nulidad de un matrimonio. En busca de esa fundamentación, en el capítulo VII interpreta la Constitución Nacional partiendo de un desdoblamiento de y desde la Carta Magna, para así analizar los conceptos de orden público, moral pública y perjuicios a terceros, logrando en pocas páginas alcanzar un panorama claro de estos conceptos.

Desde estas ópticas brinda respuesta a la aplicación actual de la teoría de la especialidad y de la inexistencia, y postula la no vigencia de las mismas porque, debido a un "progreso" en la interpretación donde se prioriza la armonía con todo el sistema de nulidades del Código Civil.

El autor busca las contradicciones existentes entre el régimen de nulidad matrimonial y el de nulidad de los actos jurídicos y específicamente estudia el art. 219 del Código Civil que autoriza a demandar la nulidad a cualquiera de los cónyuges, o sea, incluso, aquel que celebró las nupcias sabiendo el vicio que las invalidaría. Concluye que esa norma es contradictoria con el art. 19 de la Constitución Nacional, el art. 1047 del Código Civil que permite alegar la nulidad absoluta de un acto jurídico sólo a quien no conocía el vicio y que se generó con la ley 23.515 un "cambio" en esta materia porque no hubo tiempo de discusión, ni tiempo de maduración y el resultado fue negativo.

El Dr. Cafferata realiza un estudio minucioso, utiliza fuentes fidedignas como ser las actas de discusión de las sesiones del Congreso de la Nación y del Congreso Constituyente, doctrina reconocida como los Dres. Sanpay, Otto, Caballero y Bidart Campos y aunque carece de bibliografía, las referencias de las citas al pie de página son completas.

Es un texto que induce a pensar, que deja una pequeña luz al final del camino sobre la legitimación para actuar del cónyuge culpable que atrae al lector induciéndolo a desear conocer más de cerca el foco que irradia esa luminosidad.

MARÍA ELISA PETRELLI

1808-ENSAYO HISTÓRICO-JURÍDICO SOBRE LA CLAVE DE LA EMANCIPACIÓN HISPANOAMERICANA, Eduardo Martiré, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, 288 págs.

Numerario de la Academia Nacional de la Historia y de la de Ciencias Morales y Políticas, vicedirector 1° del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, secretario del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y autor de una vasta producción historiográfica, Eduardo Martiré y su obra resultan ampliamente conocidos entre los cultores de la historia del derecho indiano y nacional. Ahora bien, culminando con sus esfuerzos tendientes a desentrañar las causas que condujeron a la fragmentación de la monarquía española, lo que nos ofrece en esta oportunidad es un trabajo que, compuesto en dimensión histórico-jurídica, se dirige a explicar cuál fue "la clave de la emancipación hispanoamericana".

Convencido de que el año 1808 significa el hito a partir del cual se tornó irreversible la descomposición de la corona española y el consiguiente surgimiento de las naciones hispanoamericanas independientes, nuestro autor dedica especial atención a describir y a analizar, en forma panorámica, las líneas generales del proceso que remató en tan dramático desenlace. De este modo, recurriendo a la elegancia del género ensayístico, Martiré articula, con extraordinaria habilidad, tanto el fárrago de la documentación édita e inédita existente, como un selecto y nutrido elenco bibliográfico, sumamente actualizado, que se integra con alrededor de doscientos cincuenta títulos.

En notable esfuerzo expositivo, la obra se inicia con una serie de consideraciones en torno a lo que fue la América española durante el siglo XVII, vale decir un territorio que gozaba de una considerable autonomía de facto, en el cual se advertía la clara preponderancia del elemento criollo y en donde la monarquía, lejos de pretender imponer su autoridad, no dudaba en actuar como flexible negociadora frente a los poderes periféricos más o menos admitidos.

A contrapelo del antedicho panorama, recuerda el autor que con el siglo XVIII y en su afán de imponer ahora una voluntad omnímoda, la corona comenzó a diseñar y a poner en práctica un nuevo trato para con las Indias, trato que, a la postre, terminaría motivando la emancipación de América. En efecto, deudores de modelos franceses, los Borbones nunca comprendieron la realidad americana y pretendieron, según nos dice Eduardo Martiré, "transformar los reinos de Indias en verdaderas colonias". Se impuso, de este modo, un metropolitanismo centralista que resultó diametralmente opuesto al régimen acuerdista y de compromiso diseñado por los reyes de la Casa de Habsburgo.

Gracias a la habilidad de nuestro historiador, las páginas de *1808* despliegan ante los ojos de sus lectores el vasto plan reformador de los Borbones, el cual, por cierto, no estuvo exento de notas de "criollofobia". Así y entre otras cosas, se estudian algunos de los instrumentos transformadores

utilizados por la monarquía, entre los cuales se destaca la burocracia; se alude a la superación de antiguas tradiciones jurídicas y políticas indianas; se explican los cambios introducidos en la administración de justicia dieciochesca –en la cual se advierten manifestaciones de una incipiente separación de poderes–; se destaca el paulatino predominio de la ley, la cual, en tanto que caracterizada expresión de la voluntad regia, desplazó a otras fuentes de derecho hasta entonces muy ponderadas, como la costumbre y la doctrina de los autores; y se estudia el diseño del renovado régimen económico indiano, erigido sobre la base del libre comercio y de un nuevo régimen impositivo.

En definitiva, a la par que notable exponente de la mejor tradición iushistoriográfica argentina, *1808* resulta un estudio magistral, en el que su autor, que sagazmente va señalando la simultánea concurrencia de lo jurídico, de lo político, de lo económico y de lo social en la formación de la peculiar realidad indiana, pasa revista a las causas y a las consecuencias de la copernicana transformación dieciochesca que conmovió los seculares cimientos de la América española. En este orden de asuntos, "la clave de la crisis del sistema –nos asegura Martiré–, habrá que encontrarla en la decisión de la monarquía borbónica, muy especialmente con Carlos III, de rescatar el poder real, que había pasado a manos de las oligarquías tanto españolas como americanas y de utilizar a América para la salvación de España, colocándola al servicio de sus intereses".

EZEQUIEL ABÁSOLO

AA. VV. GLOBALIZAR DESDE LATINOAMÉRICA. EL CASO ARCOR, Bogotá, McGraw-Hill Interamericana, 2001, 194 págs.

Las necesidades cotidianas de los hombres son el comienzo de la actividad económica. El comienzo de un proceso, que deberá terminar próximamente en el disfrute de los bienes económicos y remotamente en el cumplimiento de actos concretos justos. Ambos fines involucran en su raíz, la necesidad ya mencionada, que recibe el nombre de demanda en el lenguaje científico correspondiente, y el bien satisfactor de la necesidad lleva el nombre de oferta. Esta última tiene su responsable inmediato y principal, que es la empresa. Nombres como Sony, Mercedes Benz, Coca Cola, Intel, Peugeot, Fiat, Telefónica, IBM, General Motors y tantas otras, despiertan en nosotros el reconocimiento de cualidades positivas en los bienes generados, los procesos involucrados para el logro de los mismos, los grupos humanos que los logran y los fines que estos persiguen, de manera tal que los aportes de las mismas, ya trascienden su marco específico y forman parte del patrimonio común de la sociedad humana, de similar modo a la literatura, la historia, el derecho y la política.

La pregunta inicial de los investigadores que han llevado adelante este trabajo (Bernardo Kosacoff, Jorge Forteza, María Inés Barbero y E. Alejandro Stengel) pudo haber sido formulada en estos términos: ¿existe alguna empresa argentina cuyo nombre ya inspire las cualidades de excelencia de las mejores empresas? Y si existe, ¿cuál es y cómo lo logró? Las respuestas son: sí, existen (y existen porque son tres las empresas industriales internacionalizadas); una es Arcor y el cómo lo logró, es explicado en el presente libro.

Algunos indicadores de esto son los siguientes: primer productor mundial de caramelos; principal exportador de golosinas de la Argentina y el Mercosur; puesto N° 13 en el Ranking por ventas como productor mundial de golosinas en el 2000, por debajo de firmas como Nestlé, Kraft Foods International, Ferrero y Adams, y con un monto de ventas totales por u$s 1.100 millones; principal exportador de golosinas de Brasil; puesto N° 1 en el Ranking por ventas como productor de golosinas en países fuera de la OCDE en el 2000; proceso integrado de producción de golosinas, chocolates, galletitas y otros alimentos y principal productor de cartón corrugado de la Argentina. Completa la aproximación al fenómeno Arcor la cantidad de empleados a diciembre de 2000, 13.000 personas; el número de plantas industriales, 31; su número de distribuidores, 160; su capacidad de producción diaria, 1.500.000 kg. y, finalmente, la cantidad de productos elaborados, 1.500 ítems.

Ahora bien, su punto de llegada –hasta el momento–, no se agota en éstos y otros *ratios* indicadores de eficiencia y eficacia, sino que los trascienden, al ser justamente, los mismos causantes de la buena *performance* laboral (manifestada en los indicadores): la formación del factor humano, expresado en la experiencia relevante alcanzada, principalmente, por su área gerencial, fértil en innovación, creatividad y liderazgo, cualidades que veremos más abajo, ya se encontraban en sus fundadores y retribuciones a la comunidad a través de programas de investigación económica (Premio Fulvio Salvador Pagani), educación (Mi escuela crece y Superando límites), Salud (Programa de atención y prevención de la salud; Apoyo a la investigación y divulgación científica y Programa de apoyo a la comunidad) y Cultura (Apoyo a eventos culturales; Actividades culturales con las familias del personal de la empresa, Fondos cooperativos; Programa Infancia y Desarrollo Fundación Arcor - Fundación Antorchas, FEPIC –Formación, educación, prevención e integración comunitaria– y el Programa Infancia y Derechos junto a UNICEF Argentina). En todos los casos, los programas con la comunidad deben ejecutarse con criterios de eficiencia y eficacia, con la finalidad de multiplicar beneficios en la sociedad.

El término de inicio de Arcor, aunque parezca increíble para la Argentina de 2002, ha sido una Pyme, precisamente, el 5 de julio de 1951, en Arroyito, Córdoba, por iniciativa de un grupo de jóvenes, liderados por Fulvio Salvador Pagani, hijo de Amos Pagani, llegado a la Argentina en 1924 desde la norteña región de Fiuli, Italia, de oficio panadero y vocación empresaria, dato no menor para incentivar el estudio de las exitosas pymes italianas de

la actualidad. Algunas cualidades personales de Fulvio S. Pagani fueron la iniciativa, la capacidad innovadora, las condiciones de liderazgo y convocatoria y la visión de largo plazo, características estas muy cercanas a las mencionadas por el austríaco Joseph Alois Schumpeter. Las comunidades primarias y secundarias en la zona no deben dejar de mencionarse, por el hecho que en ellas se compartían identidades étnico-culturales, que implicó a su vez compensar las dificultades iniciales con un alto nivel de compromiso y una gran capacidad de trabajo en el esfuerzo colectivo.

El grupo fundacional y los grupos que posteriormente contribuyeron a la persistencia de Arcor, contaron siempre con una voluntad de crecer, invertir (aquí sobresale de manera particular la vocación de dominio de las tecnologías de proceso difundidas y una eficiente gestión de la calidad y la producción) y ser independientes, desarrollaron una competencia indirecta e inteligente, es decir, evitaron siempre la confrontación directa con los competidores de mayor peso relativo, cambiaron su gerenciamiento, haciéndolo más sofisticado, ante la dificultad propia de insertarse en nuevas realidades, cada vez más complejas, modificaron la estructura organizativa a igual compás, ídem la cultura empresaria, modernizaron los sistemas de distribución y comercialización y supieron aprovechar políticas y herramientas públicas de apoyo a la industria.

A lo largo de estos cincuenta años, continuamente, se estuvo atento al contexto económico, vale decir, a la estructura de los mercados, al juego de los competidores nacionales y multinacionales, a la situación de la macroeconomía (nacional) en cuanto que impacta en la empresa (crecimiento, consumo, inflación, salarios reales, apertura de la economía, promociones industriales y de exportación, acceso a nuevas tecnologías y costos de financiamento son los ítems principales). Teniendo en cuenta estos factores y las propias fortalezas y debilidades es que se han desarrollado las estrategias de Arcor, aprovechando oportunidades y esquivando amenazas.

En lo que se refiere a la evolución entre aquel punto de llegada y este punto de inicio, la empresa puede estudiarse por décadas, en las cuales la empresa ha ido mutando en su alcance. Durante los años 50, su consolidación en Córdoba. En los '60, el resto del interior argentino. A partir de los '70 aborda el difícil mercado de la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano, convirtiéndose ya en una empresa multiproducto. En los 80, Arcor exporta, es un grupo de alimentos nacional y comienza su internacionalización. En los 90, es un grupo de América Latina con proyección internacional, incluidas inversiones en el exterior, y a partir de la primera década del presente siglo, su desafío es construir una empresa global con origen en un país emergente. Agrego, además, un desafío extra: un correcto balance en la permanencia del talento argentino en el marco de nuestras fronteras con la exportación del mismo al resto del mundo.

En los primeros quince años, desde su fundación, la empresa intentó y consiguió producir en gran escala un solo bien, apoyando en gran medida su competitividad en el desarrollo tecnológico, que en buena medida, fue redi-

señado o al menos adaptado por sus propios técnicos en base a modelos de punta, y en el desarrollo de una red de distribución nacional. El siguiente gran paso fue la integración productiva, respuesta prudente por el contexto de sustitución de importaciones de la época. A partir de aquí se trabajó en la diversificación para alcanzar nuevos mercados y potenciar la red de distribución. En consideración a la distribución, en particular se destaca como estrategia, el dejar como reserva el área metropolitana, privilegiando el mercado interior, con productos de consumo masivo y bajo precio; segundo, pasar de productos indiferenciados a marcas, con énfasis en el *packaging* y la publicidad y tercero apuntar a los mercados exteriores, con un trabajo constante en pro de la exportación. En la década de los 80, el gran aporte fue la reestructuración organizativa (la estructura quedó obsoleta para las funciones que realizaba) produciendo una transformación para cumplir el rol de *holding*. Para el excelente desempeño de los años 90 se trabajó en la mejora de las áreas funcionales de *marketing* y finanzas, de manera tal que estuvo bien pertrechada para el desafío de la apertura y la desregulación de la economía, en particular frente a grupos multinacionales, lo cual muestra de paso la posibilidad de competir y salir airoso contando con prudencia y tenacidad.

Por último, destaco dos mensajes de los prologuistas. El primero, de Arnoldo C. Hax (Alfred P. Sloan *Professor of Management Massachusetts Institute of Technology*), quien indica la gran lección de la familia Pagani para desarrollar una empresa exitosa, no vendiendo su firma a empresas multinacionales, que en definitiva terminan debilitando el patrimonio nacional y crean riesgos de falta de alineamiento entre los intereses privados y los de la Nación. El segundo de Juan José Llach (Director del Área de Economía, IAE-Universidad Austral), para quien Arcor es el ejemplo de una cultura gestada no en la búsqueda de rentas, sino en la búsqueda de logros, la previsión y la gratificación de trabajar, ahorrar, educar e invertir.

El libro está organizado en cuatro capítulos:

Capítulo uno: "Arcor: cincuenta años de construcción de capacidades competitivas", ofrece una visión sintética del desarrollo de la empresa.

Capítulo dos: "Desde el momento fundacional hasta la construcción de una empresa local dominante: los años de 1951 a 1990", realiza un análisis pormenorizado de la evolución de la empresa en sus primeros cuarenta años.

Capítulo tres: "Construcción de una empresa regional en un marco de transformación institucional: la experiencia de los años noventa", analiza la reacción de Arcor ante los cambios en las condiciones de la economía en tal década.

Capítulo cuatro: "Mirando hacia el futuro: construyendo una empresa global desde una país emergente", mediante proyecciones intenta presentar los próximos desafíos en vista a convertirse en una empresa global.

ALFREDO BARROS

INTRODUCCIÓN Y NOTAS A LOS TÓPICOS DE ARISTÓTELES. Jacques, Brunschwig. (Trad. J. H. Evans Civit y M. F. Sobre-Casas), Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, 495 págs.

De las seis obras que componen el *organon* aristotélico (Categorías, Sobre la interpretación, Analíticos primeros, Analíticos segundos, Tópicos y Refutaciones sofísticas) los Tópicos vienen ocupando en forma creciente desde hace aproximadamente medio siglo la atención de los estudiosos del Derecho. Por tratarse de una obra lógica (*logiká*: es un decir), como lo aclara Aristóteles, su función es instrumental. La Lógica es un instrumento (*organon*) del conocer y del decir, del razonar. Dentro de la escala de grados de certeza que en las conclusiones de todo razonamiento se puede alcanzar, y que van desde la absoluta convicción que da la verdad auto-evidente, pasando por lo demostrable como verdadero y lo mostrable como plausible, hasta lo aparentemente plausible, nos encontramos en la argumentación de Tópicos en el penúltimo de estos grados: el de lo verosímil, lo probable, lo plausible; i.e., lo que puede ser verdadero, pero cuya demostración no puede alcanzar tal grado de certeza. En el razonamiento jurídico sucede esto; es en buena parte dialéctico. "El pensamiento moderno –señala J. Brunschwig– ha experimentado a menudo la necesidad de volver a encontrar los caminos de la razón cotidiana y de completar el estudio de los medios de prueba que utilizan las ciencias de tipo matemático con aquellos métodos que emplean los hombres para convencerse mutuamente".

De todas las ediciones de los Tópicos ha ganado un merecido prestigio la que Jacques Brunschwig publicara en 1967, por cuenta de la Association Guillaume Budé, de París. A esa edición, para la que utilizó 9 de los 88 manuscritos que se conservan de la obra aristotélica, ha agregado su propia traducción al francés. Ha sido justificada por el autor mediante un aparato crítico que pone de manifiesto su excelente formación filológica y filosófica. La edición y traducción están precedidas de una notable introducción y contiene numerosas notas al pie de página y complementarias, al final.

Esta Introducción de J. Brunschwig junto con las notas es la que Ciudad Argentina, en la obra que reseñamos, publica en lengua española. No se incluyeron la traducción del griego al francés ni el aparato crítico al texto griego. A cargo de Jorge H. Evans Civit y María Florencia Sobre-Casas de Jorquera, el primero profesor de Filosofía y la segunda de Letras en la Universidad Nacional de Cuyo, estuvo la traducción al castellano.

La Introducción de J. Brunschwig (págs. 1-201) desarrolla prolijamente todos los temas relevantes con respecto a los ocho libros de los Tópicos; entre ellos la noción de topos, la constitución de la tópica aristotélica de los predicables, la diferencia entre la dialéctica aristotélica y platónica, las determinaciones generales del silogismo, el silogismo dialéctico, el método de la discusión dialéctica –tanto para el que pregunta como para el que responde–, la premisa, el problema, el tratamiento interno de todos los libros que integran

los Tópicos, la ubicación de esta obra dentro del *corpus* aristotélico, la relación entre dialéctica y retórica, la traducción de Boecio y los comentarios de Alejandro de Afrodisias a dicha obra.

En la segunda parte de la obra (págs. 203-491) se compendian las notas de la edición de J. Brunschwig. En éstas se revela toda la erudición del autor; encierran explicaciones exhaustivas acerca de la elección de uno u otro término al traducir, vinculan el texto con el resto de la obra aristotélica y plantean discusiones filológicas y filosóficas; son notas verdaderamente meditadas y cuidadas, que han sido inexcusablemente consultadas por quienes han estudiado los Tópicos. En la traducción española de esta obra, a cargo de Miguel Candel San Martín (Madrid, Gredos, 1982) se hace referencia constantemente a ellas.

Tanto en la Introducción como en las notas se cita bibliografía específica sobre Tópicos y se alude a las demás obras de Aristóteles. Al final se incluye, ordenada por temas, la bibliografía general sobre la Lógica aristotélica y especial sobre Tópicos.

Una advertencia final. Por error editorial, tanto en la portada como en las páginas iniciales del libro figura el nombre del traductor (J. H. Evans Civit) como autor. Dicho error puede generar trastornos a la hora de buscar la obra.

JAVIER BARBIERI

IL MARTIRIO DELLA PAZIENZA. LA SANTA SEDE E I PAESI COMUNISTI (1963-89). Casaroli, Agostino. Torino, Einaudi, 2000, 335 págs.

El cardenal Casaroli desempeñó un papel esencial en el gobierno de la Iglesia durante los últimos tres Pontificados y, especialmente, tuvo a su cargo toda la política vaticana con respecto a los países comunistas de Europa central (*Mitteleuropa*) (la *Ostpolitik*), al menos hasta el Papado de Juan Pablo II que –como es sabido– proclamó públicamente: "Ahora la Iglesia del silencio habla por boca del Papa".

Hombre vinculado a la diplomacia de la Santa Sede desde su juventud, fue colaborador directo de los cardenales Cicognani y Villot –Secretarios de Estado– de los papas Juan XXIII y Paulo VI, reemplazando al último de ellos en esas funciones en 1990 y guiando la diplomacia *aggiornata* del "Papa bueno".

Por estas razones sus "memorias" o recuerdos –publicadas post-mortem por su sobrina– adquieren un interés muy particular.

El libro está precedido por una introducción del cardenal Achile Silvestrini, estrecho colaborador de Casaroli en la Secretaría de Estado en los años

Setenta, cardenal desde 1988 y Prefecto de la Congregación para las Iglesias Orientales a partir de 1991 y hasta su reciente jubilación.

En ellas, Silvestrini pasa revista, tanto a la personalidad de Casaroli cuanto a la situación de la Iglesia en los países bajo el régimen comunista; en particular Hungría, Polonia y Checoslovaquia –pero también Yugoslavia y Bulgaria– y el cambio de actitud del Papa "venido del Este".

Una interesante nota biográfica nos revela que el autor nació en Castel San Giovanni (Piacenza) el 24 de noviembre de 1914, se ordenó en1937, estudió derecho canónico en la Lateranense e ingresó al servicio diplomático en la Secretaria de Asuntos Extraordinarios. Inició su actividad diplomática junto con nuestro conocido cardenal Samoré y estuvo asignado a las legaciones en Naciones Unidas y Viena, para ocupar –a partir de 1967– la secretaría de la Congregación de Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, a la vez que fue ordenado obispo por Paulo VI. Representó a la Iglesia en la Conferencia de Helsinki (1971/75) y en 1979 fue nombrado Secretario de Estado y Cardenal de la Iglesia, a la vez que asumía como Presidente de la Comisión Pontificia para el Estado de la Ciudad del Vaticano. Finalmente, en 1981, como clara señal de confianza, Juan Pablo II le encomendó en plena crisis del "caso Marcinkus" la presidencia de la Administración del Patrimonio de la Sede Apostólica. Co-negociador del nuevo concordato con el gobierno italiano de 1984, igualmente visitó la Argentina como representante papal al VIII Congreso Eucarístico. El Papa le acepta su renuncia por edad el 1° de noviembre de 1990 y muere el 9 de junio de1998, después de toda una vida dedicada a la Iglesia.

"Con hábil pluma de diplomático Casaroli recuerda a los Papas que 'sirvió'; la intuición de Juan XXIII, la paciencia y tenacidad de Paulo VI y la decisión de Juan Pablo II ante un régimen (el comunista) que conocía de muy cerca, por su Polonia natal y que le permitió contribuir 'activamente' en la 'caída del muro de Berlín', como señalan taxativamente algunos de sus biógrafos más conocidos".

Resulta de especial interés su análisis de la situación religiosa existente en los países comunistas de Europa, como también el claro objetivo de la Santa Sede de "asegurar la asistencia religiosa a la mayoría de los católicos que no podrían recurrir a la actividad pastoral 'ilegal'" (pág. 38), defendiendo frente a ciertas actitudes que denomina "integristas": "los cambios podían, incluso debían, verificarse por una vía menos traumática, quizás más lenta, ligada al cambio generacional; gracias a las trasformaciones profundas que se estaban afirmando en los modos de pensar, sentimientos, aspiraciones, sobre todo de la parte más joven de la población, activa e intelectual; aquella que sería la protagonista de la vida intelectual y política del mañana de las naciones" (pág. 42).

Un capítulo particularmente doloroso es el referido a su primer encuentro con el cardenal Mindszenty de Hungría, tema complejo y de largas negociaciones, que generó serias dificultades a la Santa Sede, dolor al propio Papa y a Casaroli mismo, como él no deja de señalarlo y "justificar" su actuar "para salvar la presencia y el ministerio de la Iglesia en su país, aun a

costa de sacrificios gravosos" (pág. 53). En el no menos difícil caso checo el autor se refiere al "calvario de los católicos checoslovacos (y un poco también el mío)" (pág. 192).

Respecto a Polonia observa que a diferencia de los casos anteriores merece señalarse la unidad total de los obispos, no sólo frente al aspecto religioso, sino al nacional, gravado por la modificación territorial en tierras germanas de la nueva Polonia, que colocaban a la Santa Sede frente a un complejo problema "multinacional" y de restauración eclesiástica. Casaroli acentúa que "La Santa Sede se daba cuenta, no menos que otros, de la irreversibilidad de la nueva configuración territorial en aquella parte de Europa. Ésta comportaba gravísimos problemas, no sólo de carácter pastoral, para asegurar la asistencia religiosa a tantos millones de personas erradicadas de su patria, sino también por la redefinición canónica de las circunscripciones eclesiásticas resultantes de la modificación de los límites, al oeste no menos que al este" (pág. 258).

Los mecanismos y complejas negociaciones en cada uno de esos países forma parte del material informativo de primera mano que aporta Casaroli y que completa la historia de los finales de la "Iglesia del silencio".

En síntesis, un libro de lectura indispensable para conocer la historia de la Santa Sede y de su política exterior en las últimas décadas.

FLORENCIO HUBEÑÁK

CIEN AÑOS DE SOCIALISMO. Sasson, Donald. Barcelona, EDHASA, 2001, 1096 págs.

La conocida editorial ha asumido la encomiable tarea de emprender la traducción –y edición– al castellano de *One Hundred Years of Socialism*, editada en Londres por su autor en 1996.

Sasson es profesor de Historia Política en la Universidad de Londres, habiendo desarrollado una larga carrera académica previa en El Cairo, París, Milán y en los Estados Unidos de América, como también una profusa labor de investigación plasmada en más de sesenta obras. Cabe agregar que es el editor actual de la prestigiosa *Political Quaterly*.

Ya en la introducción el autor advierte que "trata de examinar cualquier evento significativo en la historia de Europa –el espacio que delimitara para su estudio– que haya tenido cierto impacto en el devenir de la izquierda: desde el desarrollo económico a las relaciones internacionales, de las elecciones a las coaliciones, de los sindicatos al feminismo y la ecología" (pág. 26). Es entendible que este objetivo "faraónico" le llevara más de mil cuidadosamente redactadas páginas.

Coincidimos con su observación gramsciana que "escribir la historia de un partido es como escribir la historia de un país desde un punto de vista monográfico. No había acabado nunca de asumir la verdad de esa proposición hasta que me di cuenta, a mitad de mi trabajo, de que yo mismo estaba escribiendo la historia de Europa occidental desde la perspectiva de la historia de la izquierda europea" (pág. 26). Y de eso se trata verdaderamente.

La obra –un verdadero tratado– está dividida en tres libros dedicados a a la expansión ("el duro camino hacia el poder político"), la consolidación (que ubica entre 1945 y 1973) y la crisis, que parece haber motivado el trabajo. El libro se completa con un trabajado apéndice –de casi cien páginas– debido a José Luis Martin Ramos, catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad de Barcelona, dedicado al socialismo en España.

Gran cantidad de tablas y gráficos estadísticos –que completan el libro– sirven para confirmar muchas afirmaciones del autor, como también las ciento cincuenta páginas de notas.

Sasson es sumamente detallado en la buena información que proporciona, convertida en material de consulta obligada para nuestro controvertido siglo XX, donde el socialismo ha cumplido un papel que no puede negársele.

En otro aspecto el libro resulta de ágil lectura, pese a la cantidad de páginas que podrían atemorizar al más valiente lector, con el agregado importante de esa dosis de pragmatismo que encontramos en los ingleses, aun en los historiadores ideológicamente definidos.

Qué mejor que demostrarlo por medio de las propias conclusiones del autor: "La historia que he relatado indica que el destino, y probablemente el futuro del socialismo europeo occidental, no puede separarse del capitalismo europeo. La crisis de la tradición socialista y socialdemócrata en Europa occidental no es la crisis de una ideología derrotada por la fuerza organizativa y política superior de sus oponentes, como ha sido el caso del comunismo. Es un componente integral del torbellino de fin de siglo que está remodelando el planeta a velocidad de vértigo... El dibujo socialista, mas allá de cómo se perfile, puede emborronarse a pesar de que los partidos socialistas sobrevivan. No sé hasta que punto la idea de socialismo podrá capear el gran caos del fin de este milenio y del principio del siguiente... –pero– estos partidos son la única izquierda que queda" (págs. 848/9).

A manera de conclusión hacemos nuestra la observación del reconocido historiador marxista Eric Hobsbawm cuando definió esta obra como "un extraordinario trabajo de análisis histórico que no tardará en convertirse en obra de referencia, en un clásico sobre la materia".

FLORENCIO HUBEÑÁK

EL ÚLTIMO CAMBIO DE SIGLO. Comellas, José Luis. Barcelona, Ariel, 2000, 445 págs.

Bajo el subtítulo "Gloria y crisis de Occidente. 1870-1914" el conocido historiador español José Luis Comellas, catedrático de Historia Contemporánea en la Universidad de Sevilla, astrónomo, musicólogo, autor de más de cincuenta obras vinculadas a su especialidad, algunas de ellas reseñadas en esta revista y profesor visitante en Universidades de nuestro país, incluyendo la UCA, efectúa un cuidadoso y ameno estudio sobre una época clave en la historia de nuestros tiempos.

El autor parte de un análisis –y a la vez da una pincelada (cfr. pág. 10)– de la época positivista, que marcara a fuego la segunda mitad del siglo XIX e influyera –con "un cierto descoyuntamiento"– sobre los albores del nuevo siglo. La fe en el progreso era de hecho un dogma religioso-secular. Como él mismo señala "he aquí la nueva actitud ante la vida y ante las vivencias que proponen sabios, políticos, académicos y literatos como nuevo paradigma de vida más auténtico y más capaz de conducirnos por caminos seguros hasta un final previsiblemente deseable, y por tanto conducente, sin riesgo de error, o a costa del menor error posible, hacia el verdadero progreso" (pág. 19).

Con acertado criterio, para exponer el positivismo, Comellas se sumerge en el desarrollo de la ciencia, pero no para enunciar el acostumbrado catálogo de autores, sino para interrogarse sobre "el conocimiento del cosmos" y "el descubrimiento del mundo", concepciones del hombre y de la vida que le permiten enfocar la "era de los inventos" como "un cambio de paradigma" (pág. 46).

El papel de Europa como *caput mundi* ("la edad europea") y las diversas expresiones expansionistas (nacionalismo, racismo, imperialismo, colonialismo) son otras manifestaciones –sucesos tan inconexos entre sí, que nunca se ha tratado de relacionarlos– estudiadas en la primera parte de la obra, que concluye con un interesante panorama sobre el estilo "realista" como expresión estética del positivismo en literatura, pintura y música.

Son interesantes los equilibrados juicios de valor del autor, como por ejemplo "el reconocimiento de las culpas del Occidente colonizador, que sería inmoral desconocer, tampoco debe conducirnos a la ceguera de no aceptar los aspectos positivos y generosos que aquella compleja misión pudo encerrar en su tiempo" (pág. 183).

La segunda parte –referida a la "crisis e incertidumbre" de "una minoría que se fue filtrando a la conciencia común más tarde"– estudia la crisis del "mundo positivista" y el tránsito al siglo XX, angustia en las diversas manifestaciones que el autor expone y caracteriza como el *tournant*, en el arte, la ciencia, la literatura y el pensamiento.

Comellas afirma que "así como una nueva época hace su aparición en el mundo, y explicar cómo nace y cuándo nace es tal vez uno de los puntos más espinosos a la hora de comprender el paso del siglo XIX al siglo XX..." (pág. 210) y no duda en parafrasear a Barraclough –uno de los textos más precisos sobre el siglo XX– cuando señala que "el siglo XX no puede considerarse sencillamente como la continuación del siglo XIX. Son más significativas las diferencias que los parecidos y los elementos de discontinuidad que los de continuidad" (*cit.*, pág. 211).

Comellas compara esa época como "este otro cambio de siglo", remarcando que "se esperaba todo de la promesa del siglo XX, y el fiasco de la promesa habría provocado el desencanto" (pág. 385), para resaltar, a manera de conclusión, "...el avance ha sido descoyuntado, la humanidad –y precisamente la parte de la humanidad que ha avanzado más– corre a su vez un peligro de descoyuntamiento, como un ser en que se hubieran desarrollado enormemente determinados órganos y miembros mientras que otros per-

manecieran inmutables, y algunos incluso en vías de atrofia. Este ser se encontraría en trance de convertirse en un monstruo, y evitar que el progreso humano degenere en cualquier forma de monstruosidad es uno de los retos que ha de afrontar el siglo XXI" (pág. 393).

Una importante y bien seleccionada bibliografía completa este sugerente estudio y permite a los lectores interesados profundizar distintos aspectos de la misma temática.

De la ágil y amena lectura de la obra surge, sin lugar a dudas, que el autor ha logrado su objetivo: "que aquellas personas a cuyas manos vayan a llegar estas páginas participen de la misma inquietud y del mismo deseo de hacer preguntas que a mí me han movido" (pág. 10).

FLORENCIO HUBEÑÁK

LA AGONÍA DEL PENSAMIENTO POLÍTICO OCCIDENTAL. Dunn, John. Madrid, Cambridge Univ. Press, 1996, 227 págs.

Como universitarios recibimos con satisfacción este emprendimiento de la prestigiosa Universidad de Cambridge de facilitar ediciones en castellano de algunas de sus importantes publicaciones.

En este caso se trata de un interesante ensayo del conocido "politicólogo" John Dunn, integrante del King´s College y profesor de Ciencia Política en la citada Universidad, escrito en 1978 y reeditado en 1993.

En primer lugar cabe una referencia especial al peculiar estilo, poco convencional, del autor en el tratamiento de una temática vinculada a la filosofía política.

Ya en el prólogo aclara cuál ha sido la pregunta que motivó su trabajo: "¿hasta qué punto una determinada gama de creencias –las concepciones de la política que se han desarrollado en el mundo occidental a lo largo de los dos últimos milenios y medio– ha permitido a quienes las sustentaban entender el mundo en el que vivían y el futuro que tenían por delante?" (p. IX). Con un notable conocimiento de los "clásicos" –especialmente anglosajones– y una actualizada bibliografía, comienza interrogándose sobre la teoría democrática, rastreándola a partir de los griegos, para aceptar que "existen todavía muchos exponentes de la opinión según la cual la democracia capitalista, no sólo es la única democracia que hasta ahora tenemos, sino que es también la mejor democracia que probablemente tengamos nunca, y más aun: que seamos capaces de conservar durante algún tiempo" (pág. 37). Sobre el particular agrega que "necesitamos una teoría sobre la forma en que podamos ejercer el control menos malo posible de los gobiernos de los Estados modernos" (pág. 44).

Al referirse al liberalismo acentúa que es un tema "mucho menos delimitado que el de la teoría democrática" (pág. 46), como asimismo sumamente impreciso, agravando, de este modo, el tratamiento de la cuestión.

Respecto al nacionalismo, el autor lo adjetiva categóricamente –pero poco "científicamente"– como "la vergüenza política más completa del siglo XX, el baldón más calado de la historia política del mundo desde el año 1900..." (pág. 90), agregando no menos sustantivamente que "es simplemente una versión de la política farisaica del relativismo ético" (pág. 100). Ello no obsta a que termine aceptando que –pese a la globalización– "la especie no ha concebido aún una forma práctica con la que trascender el Estado-nación" (pág. 104).

Tras sus consideraciones sobre la teoría democrática como teoría política normativa e irreflexiva y del liberalismo como normativo reflexivo se interroga sobre la Revolución, como "mundo rescatado de los traumas del capitalismo" (pág. 136), con reflexiones basadas en gran medida en la obra de Karl Marx.

Nos parecen de especial interés sus consideraciones conclusivas: "Pero si el futuro ante el que nos hallamos no está, para bien o para mal, garantizado de este modo, es urgente que identifiquemos más claramente la gama de posibilidades reales que ofrece. La mayor parte de la población actual del mundo no vive en sociedades capitalistas avanzadas. Es evidente que en las sociedades capitalistas avanzadas la mayoría de sus ciudadanos tienen mucho más que perder que sus cadenas. Pero quienes viven en uno y en otro mundo siguen teniendo, posiblemente, un mundo que ganar" (pág. 191).

Para el autor "no cabe duda alguna de que la república liberal burguesa constituye en la mayoría de los casos una acusada mejora sobre la gran mayoría de los restantes modelos políticos existentes" (pág. 203).

A manera de conclusión podemos advertir que Dunn nos aporta un ensayo muy interrogativo, interpretativo –de "formulaciones atrevidas"– y por su estilo en general de difícil lectura para quienes estamos acostumbrados a "leer de corrido".

Su análisis hipercrítico concluye de una manera poco alentadora, pero muy pragmática, al señalar que "es un hecho palmario que hoy no sabemos lo que estamos haciendo. Pero sabemos bastante de lo que ya hemos hecho como para comprender que sería imperdonable que no hiciéramos ahora, colectivamente, todo lo que podamos para averiguarlo a tiempo (pág. 218).

Pero, por otra parte, observa que escribió su ensayo para darse la respuesta a sí mismo, subrayando que "la respuesta es desalentadoramente indefinida, pero no es abyectamente descorazonadora" (p. XII) o –en el mismo tono del autor– más de doscientas páginas para alentar al lector –pero como Prometeo– a re-comenzar la marcha.

FLORENCIO HUBEÑÁK

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 2002
en IMPRESIONES SUD AMERICA
Andrés Ferreyra 3769 - Capital Federal
Edición de 1.000 ejemplares